

A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht

Mr. H.M.H. Speyart*

Hoewel diverse grondrechten al sinds jaar en dag worden ingeroepen in Europese mededingingsprocedures, komen op deze grondrechten gebaseerde verweren nog iets minder voor in Nederlandse mededingingszaken. In deze bijdrage, die wegens haar omvang geen uitputtend overzicht vormt, zal nader worden ingegaan op een aantal grondrechtelijke leerstukken die in dat kader met name relevant lijken.

Inleiding

Met de op 1 juli 2009 in werking getreden Vierde Tranche Awb¹ is onder andere getracht een sluitende regeling in te voeren voor het Nederlandse bestuursrechtelijke boeterecht, waaronder begrepen op mededingingsrechtelijk gebied. Een van de vragen die dat bestuursrechtelijke boeterecht oproept, is die naar de analoge toepassing, in bestuursrechtelijke context, van allerlei beginselen die in het strafrecht allang zijn uitgekristalliseerd, maar voor het bestuursrecht nieuw zijn. Dit geldt met name voor de grondrechtelijke beginselen: deze zouden bij elke opsporing of sanctiëring steeds in acht genomen moeten worden, ongeacht de vraag of de wetgever voor het betrokken handhavinggebied heeft gekozen voor inbedding in het strafrecht of in het bestuursrecht.

In de praktijk zijn wij echter nog niet zo ver. Hoewel de toepassing van het EVRM in strafzaken deel uitmaakt van de routinepraktijk, blijkt uit bijvoorbeeld de *Garnalen*-zaak dat dit verdrag de bestuurlijke boetoplegger nog steeds met onverwachte wendingen kan confronteren.²

Bovendien blijkt uit het recente rapport van het VN-mensenrechtencomité over de Wet Stroomlijnen hoger beroep³ dat het IVBPR zelfs in strafzaken nog voor verrassingen kan zorgen.

Beide verdragen werken krachtens de artikelen 93 en 94 Gw rechtstreeks en met voorrang door in de Nederlandse rechtsorde.

Op EU-niveau⁴ bestaat al langer ervaring met de bestuurlijke opsporing en boete op mededingingsgebied, zoals tot 1 mei 2004 geregeld in Verordening (EG) nr. 17⁵ en, sinds die datum, in haar opvolgster, Verordening (EG) nr. 1/2003.⁶ Daarbij is een beroep op de toepassing van grondrechten vrijwel van meet af aan gehonoreerd, onder verwijzing naar de ‘fundamentele rechten die een integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert’⁷ en die behoren tot ‘de constitutionele tradities welke aan de lidstaten gemeen zijn.’⁸ Het EVRM was daarbij eerst een instrument met een ‘bijzondere betekenis’,⁹ en later, sinds ‘Maastricht’, leidend.¹⁰ Het Verdrag van Lissabon heeft tevens inmiddels in artikel 6 lid 2 VEU voorzien in een rechtsgrondslag voor toetreding van de EU tot het EVRM. Tot die tijd

343

* Mr. H.M.H. Speyart is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

1. *Stb.* 2009, 264.

2. CBB 19 januari 2009, LJN BH0436. Het ging hier om de verplichte vertaling van de voor beboeting relevante stukken in het Duits, de taal van een van de beboete partijen, die een Duits productschap is. Op deze eis, die teruggaat op art. 6 lid 3 onder e EVRM, wordt hierna niet meer ingegaan.

3. *Stb.* 2006, 470, houdende invoering van een verlofstelsel voor hoger beroep in strafzaken in art. 410a Sv.

4. In deze bijdrage worden de pre-Lissabonaanduidingen gebruikt met betrekking tot feiten en uitspraken die van vóór 1 december 2009 dateren, en de post-Lissabonaanduidingen voor feiten en uitspraken van na die datum.

5. Pb. EG 1962, L 13/204.

6. Pb. EU 2004, L 1/1.

7. Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 12 november 1969, zaak 29/69, *Stauder*, *Jur.* 1969, p. I-419, punt 7.

8. Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 17 december 1970, zaak 11/70, *IHG*, *Jur.* 1970, p. I-1125, punt 4.

9. Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, p. I-1651, punt 18, zie ook HvJ EG 29 mei 1997, zaak C-299/95, *Kremzow*, *Jur.* 1997, p. I-2629, punt 14.

10. Krachtens de schakelbepaling van art. F lid 2 VEU (pre-Amsterdam), 6 lid 2 EU (pre-Lissabon) respectievelijk 6 lid 3 VEU (post-Lissabon). Zie HvJ EG 28 maart 1996, advies 2/94, *Toetreding EVRM*, *Jur.* 1996, p. I-1759 en J. Callewaert, ‘Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon’, NTER 2010-3, p. 101-107.

geldt dat de lidstaten voor het EHRM kunnen worden aangesproken op de uitoefening, door de EU-instellingen, van de door die lidstaten aan de EU overgedragen bevoegdheden, waarbij zij moeten waarborgen dat de EU in haar interne recht zowel in materieel als in procedureel opzicht voorziet in grondrechtbescherming die gelijkwaardig is – maar niet identiek hoeft te zijn – aan de EVRM-normen.¹¹ Deze gelijkwaardigheid wordt vervolgens zowel op systeemniveau als op zaakniveau beoordeeld.

Zowel het Nederlandse en Europese mededingingsbevoegdrecht als zodanig als de concrete toepassing ervan kunnen dus worden getoetst aan de normen van het EVRM en – wat de Unie betreft, indirect – van het IVBPR.

Hierna worden de voornaamste leerstukken die daarbij relevant zijn, besproken. Wegens de omvang van deze bijdrage kan uiteraard geen uitputtendheid worden gepretendeerd: het gaat hier om de meest relevant geachte leerstukken, namelijk diverse facetten van artikel 6, het *lex certa*-beginsel van artikel 7, het huisrecht van artikel 8 en het *ne bis in idem*-beginsel van artikel 4 Protocol 7. Daarbij zal eerst een overzicht worden gegeven van de relevante rechtspraak van het EHRM, gevolgd door een bespreking van de praktijk en rechtspraak in Nederland en de Unie.

Artikel 6 – Reikwijdte en toepasbaarheid op mededingingsprocedures

344

Inhoud

Artikel 6 lid 1 EVRM voorziet in de toegang tot een met bepaalde waarborgen omklede rechter bij (1) het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of (2) het bepalen van de gegrondheid van een vervolging (*criminal charge*). Het tweede en derde lid voorzien vervolgens, bij een vervolging, in aanvullende waarborgen, te weten het onschuldvermoeden (lid 2) en de rechten van de verdediging (lid 3).

Vervolging

Het EHRM hanteert in dat kader de drie zogeheten *Engel*-criteria om te beoordelen of sprake is van een vervolging: (1) de vraag of de sanctionering in de betrokken lidstaat is ingebed in het strafrecht, (2) de aard van de overtreding en (3) de aard en zwaarte van de mogelijk op te leggen sanctie.¹² Deze drie criteria zijn alternatief: indien een procedure niet reeds naar nationaal recht strafrechtelijk van aard is, kan zij toch als vervolging worden aangemerkt indien de betrokken overtreding in termen van het EVRM als misdrijf moet worden aangemerkt of

indien zij de betrokkene blootstelt aan een sanctie die, naar aard en zwaarte, in het algemeen tot de strafrechtelijke sfeer behoort.¹³ Op grond van criterium (3) heeft het EHRM in vaste rechtspraak geoordeeld dat de bestuursrechtelijke beboeting als vervolging moet worden aangemerkt wanneer zij gericht is op afschrikking en bestraffing. Deze rechtspraak, die aanvankelijk is ontwikkeld naar aanleiding van de administratieve beboeting van verkeersovertredingen,¹⁴ is later uitgebreid naar mededingingsrechtelijke boetes.¹⁵

Deze rechtspraak is overgenomen door zowel de Unierechter¹⁶ als de Nederlandse rechter.¹⁷

Gezien de hiervóór aangehaald rechtspraak over *Engel*-criterium (3) wordt deze analyse op Unieniveau niet beïnvloed door het feit dat artikel 23 lid 5 Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat de krachtens de leden 1 en 2 van dezelfde bepaling op te leggen boetes ‘geen strafrechtelijk karakter’ hebben. Reeds in de *ACF Chemiefarma*-zaak heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld, dat de krachtens artikel 15 Verordening (EG) nr. 17 door de Commissie op te leggen sancties tot doel hebben, ‘ongoorloofde gedragingen tegen te gaan en herhaling daarvan te voorkomen’.¹⁸

Op Nederlands niveau bepaalt artikel 5:2 lid 1 Awb sinds de Vierde Tranche uitdrukkelijk dat bestuurlijke sancties uiteen vallen in ‘herstelsancties’, die beogen de status quo ante te herstellen en ‘bestraffende sancties’, die ‘beogen de overtreder leed toe te voegen’. Hiermee wordt bevestigd dat bestraffende bestuurlijke boetes als vervolging moeten worden aangemerkt.

Toepasbaarheid in de fase voorafgaand aan het proces

Een volgende stap in de artikel 6-analyse is de vraag in hoeverre die bepaling, die strikt genomen ziet op een eerlijk proces voor de rechter, mede ziet op de daaraan voorafgaande administratieve of politieke vervolgingsfase. Het EHRM volgt daarbij een *effet utile*-benadering: hoewel het hoofddoel van artikel 6 EVRM is gelegen in het waarborgen van een eerlijk proces volgt daar in het geval van een vervolging niet uit, dat die bepaling niet van toepassing is voorafgaand aan het inleiden van die vervolging bij een rechter:

‘Artikel 6 kan relevant zijn voordat een vervolging aan een rechter wordt voorgelegd indien en voor zover het waarschijnlijk is dat de eerlijkheid van het proces ern-

11. EHRM 9 februari 1990, zaak nr. 13258/87, *M&Co/Duitsland*, DR 64, p. 145; EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, *Bosphorus Hava Yollari/İerland*, Reports 2005-VI; en EHRM 20 januari 2009, zaak nr. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A./Nederland*.

12. Vaste rechtspraak sinds EHRM 8 juni 1976, *Engel e.a./Nederland*, A-reeks nr. 22-1, p. 647.

13. EHRM (Plenaire) 21 februari 1984, *Öztürk/Duitsland*, A-reeks nr. 73, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema, punt 50; EHRM (Grote Kamer) 28 juni 1984, *Campbell en Fell/VK*, A-reeks nr. 80, r.o. 69-73 en r.o. 111-113 en EHRM 25 augustus 1987, *Lutz/Duitsland*, A-reeks nr. 123, r.o. 55.

14. Reeds genoemde arresten *Öztürk* en *Lutz*.

15. ECRM 9 februari 1990, *M & Co./Duitsland*, A-reeks nr. 64, p. 138 en ECRM 30 mei 1991, aangehaald in EHRM 27 februari 1992, *Stenuit/Frankrijk*, A-reeks nr. 232.

16. Zie bijv. HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, *Hüls/Commissie*, Jur. 1999, p. I-4287, punt 150 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-235/92 P, *Montecatini/Commissie*, Jur. 1999, p. I-4539, punt 176.

17. Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 november 2002, *NEA/NMa*, LJN AR4219, r.o. 2.3.2. en Cbb 19 januari 2009, *Garnalen*, LJN BH0436, r.o. 2.10.

18. HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF Chemiefarma/Commissie*, Jur. 1970, p. I-661, punt 173.

stig en onherstelbaar wordt aangetast door een aanvankelijk nalaten om zijn bepalingen na te leven'.¹⁹

Deze indirecte toets kan echter zeer wel resulteren in casus waarin artikel 6 EVRM uitsluitend wordt geschonden door feiten die zich in de opsporingsfase voordoen, ongeacht het verloop van de daarop volgende fase voor de rechter.²⁰

Mogelijkheid van beboeting door een bestuursorgaan

In de zaak *Le Compte, Van Leuven en De Meyer/België* heeft het EHRM geoordeeld dat artikel 6 EVRM niet vereist dat een als strafrechtelijk aangemerkte sanctie wordt opgelegd door een onafhankelijke rechter, mits die sanctie in dat geval kan worden aangevochten voor een met de waarborgen van artikel 6 omklede rechter, die over volle rechtsmacht beschikt om alle aspecten van de zaak te beoordelen en de sanctie in voorkomend geval aan te passen.²¹

In zijn arrest *Enso Española*²² heeft het Gerecht geoordeeld dat op Unieniveau aan dit laatste vereiste is voldaan omdat het Gerecht een onafhankelijke rechter is die juist is opgericht om feitelijke complexe zaken te onderzoeken²³ en die krachtens artikel 17 Verordening (EG) nr. 17 (thans art. 31 Verordening (EG) nr. 1/2003) volledige rechtsmacht heeft met betrekking tot door de Commissie opgelegde boetes en deze kan schrappen, verlagen over verhoen.

In Nederland volgt de volle toetsing uit artikel 3:4 lid 2 Awb en wordt zij ook als zodanig toegepast.²⁴

Met deze analyse van de volle rechtsmacht staat echter op gespannen voet dat de Europese en Nederlandse bestuursrechtters ingewikkelde economische en technische beoordelingen van de Commissie en de NMa slechts minimaal toetsen:

‘[B]ij de toetsing van een ingewikkelde economische beoordeling door de Commissie dient [de gemeenschapsrechter] zich te beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en de motiveringsregels in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of

er sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.’²⁵

Hoewel dit op zichzelf niet relevant is voor de artikel 6-analyse, die zich immers concentreert op de procedure voor de bestuursrechter, geldt daarnaast dat de Commissie en de NMa beide gebonden zijn aan interne, niet noodzakelijkerwijs artikel 6-gerelateerde waarborgen op het gebied van de rechten van de verdediging, zoals het beginsel van hoor en wederhoor (in het geval van de Commissie onder toezicht van de raadadviseur-auditeur), de toegang tot het dossier, de bindende werking van de punten van bezwaar (Commissie) of het rapport (NMa) en, in het geval van de NMa, de scheiding tussen opsporing en beboeting ex artikel 54a Mw.

Wat dat laatste betreft: met betrekking tot het alles-in-één-handstelsel, zoals dat, zonder functionele scheiding, wordt toegepast op Unieniveau, oordeelde het Gerecht dat artikel 6 zich daar niet tegen verzet, aangezien de beslissingen van de Commissie als gezegd vatbaar zijn voor volle rechterlijke toetsing.²⁶

Overigens zijn deze interne waarborgen onderwerp van hernieuwde aandacht van de Commissie,²⁷ die in januari 2010 een consultatie heeft gehouden²⁸ met betrekking tot het verloop van de boeteprocedure, de rol van de raadadviseur-auditeur en de inbreng van economisch bewijs.²⁹

Nemo tenetur, zwijgrecht en cautieplicht

Achtergrond

De medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb en de plicht zich krachtens artikel 20 Verordening (EG) nr. 1/2003 aan Commissieonderzoeken te onderwerpen staan reeds op zich op gespannen voet met het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, twee rechten die niet uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 6 EVRM, maar wel in artikel 14 lid 3 onder g IVBPR. De cautieplicht werkt vervolgens als waarborg voor de effectiviteit van die rechten.

Lichtend voorbeeld is daarbij het arrest van de *US Supreme Court* van 13 juni 1966 in de zaak *Miranda/Arizona*.³⁰ Daarin zijn de rechten die in de wandeling als de *Miranda rights* worden aangeduid, anders dan in de rechtspraak van het EHRM, onvoorwaardelijk geformuleerd:

19. Vaste rechtspraak, zie bijv. EHRM 24 november 1993, *Imbrioscia/Zwitsersland*, A-reeks nr. 275, punt 36 en EHRM (Grote Kamer) 27 november 2008, zaak nr. 36391/02, *Salduz/Turkije*, NJ 2009, 214, AB 2010, 28 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik en EHRC 2009, 7 m.nt. Spronken, r.o. 50.

20. Zie bijv. de in de vorige noot genoemde zaak *Salduz*.

21. EHRM 23 juni 1981, A-reeks nr. 54, punt 51 en EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte/België*, A-reeks nr. 58, punt 29, en EHRM 26 oktober 1984, *De Cubber/België*, A-reeks nr. 86.

22. GvEA 14 mei 1998, zaak T-348/94, *Enso Española/Commissie*, Jur. p. II-1875, punten 55-65 (in hogere voorziening op dit punt niet bestreden; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-282/98 P, Jur. p. I-9817).

23. Het Gerecht verwijst daarbij naar zijn eigen oprichtingsbesluit: Besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988, Pb. EG 1988, L 319/1, verbeterd in Pb. EG 1989, L 241/4.

24. ABRvS 4 juni 1996, JB 1996, 172; CRvB 5 november 1998, AB 1999, 75 en Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *Bredase Notarissen*, LJN AH9702, r.o. 2.3.2.

25. HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Remia e.a./Commissie*, Jur. 1985, p. I-2545, punt 34 en GvEA 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft/Commissie*, Jur. 2007, p. II-3601, punten 87-89 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie bijv. voor de Nederlandse maatstaf CBb 31 december 2007, *Mobiele operators*, LJN BC1396.

26. GvEA 14 mei 1998, zaak T-348/94, *Enso Española/Commissie*, Jur. 1998, p. II-1875, punt 56.

27. Zie A. Italianer, *Safeguarding due process in antitrust proceedings*, Fordham-toespraak van 23 september 2010, < http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_06_en.pdf >, geraadpleegd op 1 november 2010 en de consultatiestukken.

28. Persbericht IP/10/2 van 6 januari 2010.

29. Zie < http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practice/s/ >, geraadpleegd op 1 november 2010.

30. 384 U.S. 436.

(1) absoluut zwijgrecht, (2) absoluut recht op aanwezigheid van een advocaat bij het eerste politieverhoor, (3) absolute cautieplicht en (4) absolute uitsluiting van in strijd met de vorige rechten verkregen bewijs, de zogeheten *exclusionary rule*. Inmiddels is *Miranda* echter sterk verwaterd door de *Roberts Court*, laatstelijk in zijn arrest van 1 juni 2010 in de zaak *Berghuis/Thompkins*.³¹

De rechtspraak van het EHRM

• Algemeen

In 1993 heeft het EHRM in *Funke* voor het eerst het bestaan van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel erkend door te oordelen dat zij onlosmakelijk zijn verbonden met het begrip ‘eerlijk proces’ in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.³² In het *Saunders*-arrest voegt het EHRM daaraan toe dat deze rechten tevens nauw verbonden zijn met het onschuldvermoeden van artikel 6 lid 2. Het definiëert daarbij deze rechten als volgt:

‘The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the ‘person charged’. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and securing the aims of Article 6.’³³

Deze rechten spelen in de rechtspraak van het EHRM op twee niveaus een rol: enerzijds als het gaat om het gebruik, voor vervolgingsdoeleinden, van in strijd met die waarborgen verkregen bewijs,³⁴ en anderzijds als het gaat om de bestraffing, als zodanig, van de schending van een plicht om mee te werken aan opsporing.³⁵ Dit betekent dat zij voor ons zowel van belang zijn in het kader van (1) de beboeting van kartel- en misbruikinbreuken als van (2) de beboeting voor het niet meewerken ex artikel 69 Mw respectievelijk artikel 23 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

Het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel hebben niet uitsluitend betrekking op verklaringen of stukken die rechtstreeks belastend zijn: ook andere verklaringen of

stukken kunnen immers later worden gebruikt om overige verklaringen van de vervolgte te betwisten of om zijn geloofwaardigheid te ondermijnen.³⁶

In de casus die aan het EHRM zijn voorgelegd kunnen drie toepassingen van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel worden onderscheiden: (1) het zwijgrecht in nauwe zin, dat wil zeggen het recht om te zwijgen tijdens een mondeling verhoor, (2) het recht om geen antwoord te geven op schriftelijke vragen en (3) het recht om niet mee te werken aan handelingen waarmee bewijsstukken kunnen worden vergaard.³⁷ Wij zullen zien dat met name de laatste twee voor spanningsvelden zorgen.

Voor al deze casus geldt in gelijke mate dat de betrokken rechten niet absoluut zijn: het EHRM toetst slechts of de mate van uitgeoefende dwang van dien aard was, dat zij het wezen van de *nemo tenetur*-bescherming teniet heeft gedaan (‘extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination’).³⁸ Daarbij neemt het EHRM met name de volgende elementen in aanmerking, hierna aangeduid als *Jalloh*-criteria: (1) de aard en intensiteit van de toegepaste dwang, (2) de aanwezigheid van procedurele waarborgen en (3) het gebruik dat vervolgens van het verkregen materiaal is gemaakt.³⁹ Hierna wordt nader ingegaan op de drie hierboven geïdentificeerde soorten casus.

• Het zwijgrecht *stricto sensu*

Het zwijgrecht *stricto sensu* is door het EHRM erkend in *Murray*.⁴⁰ Het EHRM verduidelijkte daarbij dat ondanks dit recht de weg openblijft voor ‘common sense inferences’: enerzijds kan een veroordeling niet uitsluitend worden gebaseerd op het zwijgen van de vervolgte, anderzijds kan dit zwijgen wel degelijk in aanmerking worden genomen in situaties die naar gezond verstand ‘duidelijk om een verklaring vragen’.⁴¹

In *Telfner* voegde het EHRM daaraan toe dat een zwijgen ook in aanmerking kan worden genomen wanneer de rechter vrij is in het waarderen van bewijs en reeds sprake is van bewijs dat van dien aard is dat de enige op het gezonde verstand gebaseerde gevolgtrekking met betrekking tot het zwijgrecht is, dat de verdachte geen sluitend antwoord heeft op de tegen hem gepresenteerde zaak.⁴²

In de zaak *Saunders* ging het om een Britse koersmanipulatiezaak waarin de verdachte op straffe van maximaal twee jaar gevangenisstraf verplicht was te antwoorden op vragen van inspecteurs, zonder het zwijgrecht te kunnen

31. Zaak nr. 08-1470. Zie ook US Supreme Court 23 februari 2010, zaak nr. 08-1175, *Florida/Powell*; US Supreme Court 24 februari 2010, zaak nr. 08-680, *Maryland/Shatzer* en B. Friedman, ‘The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to *Miranda v. Arizona*)’, *NYU Public Law and Legal Theory Working Papers* 2010.

32. EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk, A-reeks* nr. 256, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge.

33. EHRM 17 december 1996, *Saunders/VK, Reports* 1996-VI, NJ 1997, 699 m.nt. Knigge, r.o. 68; EHRM 21 december 2000, *Heaney en McGuinness/Ierland, Reports* 2000-XII, r.o. 40, en EHRM 3 mei 2001, *J.B./Zwitserland, Reports* 2001-III, NJ 2003, 345 m.nt. Schalken, r.o. 64.

34. Arrest *Saunders*, reeds aangehaald in vorige noot; EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland, Reports* 2006, NJ 2007, 226 m.nt. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 354 m.nt. Van Kempen en de O’Halloran-casus in EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2009, O’Halloran en Francis/VK, NJ 2008, 25 m.nt. Alkema, AB 2008, 234 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, *EHRM* 2007, 104 m.nt. Albers en *NJCM-Bulletin* 2008, p. 525 m.nt. Jarigsma.

35. Reeds aangehaalde zaken *Funke, J.B.* en *Heaney en McGuinness* en de *Francis*-casus in O’Halloran en Francis.

36. Reeds aangehaald arrest *Saunders*, r.o. 71, en EHRM 8 februari 1996, *Murray/VK, Reports* 1996-I, r.o. 54.

37. Dit laatste type wordt door het EHRM in *Jalloh* aangeduid als het verzamelen van ‘real evidence’.

38. EHRM 21 december 2000, *Heaney en McGuinness/Ierland, Reports* 2000-XII, r.o. 47-58, en EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2009, O’Halloran en Francis/VK, r.o. 54.

39. EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland, Reports* 2006, r.o. 101, en EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2009, O’Halloran en Francis, r.o. 55. In r.o. 117 van het arrest *Jalloh* wordt ook gesproken over het gewicht van het betrokken vervolgingsbelang, maar dat element komt in r.o. 101 en in het latere arrest O’Halloran en Francis niet voor. Zie daarover de afwijzende zienswijze van Myer in O’Halloran en Francis.

40. EHRM 8 februari 1996, *Murray/VK, Reports* 1996-I, r.o. 45.

41. EHRM 8 februari 1996, *Murray/VK, Reports* 1996-I, r.o. 46 en 47.

42. EHRM 20 maart 2001, *Telfner/Oostenrijk, Reports* 2001-V, r.o. 17.

inroepen.⁴³ De zaak *Heaney en McGuinness*⁴⁴ had betrekking op Britse anti-terreur wetgeving op grond waarvan personen desgevraagd en op straffe van gevangenisstraf een volledige weergave moesten geven van hun verplaatsingen en verrichtingen tijdens een bepaalde tijdspanne. In beide zaken oordeelde het EHRM dat het wezen van het zwijgrecht teniet is gedaan.

- *Het recht om geen antwoord te geven op schriftelijke vragen*

Het recht om geen antwoord te geven op schriftelijke vragen is laatstelijk op Grote Kamer-niveau afgebakend in de zaak *O'Halloran en Francis*.⁴⁵ Deze zaak had betrekking op Britse wetgeving die, wanneer een verkeersovertreding is vastgesteld, de betrokken kentekenbewijshouders op straffe van boetes en aftrek van rijbewijspunten ertoe verplicht de naam te geven van de persoon die op het tijdstip van de overtreding het voertuig in kwestie bestuurde.⁴⁶ O'Halloran had die informatie verstrekt, werd beboet en beriep zich vervolgens op schending van zijn zwijgrecht. Francis daarentegen beriep zich meteen op zijn zwijgrecht, weigerde stug en werd daarvoor bestraft met een boete en puntenaftrek, vergelijkbaar met de straf voor de corresponderende materiële overtreding. Met 15 tegen 2 komt de Grote Kamer op grond van de *Jalloh*-criteria tot de slotsom dat hier geen sprake is van het teniet doen van de bescherming tegen zelfbeschuldiging:

(1) Er was weliswaar sprake van directe dwang – het opleggen van een straf die vergelijkbaar is met de straf voor de overtreding zelf –, maar die dwang kan worden verklaard door het feit dat motorvoertuigen ernstig lichamenteel letsel kunnen veroorzaken, waardoor kentekenhouders zich vrijwillig aan een bepaald regime hebben onderwerpen; voorts had die dwang betrekking op een zeer beperkte informatieplicht, namelijk de plicht om, in geval van een overtreding, uitsluitend de naam van de bestuurder te geven (r.o. 57 en 58).

(2) Als het gaat om de vereiste procedurele waarborgen voorzag de Britse regeling voor de kentekenhouder in de mogelijkheid te stellen dat hij in bepaalde omstandigheden niet redelijkerwijs wist of behoorde te weten wie de bestuurder was, waardoor geen sprake was van risico-aansprakelijkheid (r.o. 59).

(3) Met betrekking tot het gebruik dat van het bewijs is gemaakt kan het EHRM in het geval van de weigerachtige Francis terecht oordelen dat van zijn weigering geen gebruik is gemaakt voor een veroordeling voor de verkeersovertreding (r.o. 61). Als het om O'Halloran gaat, moet het EHRM zich in nogal wat bochten wringen en komt het tot een betwistbare vaststelling: O'Halloran is weliswaar veroordeeld, maar de onder dwang verkregen identiteit van de bestuurder is daarbij slechts een van de relevante elementen geweest (r.o. 62). Waarom dit maakt

dat het wezen van de bescherming tegen zelfbeschuldiging bij O'Halloran niet teniet is gedaan, licht het EHRM niet toe.⁴⁷

Deze sterk bij de casuïstiek aansluitende overwegingen zullen in het mededingingsrecht geen toepassing kunnen vinden: ook daar is immers sprake van dwang – de afzonderlijke beboeting voor de zogeheten formele overtredingen –, maar die wordt hier niet gerechtvaardigd door de bijzondere omstandigheid van het als kentekenhouder – volgens het EHRM – voor lief nemen van een bijzonder toezichtsregime wegens het gevaar dat van motorvoertuigen uitgaat. Om die reden zou in het mededingingsrecht sprake moeten zijn van een absoluut recht om te weigeren om een antwoord te geven op schriftelijke vragen.

- *Bevelen tot het overleggen van bewijsstukken*

Als het ten derde gaat om bevelen tot het overleggen van stukken of het meewerken aan feitelijke onderzoekshandelingen, meandert de rechtspraak van het EHRM op soms onnavolgbare wijze.

In *Funke* ging het om een bevel van de Franse douaneautoriteiten om een ruim gedefinieerde verzameling van stukken over te leggen waarvan het bestaan werd vermoed, maar niet vaststond. Het EHRM concludeerde tot een schending omdat de autoriteiten: 'niet in staat of bereid waren de stukken met andere middelen te verkrijgen en derhalve hebben gepoogd [Funke] zelf te dwingen het bewijs te leveren van de vermeendelijk door hem gepleegde overtredingen'.⁴⁸

In *Saunders*, dat eigenlijk betrekking had op een verhoor, oordeelde het EHRM in een overweging ten overvloede:

'The right not to incriminate oneself [...] does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which have an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.'⁴⁹

Reeds in de afwijkende opinie van rechter Martens bij dat arrest wordt de vraag opgeworpen hoe dit onderscheid in de praktijk moet uitpakken.

In *J.B.*, vervolgens, hadden de Zwitserse belastingautoriteiten in het kader van een onderzoek naar ontduiking J.B. bevolen alle stukken over te leggen met betrekking tot de herkomst van bepaalde door hem geïnvesteerde gelden. Het EHRM oordeelt, zonder dit nader te onderbouwen, dat het in deze zaak, anders dan in *Saunders*, niet gaat om stukken die 'onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaan', en komt zonder een zeer nauwkeurige onder-

43. EHRM 17 december 1996, *Saunders/VK*, r.o. 70-76.

44. EHRM 21 december 2000, *Heaney en McGuinness/Ierland*.

45. EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2009, *O'Halloran en Francis/VK*.

46. Anders dan in Nederland, waar dit vervolgingsprobleem wordt opgelost door middel van een omkeerbaar rechtsvermoeden dat de kentekenhouder tevens de bestuurder is, zie EHRM 19 oktober 2004, *Falk/Nederland*, NJ 2005, 429.

47. Zoals vaker zijn de losse zienswijzen bij dit arrest zeer lezenswaardig. Instemmende rechter Borrego Borrego is verontwaardigd over het feit dat de Grote Kamer 12 bladzijden nodig heeft om datgene te beslissen wat het gezonde verstand onmiddellijk voorschrijft, namelijk dat kentekenhouders deze inbreuk hebben te dulden, terwijl afwijzende rechter Pavlovski schuimt van woede over deze ongerechtvaardigde uitholling van het zwijgrecht.

48. EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk*, r.o. 44.

49. EHRM 17 december 1996, *Saunders/VK*, r.o. 69.

bouwing tot de slotsom dat het *nemo tenetur*-beginsel is geschonden.⁵⁰

In *Jalloh* ten slotte werd een verdachte die een bolletje had ingeslikt, door vier agenten naar het ziekenhuis gebracht, waar zij hem in bedwang hielden terwijl een arts hem via een neussonde en een spuit diverse braakmiddelen toediende. Hij braakt vervolgens een bolletje uit, dat 0,2 gram cocaïne bevat. In hoger beroep oordeelt de Grote Kamer van het EHRM dat deze behandeling een schending oplevert van artikel 3 (onmenselijke of ontorende behandeling) en oordeelt tevens dat het gebruik van het opgespogen bolletje als centraal bewijs een schending van artikel 6 oplevert.⁵¹ De Grote Kamer erkent daarbij dat het bolletje, in lijn met de *Saunders*-uitzondering, 'een van de wil van de verdachte onafhankelijk bestaan heeft',⁵² maar erkent toch een beroep op het *nemo tenetur*-beginsel omdat hier, anders dan het afstaan van adem, bloed of urine, waar (1) slechts sprake is van een kleine ingreep in de fysieke integriteit en (2) de normale werking van het menselijk lichaam niet wordt verstoord, een braakmiddel is toegediend op een wijze die een schending van artikel 3 EVRM heeft opgeleverd.⁵³

Hoewel dergelijke taferelen zich niet bij een mededingingsonderzoek zullen voordoen, is dit laatste arrest toch nuttig om de *Saunders*-uitzondering scherp te krijgen. Het haast metafysische criterium van het 'van de wil van de verdachte onafhankelijke bestaan' uit *Saunders* lijkt dus eerder te zijn de 'van de wil van de verdachte onafhankelijke beschikbaarheid voor het onderzoek'.

Een mogelijke manier om *Funke*, *Saunders* en *J.B.* met elkaar te verenigen als het gaat om stukken is te oordelen dat een verdachte niet 'in defiance of his will' (*Saunders*) kan worden gedwongen om stukken te verzamelen en over te leggen (*Funke* en *J.B.*), maar dat hij zich niet kan verzetten tegen het gebruik van stukken die door de autoriteiten zelf zijn gevonden met behulp van onderzoeksbevoegdheden.⁵⁴

• Cautieplicht

In zijn recente arrest *Zaichenko* heeft het EHRM geoordeeld dat het beginsel van de effectiviteit van de door het EVRM gewaarborgde rechten met zich brengt dat het in de betrokken zaak aan de vervolgende autoriteiten was om de vervolgte te wijzen op zijn zwijgrecht en op het recht niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.⁵⁵ Voordien was de cautieplicht niet ten algemene erkend in de rechtspraak van het EHRM, dus het gaat om een prille ontwikkeling, die nog lijkt bevestigd te moeten worden.

Europese en Nederlandse mededingingspraktijk

• Bevoegdheden van Commissie en NMa

De bewijsgaringsbevoegdheden van de Europese Commissie zijn neergelegd in hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 1/2003. Commissieambtenaren mogen 'personen of rechtspersonen horen die daarin toestemmen' (artikel 19 lid 1) en, op vertoon van een schriftelijke machtiging of van een beschikking waarin doel en voorwerp van de inspectie worden vermeld (artikel 20 leden 3 en 4), lokalen van bedrijven betreden, boeken en bescheiden inzien en kopiëren (artikel 20 lid 2 onder a, b en c) en toelichtingen of stukken vorderen (artikel 20 lid 2 onder e). Verordening (EG) nr. 1/2003 voorziet daarbij niet uitdrukkelijk in een zwijgrecht of een cautieplicht. In de praktijk overhandigt de Commissie samen met de verificatiebeschikking een *Explanatory Note* waarin de uitoefening van deze bevoegdheden voor een deel wordt genormeerd.⁵⁶ Daarnaast heeft de Commissie de hiervóór aangehaalde consultatie gehouden over, onder andere, het verloop van de boeteprocedure.

In Nederland zijn de bestuursrechtelijke bewijsgaringsbevoegdheden ingevoerd met de Derde Tranche Awb,⁵⁷ die samen met de Mededingingswet op 1 januari 1998 in werking is getreden. Hier zijn de bevoegdheden niet verleend aan het bestuursorgaan, maar aan de natuurlijke personen die door dat orgaan als toezichthoudende ambtenaar zijn aangewezen (art. 5:11).⁵⁸ Hun bevoegdheden komen in grote lijnen overeen met die van Commissieambtenaren: zij mogen zonder voorafgaand rechterlijk verlof plaatsen betreden anders dan woningen (art. 5:15 lid 1 Awb), inlichtingen vorderen (art. 5:16 Awb) en inzage vorderen in zakelijke bescheiden en gegevens (art. 5:17 lid 1 Awb). Artikel 5:13 Awb, dat een bijzondere uitwerking van het evenredigheidsbeginsel bevat, bepaalt dat van de hier genoemde bevoegdheden slechts gebruik mag worden gemaakt voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van de betrokken taak. Het zwijgrecht en de cautieplicht zijn sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb ten algemene geregeld in artikel 5:10a Awb, terwijl voor het mededingingsrecht de wat meer gedetailleerde regeling van artikel 53 lid 1 Mw blijft gelden (zie hierna). Na twee eerdere versies⁵⁹ heeft de

50. EHRM 3 mei 2001, *J.B./Zwitserland*, r.o. 68.

51. EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*; een klacht met betrekking tot art. 8 wordt niet nader onderzocht, omdat reeds is vastgesteld dat art. 3 is geschonden, r.o. 86.

52. EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*, r.o. 113.

53. EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*, r.o. 113-115.

54. Aldus ook Schalken in zijn noot in *NJ* 2003, 345 bij EHRM 3 mei 2001, *J.B./Zwitserland*, *Reports* 2001-III en Barkhuyzen en Van Emmerik in hun noot in *AB* 2008, 234 bij *O'Halloran en Francis*.

55. EHRM 18 februari 2010, zaak nr. 39660/02, *Zaichenko/Rusland*, r.o. 52.

56. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf>, geraadpleegd op 1 november 2010.

57. *Stb.* 1996, 333.

58. Overeenkomstig art. 50 lid 1 Mw en de *Chinese walls*-regeling van art. 54a Mw zijn alle NMa-ambtenaren behalve die van de Juridische Dienst aangewezen als toezichthoudende ambtenaar (zie, laatstelijk, Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14819, gewijzigd bij *Stcrt.* 2010, 9370).

59. Digitale Werkwijze 2003, 6 juni 2003, *Stcrt.* 2003, 109, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2005, 247, zie A.C.M.P. Punt-Le Guellec en De Wild, 'Mededingingsonderzoek in het informatietijdperk', *AM* 2003, p. 125. Digitale Werkwijze 2007, 12 december 2007, *Stcrt.* 2007, 243, zie J.L. de Gou en W.A. Moerman, 'NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error', *AM* 2008-2, p. 37-39 en H.M.H. Speyart, 'Tamosius, Petri Sallinen en Wieser: de opsporingspraktijk van de NMa op losse schroeven', *AM* 2008-5, p. 111-124.

NMa onlangs een nieuwe Werkwijze Rechercheren⁶⁰ vastgesteld, waarin zij uiteenzet hoe zij deze bevoegdheden van haar ambtenaren beoogt uit te oefenen.

Als gezegd bestaat er zowel in de Unieprocedure als in de Nederlandse procedure een medewerkingsplicht die bij niet-naleving tot zelfstandige beboeting leidt.

De toepassing van de hiervóór aangehaalde rechtspraak van het EHRM op deze bevoegdheden levert het volgende beeld op.

- *Bedrijfsonderzoek*

Op grond van de *Saunders*-uitzondering lijkt een bedrijfsbezoek tegen de wil van de gebruiker niet in strijd met het *nemo tenetur*-beginsel: anders dan in *Funke* en *J.B.* gaat het daarbij immers om het door de autoriteiten zelf, op grond van een bevel, vergaren van stukken die een bestaan hebben dat onafhankelijk is van de wil van de verdachte.

- *Verhoor*

Op Europees niveau lijkt het mondelinge verhoor niet te zijn getoetst.

Op Nederlands niveau levert de *Mobile Operators*-zaak een precedent op: in die zaak heeft de heer O., de vermeende afgevaardigde van O2, geweigerd te verklaren waar hij was op 13 juni 2001, toen zijn concurrenten bijeen waren in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis in Nieuwegein. De NMa neemt dit zwijgen mede in aanmerking bij haar oordeel dat O2 heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging.⁶¹ De Rechtbank Rotterdam verwerpt deze redenering onder verwijzing naar het hiervóór aangehaalde arrest *Telfner*: er waren geen (overige) aanwijzingen dat de heer O. inderdaad aanwezig was, waardoor geen negatieve gevolgen getrokken mogen worden uit zijn beroep op het zwijgrecht.⁶²

- *Vorderen van schriftelijke inlichtingen*

Als het gaat om het schriftelijk vorderen van inlichtingen is met name de Europese praktijk interessant.

In *Orkem*, gewezen vóór *Funke*, maakte het Hof van Justitie een onderscheid tussen enerzijds (1) feitelijke inlichtingen en stukken en (2) inlichtingen waardoor een onderneming het bestaan van een mededingingsinbreuk zou erkennen, terwijl dit bewijs door de Commissie moet worden geleverd. De eerste groep moet de onderneming verstrekken teneinde de nuttige werking van de verificatie te waarborgen, ook indien daarmee een inbreuk kan worden bewezen, terwijl de tweede groep 'een geheel andere situatie vormt'.⁶³

In *Otto/Postbank*, gewezen vlak na *Funke*, handhaafde het Hof van Justitie deze lijn.⁶⁴ Martens verwees naar beide arresten in zijn afwijzende zienswijze bij *Saunders*.

In *LVM*, gewezen na *J.B.*, wijst het Hof van Justitie naar de ontwikkeling van de Straatsburgse rechtspraak tot en met dat arrest, maar handhaaft het zijn *Orkem*-lijn.⁶⁵ In de zaak *Grafietelektroden* heeft het Gerecht derhalve een algemeen beroep van kartellist SGL op het zwijgrecht met betrekking tot het verschaffen van enige inlichting of enig stuk afgewezen, behalve als het ging om een verzoek van de Commissie om het voorwerp en verloop van een aantal bijeenkomsten te beschrijven.⁶⁶

De vraag is uiteraard of de door het Hof van Justitie vastgestelde verenigbaarheid met de rechtspraak van het EHRM juist is. Het daarvoor geldende toetsingskader is dat van *O'Halloran en Francis* en de uitkomst lijkt negatief: anders dan in die zaak (1) speelt bij het mededingingsrecht niet het rechtseconomische aspect van het omwille van de sanctioneerbaarheid van massaal voorkomende verkeersovertredingen impliciet aanvaarden van bepaalde beperkingen, terwijl (2) de informatieplicht op geen enkele wijze door het Hof van Justitie wordt geclausuleerd.

Het is dus een kwestie van tijd voordat het opportuniteitsdenken van *Orkem* langs de lat van *O'Halloran en Francis* wordt gehouden.

In het algemene Nederlandse bestuursrecht blijft het zwijgrecht (sinds de Vierde Tranche) naar de tekst van artikel 5:10a lid 1 Awb beperkt tot het verhoor, dus tot de mondelinge context. De Hoge Raad past de strafrechtelijke evenknie van deze bepaling echter aldus toe, dat hij tevens betrekking heeft op schriftelijke inlichtingen.⁶⁷ Wat het mededingingsrecht betreft, geldt daarnaast nog steeds de *specialis* van artikel 53 lid 1 eerste volzin Mw, die voorziet in het recht, voor de betrokken onderneming, om geen verklaring af te leggen bij een redelijk vermoeden van overtreding.⁶⁸ De algemene term 'verklaring' lijkt zowel mondeling als schriftelijk verkeer te omvatten, waardoor op dit punt in Nederland geen sprake lijkt te zijn van de spanning die *Orkem* nog steeds op Unieniveau oproept.

- *Vorderen van stukken*

Ook voor het vorderen van stukken wordt de Europese stand van het recht nog steeds gevormd door *Orkem*, zoals bevestigd in *LVM* en *SGL*, en ook hier rijst dus de vraag

60. Werkwijze NMa digitaal en analoog rechercheren, 10 augustus 2010, *Stcrt.* 2010, 12871. Zie H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze rechercheren van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', *AM* 2010-4, p. 81-91 en M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *AM* 2010-4, p. 92-96.

61. NMa 30 december 2002, zaak 2658, *Mobiele operators*, punt 69.

62. Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *Mobiele operators*, LJN AY4035, r.o. 2.6.1. t.a.v. Telfort.

63. HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 347/87, *Orkem/Commissie*, *Jur.* 1989, p. I-3283, punten 27, 28, en 32-35, herhaald in GvEA 20 februari 2001, zaak T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Commissie*, *Jur.* 2001, p. II-729, punten 65-67.

64. HvJ EG 10 november 1993, zaak C-60/92, *Jur.* p. I-5683.

65. HvJ EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, *Jur.* 2002, p. I-8375, punt 274, herhaald in HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-301/04 P, *SGL*, *Jur.* 2006, p. I-5915, punten 39-49.

66. GvEA 29 april 2004, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Tokai Carbon e.a./Commissie*, *Jur.* 2004, p. II-1181, punt 408. In de in de vorige noot aangehaalde hogere voorziening tikt het Hof van Justitie het Gerecht op de vingers omdat het daarnaast een beroep op het zwijgrecht tevens heeft gehonoreerd voor stukken, terwijl volgens het Hof geen enkel *nemo tenetur*-recht bestaat ten aanzien van stukken.

67. HR 8 maart 2002, AB 2002, 353.

68. In haar niet-meewerkenbesluiten van 9 juli 2009 (zaken 6622 en 6678) heft de NMa de stelling ingenomen dat dit beroep niet toekomt aan oud-werknemers.

naar de verenigbaarheid met de Straatsburgse rechtspraak, deze keer met *Funke* en *J.B.*

Daarbij zijn twee uitkomsten denkbaar, afhankelijk van het gewicht dat in die laatste zaken volgens het EHRM toekomt aan de omstandigheid dat de autoriteiten in beide gevallen (1) hun net breed hadden geworpen door ruim geformuleerde verzoeken en (2) niet zeker waren van het bestaan van de betrokken stukken. In de eerste optie komt aan deze omstandigheden geen gewicht toe en gaat het zuiver om het feit dat de autoriteit bewijsstukken vorderen die zij ook zelf op grond van een doorzoekingsbevel hadden kunnen verkrijgen (zie *Funke*: ‘niet in staat of bereid de stukken met andere middelen te verkrijgen’). In deze optie vormt het op straffe van afzonderlijke beboeting vorderen van stukken zonder meer een inbreuk, ongeacht de gerichtheid van het verzoek.

In de tweede optie spelen deze omstandigheden wel een rol en zou een bevel tot het overleggen van stukken dus rechtmatig kunnen zijn, mits het beperkt blijft tot (1) individueel bepaalde stukken (2) waarvan het bestaan vaststaat.

De keuze tussen deze twee opties kan worden ingekaderd volgens het eerste *Jalloh*-criterium, te weten de mate van dwang: in het eerste geval gaat het om een ongeclausuleerde mate van dwang, in het tweede is die dwang, net als in *O'Halloran en Francis*, duidelijk ingeperkt. Wat het tweede criterium betreft, de procedurele waarborgen, wijst het Hof van Justitie op de mogelijkheid voor de betrokken onderneming om tijdens de procedure de gevolgen te betwisten die de Commissie uit de betrokken stukken trekt.⁶⁹

Ongeacht welke van deze opties het wordt, de ongeclausuleerde benadering van *Orkem* lijkt echter onhoudbaar en ook hier is het wachten op de zaak die zich voor toetsing aandient.

In Nederland is dit vraagstuk nog niet aan de orde geweest.

- *Cautie*

In het licht van *Zaichenko* komt het ontbreken van enige uitdrukkelijke cautieplicht op Europees mededingingsniveau onrechtmatig voor.

In het Nederlandse mededingingsrecht is de cautieplicht (na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche nog steeds) neergelegd in artikel 53 lid 1 tweede volzin Mw. Die volzin verwijst naar de eerste volzin, waarin als gezegd het begrip ‘verklaring’ wordt gebruikt, waardoor de hier geregelde cautieplicht dus zowel in de mondelinge als in de schriftelijke context lijkt te gelden.

Buiten het mededingingsrecht geldt de *generalis* van artikel 5:10a lid 2 Awb, die zich net als het eerste lid beperkt tot het verhoor. Blijkens de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche is deze beperking gestoeld op een door de wetgever gemaakt verschil tussen het verhoor, waar een zekere dwang van uitgaat, en de schriftelijke context, waar die dwang minder is. In de schriftelijke context is dus geen sprake van een cautieplicht, tenzij ‘in bijzondere omstan-

digheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor’.⁷⁰

Het EHRM kent dit verschil echter niet.

Recentelijk heeft het CBb over deze problematiek geoordeeld naar aanleiding van het (inmiddels door de Vierde Tranche geschrapte) artikel 15.6 Tw, dat zwijgrecht en cautieplicht voor de OPTA regelde. Deze bepaling was een mengvorm van de artikelen 5:10a Awb en 53 lid 1 Mw: het zwijgrecht gold daar met betrekking tot ‘verklaringen’, terwijl de cautieplicht slechts gold in een mondelinge context. Het CBb oordeelt dat die cautieplicht desondanks ook voor schriftelijke vragen gold omdat van die vragen, gelet op het bestaan van een inlichtingenplicht, dezelfde druk uitging als van een verhoor.⁷¹

Bijstand door een advocaat

De rechtspraak van het EHRM

Bij een vervolging vloeit uit de eerlijk proces-beginselen van artikel 6 lid 1 voort dat een belanghebbende in de onderzoeksfase voorafgaand aan de gerechtelijke procedure in eigenlijke zin het recht heeft zich te laten bijstaan door een advocaat.⁷² Zoals bij alle in het EVRM neergelegde rechten mag dit recht niet slechts illusoir en theoretisch zijn, maar juist praktisch en effectief.⁷³ Daardoor ontstaat dit recht volgens het EHRM vanaf het eerste moment dat sprake is van een vrijheidsbeperkend dwangmiddel dat maakt dat de rechten van de verdediging onherroepelijk kunnen worden aangetast: het eerste politieverhoor uit de zaak *Salduz*⁷⁴ of de voorlopige hechtenis uit de zaak *Öcalan*.⁷⁵ In zijn arrest van 18 februari 2010 in de zaak *Zaichenko* verduidelijkte het EHRM dat dit recht nog niet in werking treedt bij een wegcontrole waarbij de politie auto's aanhoudt en onderzoekt, omdat de onderzochte persoon op dat moment nog niet wezenlijk in zijn vrijheid wordt beperkt.⁷⁶

In deze rechtspraak wordt de noodzaak van rechtsbijstand onder andere gemotiveerd als waarborg voor de effectiviteit van de overige grondrechten, zoals het *nemo tenetur*-beginsel. Alleen de advocaat kan immers als deskundige beroepsbeoefenaar beoordelen of de rechten van de ver-

69. GvEA 20 februari 2001, zaak T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Commissie*, Jur. 2001, p. II-729, punten 77 en 78, en HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-301/04 P, *SGL*, Jur. 2006, p. I-5915, punt 49.

70. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99 en T&C Awb zesde druk, aant. 3 bij art. 5:10a.

71. CBb 2 februari 2010, *Tele2/OPTA*, LJN BL5463.

72. Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld EHRM 23 november 1993, *Poitrinmol/Frankrijk*, A-reeks nr. 277, r.o. 34 en EHRM 28 februari 2008, *Demeubukov/Bulgarije*, verzoek nr. 68020/01, r.o. 50.

73. Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld EHRM 24 november 1993, *Imbrioscia/Zwitserland*, A-reeks nr. 275, r.o. 38.

74. Zie reeds aangehaald arrest EHRM (Grote Kamer) 27 november 2008, zaak nr. 36391/02, *Salduz/Turkije*, r.o. 55. Zie ook EHRM 11 december 2008, zaak 4268/04, *Panovits/Cyprus*, r.o. 66; EHRM 24 september 2009, zaak 7025/04, *Pischchalnikov/Rusland*, r.o. 70 en EHRM 13 oktober 2009, *Danayan/Turkije*, EHRC 2010, 5 m.nt. Spronken.

75. EHRM 12 maart 2003, *Öcalan/Turkije*, bevestigd door EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, *Reports* 2005-IV.

76. EHRM 18 februari 2010, zaak nr. 39660/02, *Zaichenko/Rusland*, r.o. 48. Anders: afwijzende zienswijze van rechter Spielmann, die wijst op het feit dat dit geen gewone wegcontrole was, maar een verhoor langs de kant van de weg.

dediging onherroepelijk worden aangetast tijdens een onderzoek.⁷⁷

De mededingingspraktijk

Op Unieniveau verduidelijkt de *explanatory note* dat de aanwezigheid van een advocaat geen vereiste is voor de geldigheid van het onderzoek en dat de Commissieambtenaren slechts een korte vertraging zullen aanvaarden in afwachting van de advocaat (punt 6).

Op nationaal vlak bepaalt artikel 2:1 Awb dat een ieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen.

In de praktijk geven zowel de ambtenaren van de NMa als die van de Commissie bij het begin van een inspectie de onderzochte onderneming een termijn van meestal een half uur om ervoor te zorgen dat een advocaat aanwezig kan zijn. De NMa wijst zelfs uitdrukkelijk op die mogelijkheid.⁷⁸

In een zaak waarin een punitieve sanctie aan de orde was, heeft de CRvB de *Salduz*-lijn gevolgd door te oordelen dat het recht om een advocaat aanwezig te hebben slechts ontstaat wanneer een vrijheidsbenemend dwangmiddel wordt toegepast.⁷⁹ In het mededingingsrecht is dit leerstuk echter nog niet beproefd.

Het verschoningsrecht van de advocaat

De rechtspraak van het EHRM

De geheimhouding van gesprekken tussen advocaat en vervolgte wordt door het EHRM gezien als een inherent bestanddeel van het recht op bijstand van artikel 6 lid 3 onder d EVRM.⁸⁰ De geheimhouding van correspondentie tussen advocaat en vervolgte vloeit voor het EHRM tevens voort uit het correspondentiegeheim van artikel 8 EVRM.⁸¹

De Uniepraktijk

In Verordening (EG) nr. 1/2003 is die geheimhouding niet uitdrukkelijk geregeld, maar zij is wel erkend in vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.⁸² De concrete uitoefening van dat geheimhoudingsrecht is laatstelijk

genormeerd in het arrest van het Gerecht in de bodemzaak *Akzo en Akros*.⁸³ Kort gezegd houdt dat arrest in dat de betrokken onderneming het recht heeft te weigeren dat een Commissieambtenaar een door haar als geprivilegieerd aangemerkt stuk ook maar vluchtig inziet wanneer zij vindt dat zelfs dat vluchtige inzien het vertrouwelijke karakter van het stuk zou schenden: in dat geval moeten de betrokken stukken worden verzegeld en moet de voorzieningenrechter van het Gerecht de knoop doorhakken doordat de Commissie een voor beroep vatbaar besluit neemt met de strekking dat zij na tien dagen de envelop zal openen. Een en ander is nu uitgewerkt in paragraaf 2.9 van de *Best Practices*. De hogere voorziening in die zaak, die heeft geleid tot HvJ EG 14 september 2010, zaak C-550/07 P, n.n.g., beperkte zich tot de vraag of het verschoningsrecht ook kan worden ingeroepen door advocaten in loondienst. Het Hof van Justitie oordeelde dat dit niet het geval is, omdat, kort gezegd, de advocaat in loondienst, ondanks zijn onafhankelijkheidsstatuut, onvoldoende onafhankelijk is van zijn werkgever.⁸⁴ Hoewel dit arrest vooral uit de hoek van de advocaten in loondienst kritiek heeft opgeroepen, lijkt het niet in strijd met artikel 6 lid 3 EVRM: een onderneming kan zich in een Europese mededingingszaak blijven beroepen op het verschoningsrecht van haar advocaat, zij het niet op dat van de advocaat die bij haar in loondienst is.

De Nederlandse praktijk

In Nederland is het verschoningsrecht van de advocaat geregeld in artikel 5:20 Awb en het spiegelbeeldige recht van de geadviseerde onderneming in artikel 51 Mw. Een nadere regeling is neergelegd in de artikelen 4 en 8 van de Werkwijze Rechercheren: artikel 4 voorziet daarbij in de *Akzo*-waarborgen tijdens het onderzoek ter plaatse, terwijl artikel 8 voorziet in een procedure op tegenspraak voor de functionaris verschoningsrecht, een door de raad van bestuur van de NMa aangewezen ambtenaar die niet als toezichthoudende ambtenaar bij het onderzoek is betrokken.⁸⁵ Als die procedure uitmondt in een negatief besluit, bepaalt artikel 8 lid 7 Werkwijze Rechercheren dat dit besluit gepaard gaat met de mededeling dat de betrokken stukken pas vijf werkdagen later aan het dossier zullen worden toegevoegd. In de praktijk heeft de onderneming hier dus alsnog de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen. De NMa licht toe dat met deze interne procedure: 'op een efficiënte wijze zowel aan de belangen van de vermoedelijke overtreeders, als aan het opsporingsbelang van de NMa tegemoet wordt gekomen.'⁸⁶

Hoewel deze procedure in de afgelopen jaren goed lijkt te hebben gewerkt, blijft het door de functionaris verschoningsrecht, een onder de NMa ressorterende ambtenaar, inzien van geprivilegieerde gegevens echter in strijd met

77. Zie reeds aangehaalde arresten *Salduz* (EHRM (Grote Kamer) 27 november 2008, zaak nr. 36391/02) en *Panovits* (EHRM 11 december 2008, zaak 4268/04, *Panovits/Cyprus*), r.o. 65 en 66. Dezelfde afgeleide relevantie van het recht op bijstand door een advocaat vormt ook de kern van het reeds aangehaalde arrest *Miranda/Arizona* (US Supreme Court van 13 juni 1966).

78. Zie M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal Rechercheren in de praktijk', *AM* 2010-4, p. 92-96.

79. CRvB 7 september 2009, *AB* 2010, 46 m.nt. Bröring.

80. EHRM (Grote Kamer) 28 juni 1984, *Campbell en Fell/VK, A-reeks* nr. 80, r.o. 111-113; EHRM 28 november 1991, *S./Zwitserland, A-reeks* nr. 220, p. 15, r.o. 48; EHRM 16 oktober 2001, *Brennan/VK, Reports* 2001-X, r.o. 38-40 en EHRM (Grote Kamer) 12 maart 2003, *Öcalan/Turkiye*, r.o. 133.

81. EHRM 25 maart 1992, zaak 13590/88, *Campbell/VK*, r.o. 47.

82. HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, *AM&S, Jur.* 1982, p. I-1575.

83. GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Jur.* p. II-4771. Zie onder meer J. Fanooy en H.M.H. Speyart, 'Akzo: Capita selecta van het *legal privilege*', *AM* 2007-10, p. 214-220.

84. Zie R.W.H. Groen, 'Akzo: Vertrouwelijkheid blijft buiten bereik van bedrijfsadvocaat in Europa', *AM* 2010-5, p. 103-104.

85. Zie art. 1 onder 11 Werkwijze Rechercheren, gelezen in samenhang met art. 18 Mandaatbesluit NMa 2009. Deze procedure bestaat sinds de invoering van de Digitale Werkwijze 2007.

86. Werkwijze Rechercheren, p. 3, onder 'Functionaris verschoningsrecht'.

artikel 5:20 lid 2 Awb en artikel 51 Mw, waarin juist de regel is neergelegd dat de NMa deze stukken niet inziet of kopieert. Daarmee lijkt deze procedure ook in strijd met artikel 6 lid 3 EVRM.

De NMa lijkt dit ook terdege te beseffen wanneer zij in de aanloop naar het vaststellen van de Werkwijze Rechercheren vermeldt dat zij zich: 'zich realiseert dat het vertrouwen van marktpartijen in de functionaris en de gehanteerde procedure [bij het tegemoet komen aan de belangen van de vermoedelijke overtreeders, HMHS] cruciaal is'.⁸⁷ Overigens lijkt het *Akzo*-arrest van het Hof van Justitie geen gevolgen te hebben voor Nederlandse mededingingsprocedures, aangezien de Awb en de Mw geen verschil maken tussen de onafhankelijke advocaat enerzijds en de advocaat in loondienst anderzijds.

Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs

De rechtspraak van het EHRM

Het sluitstuk van de artikel 6-leerstukken die betrekking hebben op de rechtmatigheid van de bewijsgaring is de uitsluitingsregel: mag onrechtmatig verkregen bewijs voor de betrokken vervolgingsdoeleinden worden gebruikt? Het Amerikaanse recht kende als gezegd een duidelijke *exclusionary rule*, zowel, in *Miranda/Arizona*, voor zonder cautie of zonder aanwezigheid van een advocaat gehouden verhoren als, in *Rochin/California*,⁸⁸ voor bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van de lichamelijke integriteit van de vervolgte. In dit laatste arrest schreef rechter Frankfurter namens het Hof:

'Use of involuntary verbal confessions in State criminal trials is constitutionally obnoxious not only because of their unreliability. They are inadmissible under the Due Process Clause even though statements contained in them may be independently established as true. Coerced confessions offend the community's sense of fair play and decency. So here, to sanction the brutal conduct which naturally enough was condemned by the court whose judgment is before us, would be to afford brutality the cloak of law. Nothing would be more calculated to discredit law and thereby to brutalize the temper of a society.'

Het EHRM leest daarentegen uitdrukkelijk geen *exclusionary rule* in de *criminal limb* van artikel 6 EVRM: 'While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law'.⁸⁹

In het kader van het algemene eerlijk proces-beginsel acht het Hof zich echter wel bevoegd te onderzoeken of het

gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in een specifiek geval afbreuk heeft gedaan aan de eerlijkheid van het betrokken proces.⁹⁰ Daarbij wordt met name gekeken naar de ernst van de onrechtmatigheid, de vraag of de verdachte de kans heeft gekregen zich tegen gebruik van dat bewijs te verzetten en de authenticiteit ervan te betwisten, en de kwaliteit en betrouwbaarheid van dat bewijs.⁹¹ Dit levert een uiterst casuïstisch beeld op.

- In de reeds aangehaalde zaken *Salduz* en *Panovits* wordt het gebruik van verklaringen die tijdens een politieverhoor zonder bijstand van een advocaat zijn afgelegd, geacht de eerlijkheid van het proces onherstelbaar aan te tasten.
- In *Allan* was een inbreuk op het zwijgrecht vastgesteld door het langdurig inzetten van een informant die in voorarrest de cel deelde met de vervolgte; die verklaring mocht niet worden gebruikt.⁹²
- In *Khan* werd de vervolgte zonder schriftelijke grondslag in de wet afgeluisterd, maar werd het betrokken bewijs toelaatbaar geacht omdat de vervolgte over die onrechtmatigheid – overigens zonder succes – had kunnen klagen bij de strafrechter.⁹³
- In *Jalloh* oordeelde de Grote Kamer dat het gebruik van het opgebraakte bolletje als hoofdbewijs ontoelaatbaar was.
- In *Gäfgen*⁹⁴ werd de verdachte, die een kind had ontvoerd en vermoord, op instructies van een hoofdinspecteur tijdens een politieverhoor bedreigd met een gewelddadige ondervraging die geen sporen zou achterlaten en die zou worden uitgevoerd door een daarin gespecialiseerde agent. De verdachte bekent en wordt veroordeeld, mede op grond van een tweede bekentenis die hij voor de rechter aflegt. De Grote Kamer stelt een schending van artikel 3 EVRM vast, maar oordeelt dat artikel 6 niet is geschonden omdat de veroordeling gebaseerd is op de tweede bekentenis.

De Uniepraktijk

Het Hof van Justitie past een harde uitsluitingsregel toe als het gaat om bewijsmateriaal dat vergaard is tijdens een inspectie die is uitgevoerd op grond van een later nietig-verklaarde verificatiebeschikking.⁹⁵ In zijn beschikking in de hogere voorziening van de Commissie tegen de kortgedingbeschikking in de reeds genoemde *AKZO*-zaak oordeelde de President van het Hof van Justitie dat deze regel ook geldt bij schending van het verschoningsrecht van de advocaat.⁹⁶

87. Werkwijze Rechercheren Werkwijze Rechercheren, p. 3, onder 'Functionaris verschoningsrecht'.

88. 342 US 165 (1952).

89. EHRM 12 juli 1988, *Schenk/Zwitserland, A-reeks* nr. 140, r.o. 45-46 en EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro/Portugal, Reports* 1998-IV, r.o. 34.

90. Zie onder andere EHRM 12 mei 2000, *Khan/VK, Reports* 2000-V, NJ 2002, 180, r.o. 34 en EHRM 5 november 2002, *Allan/VK, Reports* 2002-IX, NJ 2004, 262, r.o. 42.

91. *Khan*, r.o. 35 en 37, en *Allan*, r.o. 43.

92. EHRM 5 november 2002, *Allan/VK, Reports* 2002-IX, NJ 2004, 262.

93. EHRM 12 mei 2000, *Khan/VK, Reports* 2000-V, NJ 2002, 180.

94. EHRM (Grote Kamer) 1 juni 2010, zaak 22978/05, *Gäfgen/Duitsland*, n.n.g.

95. HvJ EG 26 maart 1987, zaak 46/87 R, *Hoehchst/Commissie, Jur.* 1987, p. I-1549, punt 34; HvJ EG 28 oktober 1987, zaak 85/87 R, *Dow Chemical/Commissie, Jur.* 1987, p. I-4367, punt 17 en HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères, Jur.* 2002, p. I-9011, punt 49.

96. Pres. HvJ EG 27 september 2004, zaak C-7/04 P(R), *Commissie/Akzo en Akros, Jur.* 2004, p. I-8739, punt 36.

Op Unieniveau lijkt derhalve sprake te zijn van een sluitende uitsluitingsregel.

De Nederlandse praktijk

In het strafrecht hanteert de Hoge Raad de maatstaf dat bewijsuitsluiting aan de orde is wanneer door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden.⁹⁷

In het bestuursrecht is de maatgevende uitspraak nog steeds het fiscale arrest HR 1 juli 1992,⁹⁸ dat als volgt kan worden samengevat:

- er is geen algemene plicht tot het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs;
- daar waar de onrechtmatigheid niet relevant is jegens de belanghebbende, kan het bewijs zonder meer worden gebruikt;
- daar waar wel aan de relativiteitseis wordt voldaan, moet worden gekeken of het bewijs ook op andere, rechtmatige wijze verkregen had kunnen worden;
- wanneer ook aan dat causaliteitsvereiste wordt voldaan, geldt als uitsluitingstoets dat de wijze waarop het bewijs is verkregen ‘zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is’.
- Al met al een zeer hoge drempel voor uitsluiting.

In sociale zekerheidszaken hanteert de CRvB de regel dat bewijsmateriaal dat bij een onrechtmatige huiszoeking is verkregen, om die reden buiten beschouwing moet worden gelaten, zonder zich uit te laten over de vraag of dit een inkleuring of een afwijzing vormt van de ‘zozeer indruist’-maatstaf.⁹⁹

In zijn recente uitspraak over de cautieplicht bewandelt het CBb daarentegen een weg die meer doet denken aan die van de Hoge Raad in strafzaken, namelijk door de toets te hanteren of de beboete partij door de betrokken onrechtmatigheid in haar verdedigingsbelangen wordt geschaad. Het CBb oordeelt dat dit niet het geval is, omdat de vaststelling van overtreding reeds door een ander bewijsmiddel kan worden gedragen, waardoor aan het onrechtmatig verkregen bewijs slechts ondersteunende betekenis toekomt.¹⁰⁰

Als het CBb deze benadering ook in mededingingszaken gaat volgen, zou dat inhouden dat wij in Nederland een minder harde uitsluitingsregel krijgen dan op Europees niveau.

Bewijslast en rechtsvermoedens

De rechtspraak van het EHRM

Op grond van het onschuldvermoeden van artikel 6 lid 2 ligt de bewijslast bij een vervolging op de autoriteiten. De vraag is daarbij hoe om te gaan met rechtsvermoedens. Het standaardarrest van het EHRM op dat gebied is *Salabiaku*.¹⁰¹ Salabiaku komt op het vliegveld Roissy een kist ophalen waarvan niet duidelijk is of zij van hem is. Wanneer hij haar door de douane brengt, blijkt zij onder een dubbele bodem 10 kg wiet te bevatten. In de daarop tegen Salabiaku ingestelde vervolging speelde een rol het in de Franse douanewetgeving neergelegde vermoeden dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de smokkel in verboden goederen rust bij de persoon die deze goederen in zijn bezit heeft bij het oversteken van de landsgrens. In zijn arrest stelt het EHRM voorop dat rechtsvermoedens in alle rechtsstelsels voorkomen en duidelijk niet als zodanig worden verboden door het EVRM (r.o. 28). Het EVRM verplicht de verdragssluitende staten wel om in strafzaken een bepaalde grens niet te overschrijden, aangezien de betrokken rechter anders van zijn beslissingsvrijheid zou worden beroofd en het onschuldvermoeden zou worden uitgehold. Op grond van dit beginsel zijn de lidstaten verplicht redelijke grenzen te stellen aan de feitelijke of wettelijke vermoedens die zij in hun strafrecht willen opnemen, waarbij zij rekening moeten houden met de ernst van de betrokken belangen en de rechten van de verdediging in stand moeten houden (r.o. 28). Het EHRM komt tot de slotsom dat deze grenzen niet zijn overschreden, aangezien het Salabiaku vrij stond om zich op overmacht te beroepen en de Franse rechter nauwkeurig naar de relevante omstandigheden had gekeken.¹⁰²

De mededingingspraktijk

Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de Commissie, om het bestaan van een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag aan te tonen, ‘ernstige, nauwkeurige en concordante’ bewijzen overleggen.¹⁰³ Deze bewijslast is ook neergelegd in artikel 2 Verordening (EG) nr. 1/2003. In het *Cement*-arrest heeft het Hof van Justitie hierop echter een belangrijke clausulering aangebracht: wegens het geheime karakter van kartels moet:

‘in de meeste gevallen het bestaan van een mededingingsverstoring of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen vormen dat de mededingingsregels zijn geschonden’.¹⁰⁴

97. Zie bijv. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. Buruma, r.o. 3.6.4.

98. *BNB* 1992, 306.

99. CRvB 11 april 2007, *RSV* 2007, 175 m.nt. Stijnen, LJN BA2410 en CRvB 14 april 2009, LJN BI4324, *RSV* 2009, 196 m.nt. Stijnen. Met name in zijn noot bij deze tweede uitspraak breekt Stijnen de staf over wat hij beschouwt als een onvoldoende genuanceerde lijn van de rechtspraak van de CRvB.

100. CBb 2 februari 2010, LJN BL5463, r.o. 5.5, laatste alinea.

101. EHRM 7 oktober 1988, *Salabiaku/Frankrijk*, A-reeks nr. 141.

102. Het EHRM volgt met betrekking tot hetzelfde rechtsvermoeden dezelfde redenering in zijn arrest van 25 september 1992, *Pham Hoang/Frankrijk*, A-reeks nr. 243, r.o. 33-36.

103. HvJ EG 31 maart 1993, zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85- C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, *Jur.* 1993, p. I-1307, punt 127.

104. HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, *Jur.* 2004, p. I-123, punten 55-57.

Daarbij wordt veelvuldig gebruik gemaakt van rechtsvermoedens:

- Bij een belang van 100 procent wordt de moedervennootschap geacht beslissende invloed uit te oefenen op de dochtervennootschap, waardoor zij beide tot dezelfde onderneming behoren en is het aan de onderneming om aan te tonen dat de dochter zich onafhankelijk van de moeder gedroeg.¹⁰⁵
- Wanneer een onderneming heeft deelgenomen aan een bijeenkomst met een duidelijk mededingingsbeperkend karakter, is het aan haar om aan te tonen dat die deelneming geen mededingingsbeperkende bedoeling had door te bewijzen dat zij ‘vanuit een andere optiek dan haar concurrenten aan dat overleg deelnam’.¹⁰⁶
- Behoudens door de betreffende ondernemingen te leveren tegenbewijs geldt dat ondernemingen die aan een afstemming hebben deelgenomen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld, dit te meer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.¹⁰⁷
- Bij mededingingsovertredingen bestaat een weerlegbaar vermoeden van schuld als aan alle materiële delictsbestanddelen is voldaan, zie de wordingsgeschiedenis van artikel 5:41 Awb (en het voorafgaand aan de Vierde Tranche vigerende art. 56 lid 3 Mw), waarin het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ is neergelegd.¹⁰⁸

354

Al deze rechtsvermoedens lijken in overeenstemming te zijn met *Salabiaku* voor zover zij alle omkeerbaar zijn. In vervolg op het *T-Mobile*-arrest van het Hof van Justitie nuanceerde het CBb onlangs echter de daarin bevestigde regel dat het aan de betrokken ondernemingen was om tegenbewijs te leveren met betrekking tot de causaliteit tussen afstemming en marktgedrag¹⁰⁹ door te oordelen dat dit tegenbewijs, in het licht van *Salabiaku*, niet onomstotelijk hoeft te zijn: de ondernemingen moeten ‘zoveel aandragen, dat het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag wordt ontkracht’.¹¹⁰

105. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, n.n.g.; de *Salabiaku*-analyse wordt aangestipt door A-G Kokott, maar komt niet terug in het arrest. Zie ook, met een specifieke verwijzing naar de onschuldpresumptie, GvEA 30 september 2009, zaak T-174/05, *Elf Aquitaine*, n.n.g., punten 195-198.

106. Vaste rechtspraak, zie onder andere HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, *Hüls/Commissie*, Jur. 1999, p. I-4287, punt 155.

107. Vaste rechtspraak, zie onder andere het reeds aangehaalde arrest *Hüls*, punten 161-163, als materiële, door de nationale rechter toe te passen bewijsregel bevestigd in HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, n.n.g.; ook hier geldt dat A-G Kokott zich over de *Salabiaku*-problematiek buigt maar het Hof haar onaangeroerd laat.

108. Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 november 2002, zaak 00/1002 MEDED, *NEA/NMa*, LJN AR4219, r.o. 2.3.2.

109. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, n.n.g.

110. CBb 12 augustus 2010, *Mobiele operators*, LJN BN3895, r.o. 7.5.2.

Redelijke termijn

De rechtspraak van het EHRM

Uit artikel 6 lid 1 EVRM volgt de plicht een procedure binnen een redelijke termijn te berechten, ongeacht of sprake is van een civiele zaak of een vervolging. De daarbij in aanmerking te nemen omstandigheden zijn (1) de complexiteit van de zaak, (2) de houding van procespartijen en (3) de manier waarop het bestuur en de rechter met de zaak zijn omgegaan.¹¹¹ Daarbij kan de lidstaat bij een boete de inbreuk op deze waarborg mitigeren door die te verlagen.¹¹²

De mededingingspraktijk

Het beginsel van de redelijke termijn wordt sinds 1997 toegepast door het Gerecht¹¹³ en sinds 1998 door het Hof van Justitie,¹¹⁴ zowel wat de procedure voor de Commissie betreft als die voor de Unierechter. In Nederland geldt hetzelfde.¹¹⁵

De beoordeling van wat redelijk is en wat niet heeft een sterk casuïstisch karakter.

Daarnaast bestaat er een discrepantie tussen de EU en Nederland als het gaat om de gevolgen die worden getrokken uit overschrijding van de redelijke termijn.

Het Gerecht en het Hof van Justitie oordelen dat de overschrijding van de redelijke termijn slechts kan leiden tot vernietiging van het bestreden arrest of de bestreden beschikking wanneer er aanwijzingen zijn dat de te lange duur van de procedure de uitkomst van het geding heeft beïnvloed.¹¹⁶ Er kan dus bij termijnoverschrijding slechts sprake zijn van schadeplichtigheid van de Unie.¹¹⁷

In Nederland wordt een andere benadering gevolgd. In standaardarresten op het gebied van het straf-¹¹⁸ en belastingrecht¹¹⁹ heeft de Hoge Raad de volgende methodiek vastgesteld: een boete wordt verlaagd met 5 procent wanneer de redelijke termijn met zes maanden of minder wordt overschreden en met 10 procent wanneer die overschrijding tussen de zes en twaalf maanden bedraagt, met

111. Vaste rechtspraak, zie EHRM (Grote Kamer) 28 juni 1978, *König/Duitsland, A-reeks* nr. 27, p. 33, r.o. 99.

112. Zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2006, zaak nr. 62361/00, *Pizzati/Italië*.

113. GvEA EG 22 oktober 1997, zaken T-213/95 en T-18/96, *SCK en FNK/Commissie*, Jur. 1997, p. II-1739.

114. HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissie*, Jur. 1998, p. I-8417, punten 26-44. Zie ook het reeds aangehaalde HvJ EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, Jur. 2002, p. I-8375, punten 179 e.v.

115. Zie, laatstelijk, CBb 7 juli 2010, *Bouwbedrijven A en D*, LJN BN0540, onderdeel 3.12.4.

116. Reeds aangehaald arrest HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissie*, Jur. 1998, p. I-8417, punt 49, en GvEA EG 20 april 1999, zaken T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, *LVM e.a./Commissie (PVC II)*, Jur. 1999, p. II-931, punten 120-122, recentelijk bevestigd in HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-385/07 P, *Der Grüne Punkt –Duales System Deutschland/Commissie*, n.n.g., punten 189-196.

117. HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-385/07 P, *Der Grüne Punkt*, punt 195.

118. HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358 en *AB* 2009, 231, LJN BD2578.

119. HR 19 december 2008, *BB* 2009, 144; *AB* 2009, 230 m.nt. Janssen, LJN BD0191.

dien verstande dat de vermindering niet meer mag bedragen dan 2.500 euro en dat boetes van niet hoger dan 1.000 euro niet worden verlaagd, terwijl de Hoge Raad bij overschrijdingen van meer dan twaalf maanden naar bevind van zaken zal handelen.

In 2008 heeft het CBb in hoofdlijnen de redelijke termijnen in mededingingszaken vastgesteld: anderhalf jaar voor de NMa tussen rapport en boetebesluit, anderhalf jaar voor de rechtbank en twee jaar voor hoger beroep.¹²⁰ In zijn recente uitspraken in de zaken *Erdo* en *Bouwbedrijven A en D* heeft het voorts aangekondigd zich bij de boetematigingsrichtsnoeren van de Hoge Raad aan te sluiten.¹²¹

Nulla poena en lex certa

Artikel 7 EVRM staat bekend om de *nulla poena*-regel, maar bevat evenzeer een *lex certa*-component.¹²² Hieruit volgt dat een overtreding duidelijk bij wet moet zijn gedefinieerd. Deze voorwaarde is vervuld als de justitiabele aan de hand van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de daaraan door de gerechten gegeven uitlegging, kan weten welk handelen of nalaten kan leiden tot zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹²³ Het in artikel 7 EVRM gebruikte begrip ‘recht’ veronderstelt kwalitatieve voorwaarden, zoals met name toegankelijkheid en voorzienbaarheid.¹²⁴ Het EHRM heeft in dit verband erkend dat wetten vaak niet absoluut nauwkeurig zijn, en dat vele daarvan wegens de noodzaak om een te strakke regeling te voorkomen en zich aan de wijzigende situaties aan te passen, noodgedwongen in zekere mate vage formuleringen gebruiken, en dat de uitlegging en de toepassing daarvan van de praktijk afhangen.¹²⁵

Deze beginselen worden ook door de Unierechter toegepast.¹²⁶ Er lijken nog geen mededingingszaken te zijn waarin zij voor de Nederlandse rechter zijn ingeroepen. In de *AC-Treuhand*-zaak verricht het Gerecht de hiervoor beschreven analyse nauwkeurig, aangezien het de eerste keer is dat het heeft te oordelen over de beboetbaarheid van een administratiekantoor dat het betrokken kartel faciliteerde zonder zelf op de betrokken markt actief te

zijn.¹²⁷ Het Gerecht laat de symbolische boete van 1.000 euro die aan Treuhand was opgelegd in stand omdat ondernemingen volgens hem konden voorzien dat ook het loutere faciliteren van een kartel onder het kartelverbod vallen.

Het *lex certa*-beginsel lijkt echter evenzo relevant voor situaties waarin slechts een grondige economische analyse vermag te verduidelijken dat een overeenkomst als gevolgbeperking moet worden opgevat, dat al dan niet is voldaan aan de vereisten van artikel 101 lid 3 VWEU, of dat bepaald eenzijdig gedrag als misbruik moet worden aangemerkt. Uiteraard bieden de diverse richtsnoeren van de Commissie en haar *Guidance Paper* over artikel 102 VWEU zeer nuttige informatie, maar ook met die informatie bij de hand is het soms niet mogelijk met zekerheid vast te stellen of iets wel of geen inbreuk oplevert.

Het huisrecht en het correspondentiegeheim

De rechtspraak van het EHRM

De voor bedrijfs- en huisinspecties relevante rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het huisrecht en het correspondentiegeheim in verhouding tot mededingingsinspecties kan als volgt worden samengevat:¹²⁸

- Artikel 8 EVRM strekt ertoe het individu te beschermen tegen willekeurige inmenging door publieke autoriteiten.¹²⁹
- Aan bedrijven komt een beroep op artikel 8 EVRM toe, met dien verstande dat de lidstaten bij bedrijven ‘wellicht’ meer ruimte hebben om overeenkomstig het tweede lid de in het eerste lid verleende rechten te beperken.¹³⁰
- De in artikel 8 lid 2 EVRM ingeruimde mogelijk tot het voorzien in beperkingen van het huisrecht moet nauw worden uitgelegd.¹³¹

120. CBb 3 juli 2008, *AUV en Aesculaap/NMa*, AB 2009, 177 m.nt. Cartigny, LJN BD6629.

121. CBb 8 april 2010, *Erdo/NMa*, LJN BM1588 en CBb 7 juli 2010, *Bouwbedrijven A en D/NMa*, LJN BN0540, onderdeel 3.12.4.

122. EHRM 22 maart 2001, *Streletz e.a./Duitsland*, Reports 2001-II, r.o. 50.

123. Zie bijv. EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis/Griekenland*, A-reeks nr. 260, r.o. 40, 41 en 52 en EHRM 22 juni 2000, *Coëme/België*, Reports 2000-VII, r.o. 145 en EHRM 7 februari 2002, zaak nr. 28496/95, *E.K./Turkije*, r.o. 51.

124. EHRM 15 november 1996, *Cantoni/Frankrijk*, Reports 1996-V, r.o. 29 en EHRM 8 juli 1999, *Baskaya en Okçuoglu/Turkije*, Reports 1999-IV, r.o. 36.

125. EHRM 15 november 1996, *Cantoni/Frankrijk*, Reports 1996-V, r.o. 29 en EHRM 8 juli 1999, *Baskaya en Okçuoglu/Turkije*, Reports 1999-IV, r.o. 36.

126. Zie bijv. HvJ EG 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P t/m C-208/02 P en C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, Jur. 2005, p. I-5425, punten 215-223.

127. GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, *AC-Treuhand*, Jur. 2008, p. II-1501, punten 140-150.

128. Zie voor een nadere bespreking van deze rechtspraak: H.M.H. Speyart, ‘*Tamosius, Petri Sallinen en Wieser: de opsporingspraktijk van de NMa op losse schroeven*’ in *AM* 2008-5, p. 111-124.

129. EHRM 16 december 1992, *Niemietz/Duitsland*, A-reeks nr. 251, NJ 1993, 400 m.nt. Dommering, r.o. 30 en 31.

130. Zie, met betrekking tot correspondentie en bedrijfsruimte, EHRM 16 december 1992, *Niemietz*: ‘[T]he Contracting States, [...] would retain their entitlement to “interfere” to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8; that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case’, en later, ten principale met betrekking tot bedrijven, EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a./Frankrijk*, Reports 2002-III, NJ 2003, 453 m.nt. Dommering; AB 2002, 277 m.nt. Janssen; *EHRC* 2002, 46 m.nt. Janssen; *M&M* 2002-7, p. 239 m.nt. Kranenborg; *JOR* 2002, 157 m.nt. Vossestein; besprekingen Kranenborg in *SEW* 2003, p. 49; Barkhuysen in *NTB* 2002, p. 236; Van der Wal in *NTER* 2002-7/8, p. 191 en Van Leeuwen en Punt-Le Guellec in *AM* 2002, p. 296, r.o. 42 en EHRM 16 oktober 2007, *Wieser en Bicos/Oostenrijk*, n.n.g.

131. EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk*, A-reeks nr. 256, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge; EHRM 25 februari 1993, *Crémieux/Frankrijk*, A-reeks nr. 256 en EHRM 25 februari 1993, *Mialhe/Frankrijk*, A-reeks nr. 256, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge, r.o. 55.

- Het criterium van het ‘voorzien zijn bij wet’ in lid 2 valt uiteen in drie subcriteria: de betrokken beperking moet:
 1. enige grondslag hebben in het recht;
 2. kenbaar zijn voor de rechtssubjecten; en
 3. voldoen aan het rechtsstatelijkheidsbeginsel doordat de toepassing van die beperking met enige zekerheid voorzienbaar is.¹³²
- In het kader van de in artikel 8 lid 2 EVRM besloten liggende evenredigheidsstoets moet de bevoegdheid tot doorzoeking en inbeslagname gepaard gaan met ‘passende en effectieve waarborgen tegen misbruik’.¹³³
- De belangrijkste van deze waarborgen zijn dat (1) voor de inspectie een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist is en dat (2) zij gebaseerd moet zijn op een redelijke verdenking, bij gebreke waarvan de inspectiediensten bevoegd zijn geheel zelf de opportuniteit, het aantal, de duur en de omvang van de inspectie te bepalen.¹³⁴ Zonder deze waarborg moet de toetsende rechter ‘bijzonder waakzaam’ zijn en moeten de betrokken opsporingsdienst zijn onderworpen aan ‘zeer strenge grenzen’.¹³⁵
- De twee andere belangrijkste waarborgen die door het EHRM in aanmerking zijn genomen zijn:
 1. de nauwkeurigheid van het stuk, zoals een doorzoekingsbevel of een verificatiebeschikking, waarin het doel en het voorwerp van de inspectie worden uiteengezet;¹³⁶ en
 2. de vraag of een adequate regeling is getroffen om de professionele verschoningsrechten en geheimhoudingsplichten van bijvoorbeeld advocaten en artsen te beschermen.¹³⁷
- Daarnaast warden ook de volgende elementen relevant geacht:
 1. de aanwezigheid van een opsporingsambtenaar van een bepaalde rang of met een bepaalde opleiding;¹³⁸ en
 2. de aanwezigheid van een rechter of van een vertegenwoordiger van een andere instantie, die specifiek

tot taak heeft de rechtmatigheid van de doorzoeking te toetsen.¹³⁹

3. Ten slotte lijkt uit het arrest *Ravon* te volgen dat het in artikel 6 EVRM neergelegde beginsel van de effectieve toegang tot een rechter aldus wordt uitgelegd dat voor de betrokken effectiviteit is vereist dat de toezichthoudende ambtenaren in of naast het doorzoekingsbevel moeten vermelden welk rechtsmiddel tegen het bedrijfsbezoek openstaat en wat de gegevens zijn van de daarvoor bevoegde rechter.¹⁴⁰

De mededingingspraktijk

De bewijsgaringsbevoegdheden van de Commissie zijn hiervoor beschreven. Hetzelfde geldt voor de inspectiebevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb. Daarnaast voorzien artikel 55 lid 1 Mw en artikel 21 Verordening (EG) nr. 1/2003 in de bevoegdheid, voor zover noodzakelijk, tot het betreden en doorzoeken van woningen zonder toestemming van de bewoner, op grond van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris.

In punten 10 en 11 van de *Explanatory Note* zet de Commissie uiteen dat zij digitaal kan doorzoeken en dat zij in voorkomend geval ook een *forensic image* kan aanmaken.

Uit de wordingsgeschiedenis van artikel 5:15 en 5:17 Awb blijkt dat de wetgever een onderscheid heeft beoogd aan te brengen tussen het binnentreden en doorzoeken enerzijds en het binnentreden en inzage vorderen anderzijds.¹⁴¹ De NMa stelt van oudsher dat zij zich aan dit verschil houdt door bij bedrijfsonderzoek slechts gericht te zoeken binnen stukken van *key players*.

Voor de toepassing van artikel 5:17 Awb houdt het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 in dat geen inzage mag worden gevorderd in bescheiden die geen verband houden met de betrokken toezichtsvraag.¹⁴²

Daarnaast bestaat in Nederland als gezegd de Werkwijze Rechercheren. Deze voorziet er met name in, dat de inhoud van alle digitale gegevensdragers waarover de betrokken doelwitpersonen beschikken (desktop, map op een server, laptop, USB-stick, smartphone, enz.) naar een centrale verzameling wordt gekopieerd, die vervolgens via elektronische zoekvragen wordt doorgescreend. Vervolgens worden de stukken aan het dossier toegevoegd, hetzij omdat zij door middel van die zoekvragen zijn geïdentificeerd of omdat zij in een map zaten met een benaming die verband houdt met het onderzoek (art. 3 en 5), hetzij in het kader van een procedure ten overstaan van de toezichthoudende ambtenaar, waarbij de onderneming tien werkdagen heeft om te stellen dat bepaalde stukken buiten de reikwijdte vallen en vervolgens aanwezig mag zijn bij de beoordeling van deze stelling ten kantore van de NMa (art. 6 leden 3 en 4).

132. EHRM 24 april 1990, *Kruslin/Frankrijk*, nr. 176, NJ 1991, 523 m.nt. Dommering. Zie tevens EHRM 27 september 2005, *Petri Sallinen e.a./Finland*, n.n.g.

133. Reeds aangehaalde arresten EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk*, EHRM 25 februari 1993, *Crémieux/Frankrijk* en EHRM 25 februari 1993, *Miailhe/Frankrijk*, r.o. 56.

134. Reeds aangehaalde arresten *Funke*, *Crémieux* en *Miailhe*, r.o. 56 en EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a./Frankrijk*, Reports 2002-III, NJ 2003, 453 m.nt. Dommering, r.o. 49, alsmede EHRM 8 januari 2002, *Keslassy/Frankrijk*, n.n.g.

135. Reeds aangehaalde arresten *Funke*, *Crémieux* en *Miailhe*, r.o. 56 en EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a./Frankrijk*, Reports 2002-III, NJ 2003, 453 m.nt. Dommering, r.o. 49, alsmede EHRM 8 januari 2002, *Keslassy/Frankrijk*, n.n.g., en arresten EHRM 16 december 1997, *Camenzind/Zwitserland*, Reports 1997-VIII; NJ 1999, 623 m.nt. Knigge en EHRM 19 september 2002, *Tamosius/VK*, Reports 2002-VIII, p. 9, 5e alinea en EHRM 16 oktober 2007, *Wieser en Bicos/Oostenrijk*, n.n.g.

136. Reeds aangehaalde arresten EHRM 16 december 1992, *Niemietz/Duitsland*, A-reeks nr. 251, NJ 1993, 400 m.nt. Dommering, r.o. 37, EHRM 16 december 1997, *Camenzind/Zwitserland*, Reports 1997-VIII; NJ 1999, 623 m.nt. Knigge, r.o. 42 en EHRM 16 oktober 2007, *Wieser en Bicos/Oostenrijk*, r.o. 57.

137. Reeds aangehaalde arresten *Niemietz*, r.o. 37, *Camenzind*, r.o. 42 en *Wieser*, r.o. 57.

138. Reeds aangehaald arresten *Colas Est*, r.o. 49 en *Camenzind*, r.o. 46.

139. Reeds aangehaald arresten EHRM 16 december 1997, *Camenzind/Zwitserland*, r.o. 46, EHRM 19 september 2002, *Tamosius/VK*, p. 10, 2^e alinea en EHRM 8 januari 2002, *Keslassy/Frankrijk*, n.n.g.

140. EHRM 21 februari 2008, zaak 18497/03, *Ravon/Frankrijk*, r.o. 31.

141. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 143 (MvT) en T&C Awb, zesde druk, aant. 2.c) bij art. 5:15. Het doorzoeken, dat een willekeurige zoekbevoegdheid met zich brengt, zou in die visie voor de strafrechtelijke sfeer voorbehouden moeten blijven.

142. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 141 (MvT) en T&C Awb, zesde druk, aant. 2.b) bij art. 5:13.

Na *Colas Est* is de vraag gerezen of deze regelingen voorzien in een stelsel van passende en effectieve waarborgen tegen misbruik.¹⁴³ De NMa heeft daarbij stevast volgehouden dat het uitoefenen van haar bevoegdheden ook zonder voorafgaande rechterlijke machtiging verenigbaar is met artikel 8 EVRM, aangezien het onderscheid doorzoeken/inzage vorderen en de evenredigheidstoets van artikel 5:13 Awb duidelijke waarborgen vormen tegen misbruik.¹⁴⁴

Tot nu toe heeft ook de Nederlandse rechter het beroep op artikel 8 EVRM steeds afgewezen. Veelal heeft de rechter gepretendeerd een artikel 8 lid 2-toets door te voeren, zonder echter de cruciale vraag van de passende en effectieve waarborgen te behandelen.¹⁴⁵ In de *Mobile Operators*-zaak heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat zij niet eens aan die toets toekwam omdat de betrokken bedrijven toestemming hadden gegeven voor het bedrijfsbezoek omdat zij er geen bezwaar tegen hebben gemaakt.¹⁴⁶ Hierna wordt ingegaan op de vraag of dit verenigbaar is met de vaste rechtspraak van het EHRM over de geldigheid van een afstand van recht.

In de *LVM*-zaak heeft het Hof van Justitie een beroep op het huisrecht afgewezen omdat dit beroep was gedaan naar aanleiding van een bedrijfsinspectie krachtens en verificatieopdracht en niet krachtens een verificatiebeschikking, en dus op basis van vrijwilligheid.¹⁴⁷

In de *Roquette Frères*-zaak heeft het Hof van Justitie impliciet geoordeeld dat de verificatiebevoegdheden van de Europese Commissie worden ingekaderd door passende en effectieve waarborgen in de zin van *Niemietz*, aangezien de betrokken bevoegdheden van de Commissieambtenaren strak zijn ingekaderd, privébescheiden zijn uitgesloten, er sprake is van recht op rechtsbijstand en op eerbiediging van het verschoningsrecht, en de verificatiebeschikking in rechte kan worden aangevochten, waarbij haar evenredigheid kan worden getoetst.¹⁴⁸

Hierna worden één voor één de door het EHRM genoemde waarborgen besproken.

143. Zie, in deze zin, Dommering, Vossestein, Kranenborg en Van der Wal in de noten bij EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. /Frankrijk, Reports* 2002-III, NJ 2003, 453 m.nt. Dommering; *M&M* 2002-7, p. 239 m.nt. Kranenborg; *JOR* 2002, 157 m.nt. Vossestein; besprekingen Kranenborg in *SEW* 2003, p. 49; Van der Wal in *NTER* 2002-7/8, p. 191. Anders: E.T.W.M. van Leeuwen en A.C.M.P. Punt-Le Guellec, 'Binnentreden of overtreden: toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa na *Colas Est*', in *AM* 2002-10, p. 196-201.

144. Zie bijvoorbeeld het NMa-besluit van 25 april 2003 in zaak 3055, *Scheemda*, punt 132 en het NMa-besluit van 12 december 2003 in zaak 3495, *Van Hattum en Blankevoort* (niet meewerken), punten 32-35.

145. Vzng. Rb. Den Haag 9 april 2003, *HBG Civiel/Staat* en *Van Hattum & Blankevoort/Staat*; Rb. Rotterdam 18 juni 2003, MEDED 01/621, *X/DG NMa*, *AM* 2003, p. 137 m.nt. De Muynck, LJV AH9702, en Vzng. Rb. Den Haag 13 oktober 2008, *Fortis/NMa* en *Allianz/NMa*, r.o. 4.3.

146. Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *Mobiele operators*, LJV AY4035, r.o. 2.6.1.

147. Reeds aangehaalde arrest GvEA 20 april 1999, zaken T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, *LVM e.a./Commissie (PVC II)*, *Jur.* 1999, p. II-931, punten 246-257.

148. HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, *Jur.* 2002, p. I-9011, punten 41-51.

- *Voorafgaande rechterlijke machtiging*

Als gezegd is een rechterlijke machtiging niet vereist voor het krachtens artikel 5:15 Awb of artikel 20 Verordening (EG) nr. 1/2003 betreden van bedrijfslokalen. Een samenstel van andere, stringente waarborgen is dus vereist.

- *Redelijk vermoeden*

Uit de hierna te bespreken rechtspraak over de Europese verificatiebeschikking blijkt dat deze onder andere melding moet maken van de door de Commissie te onderzoeken vermoedens.

In Nederland worden deze vermoedens niet bij het begin van een inspectie vermeld. Voorafgaand aan de inspectie stelt de raad van bestuur van de NMa echter een interne onderzoeksopdracht op waarin die vermoedens uiteen worden gezet. Deze opdracht wordt na de inspectie, als het tot een sanctietraject komt, ter inzage gelegd.¹⁴⁹

In het Nederlandse strafrecht is het redelijke vermoeden een standaardvereiste voor het kunnen inzetten van bewijsgaringsmiddelen.¹⁵⁰ Zo oordeelde de Hoge Raad dat het betreden van een besloten erf zonder een redelijk vermoeden van een strafbaar feit in strijd is met artikel 8 EVRM.¹⁵¹ Volgens vaste rechtspraak van de CRvB op het gebied van sociale zekerheidsrecht geldt eveneens dat krachtens artikel 8 lid 2 EVRM aan het niet meewerken aan een huisbezoek slechts negatieve gevolgen kunnen worden verbonden – bijvoorbeeld in de vorm van het beëindigen of intrekken van de bijstand – indien voor dat huisbezoek in het individuele geval een redelijke grond bestaat.¹⁵² Noch de Unierechter noch het CBB heeft echter over de toepassing van dit vereiste in het mededingingsrecht geoordeeld.

- *Mededeling van doel en voorwerp van het onderzoek*

Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vormt het vereiste dat de mededingingsautoriteit doel en voorwerp van het onderzoek vermeldt, een fundamentele waarborg van de rechten van de verdediging.¹⁵³ In dat kader is de mededingingsautoriteit gehouden de vermoedens die zij voornemens is te verifiëren, duidelijk te omschrijven.¹⁵⁴ Die mededeling is namelijk: 'een fundamenteel vereiste, niet alleen om het voor de betrokken ondernemingen duidelijk te maken, dat de voorgenomen ingreep gerechtvaardigd is, maar ook om hun inzicht te geven in de

149. Zie M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *AM* 2010-4, p. 92-96. Voorheen werd in art. 2 Digitale Werkwijze 2007 in deze interne opdracht voorzien.

150. Sprake moet zijn van een voldoende concrete verdenking, zie onder andere HR 14 september 1992, *NJ* 1993, 83 en HR 8 december 1981, *NJ* 1982, 533.

151. HR 19 december 2006, *NJ* 2007, 28.

152. CRvB 1 mei 2001, LJV ZB9247; CRvB 3 september 2003, LJV AF3007; CRvB 11 april 2007, RVS 2007, 175 m.nt. Stijnen, LJV BA2410 en CRvB 14 april 2009, RSV 2009, 196 m.nt. Stijnen, LJV BI4324.

153. HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst/Commissie*, *Jur.* 1989, p. I-2859, r.o. 41.

154. HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst/Commissie*, *Jur.* 1989, p. I-2859, r.o. 42.

omvang van hun verplichting tot medewerking en tegelijk hun recht van verweer veilig te stellen'.¹⁵⁵

In Nederland voorziet artikel 2 Werkwijze Rechercheren erin dat de toezichthoudende ambtenaren bij het begin van een inspectie aan de onderneming een document verstrekken waarin het doel en het voorwerp van het onderzoek uiteen worden gezet.

De nauwkeurigheid van die mededeling wordt echter in het midden gelaten. Tot voor kort luidde zij als volgt: 'het doel van het onderzoek [is] onderzoek naar overtreding van artikel [6 of 24] Mw in verband met de mogelijke betrokkenheid van [bedrijf X] bij [prijs- en/of marktverdelingsafspraken tussen ondernemingen actief][misbruikvorm Y] in [sector Z]'.¹⁵⁶

In de laatste jaren lijkt die mededeling nauwkeuriger te worden. Zij is echter nog steeds niet vergelijkbaar met het nauwkeurighedsniveau van een verificatiebeschikking van de Commissie, waardoor haar waarde als waarborg beperkt blijft. Die waarde wordt tevens uitgehold doordat het doel en voorwerp van het onderzoek staande de inspectie en zonder nadere beperkingen kunnen worden uitgebreid, waardoor de resultaten van een *fishing expedition* of het vinden van bijvangst met terugwerkende kracht kunnen worden gelegitimeerd (art. 2 lid 3 Werkwijze Rechercheren) en doordat de door de NMa te gebruiken elektronische zoekvragen pas na de inspectie worden verstrekt, waardoor er geen mogelijkheid is om ex ante te toetsten of die zoekvragen voldoende nauw aansluiten op doel en voorwerp (art. 3 lid 4 Werkwijze Rechercheren). De vraag is derhalve of de Nederlandse mededeling van doel en voorwerp daadwerkelijk als bijkomende waarborg kan dienen.

- *Waarborgen met betrekking tot geprivilegieerde stukken*

De EU-inspectie kent een sluitende regeling voor de omgang met een beroep op het advocatuurlijk privilege. Hoewel zij strikt genomen in strijd is met de artikelen 5:20 lid 1 Awb en 51 Mw, lijkt de Nederlandse procedure, op de onafhankelijkheid na, op de door het EHRM in de zaken *Camenzind*, *Tamonijs* en *Wieser* als effectieve waarborg aanvaarde figuur van de onafhankelijke scheidsrechter en rechtmatigheidstoetsers.

- *Aanwezigheid van een ambtenaar met een bepaalde rang of opleiding*

Noch de Europese noch de Nederlandse regeling voorziet in deze waarborg.

- *Aanwezigheid van een derde met een controlefunctie*

Hoewel zowel op EU-niveau, met de raadadviseur-auditeur,¹⁵⁷ als op Nederlands niveau, met de functionaris

verschoningsrecht, met onafhankelijkheidswaarborgen omklede figuren zijn geschapen, zien deze figuren niet toe op de rechtmatigheid en evenredigheid van een bedrijfsinspectie.

- *Effectief beroep*

Op Unieniveau lijkt er, met de schriftelijke gang naar het Gerecht, geen effectief beroep open te staan bij een rechter die daadwerkelijk kan ingrijpen in een verificatie.

In Nederland worden toezichtshandelingen niet gezien als voor bezwaar en beroep vatbare besluiten, maar als feitelijke handelingen waartegen slechts kan worden opgekomen bij de civiele (voorzieningen)rechter.¹⁵⁸ Theoretisch bestaat de mogelijkheid deze rechter in spoedgevallen ter plekke te adïëren, maar daarmee zijn in Nederland nog geen ervaringen opgedaan.

- *Beoordeling*

Met dit overzicht blijft de vraag open of Europese en Nederlandse bedrijfsinspecties gepaard gaan met het door het EVRM vereiste samenstel van passende en effectieve waarborgen. Bij het ontbreken van een rechterlijke machtiging en van de aanwezigheid van een derde met een controlefunctie is immers geen harde afbakening zichtbaar tussen die inspecties en de Franse procedure die in *Colas Est* werd gehekel door het EHRM.

Artikel 4 Protocol 7 - Ne bis in idem

De rechtspraak van het EHRM

In artikel 4 lid 1 Protocol 7 EVRM, dat geïnspireerd is op artikel 14 lid 7 IVBPR, is het beginsel *Ne bis in idem* als volgt neergelegd: 'Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde Staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die Staat.'

In haar recente arrest *Zolotukhin* heeft de Grote Kamer van het EHRM, naar aanleiding van rechtspraak waarin meerdere stromingen konden worden gevonden, nader verduidelijkt wat moet worden verstaan onder 'hetzelfde strafbaar feit'.¹⁵⁹ Waar één stroming de nadruk legde op het gepleegde feit, een andere op de juridische kwalificatie van de overtreding en een derde op de wezenlijke elementen ervan, oordeelt het EHRM nu dat het beginsel van de effectiviteit van de EVRM-rechten met zich brengt dat de bescherming van artikel 4 Protocol 7 betrekking heeft op de vervolging of berechting van een tweede 'over-

155. HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst/Commissie*, Jur. 1989, p. I-2859, r.o. 26-29.

156. Zie bijvoorbeeld de weergave in het NMa-besluit van 12 december 2003 in zaak 3495, *Van Hattum en Blankevoort* (niet meewerken), punt 6, en Rb. Rotterdam 24 juni 2005, *Nijmeegse Benzinstations*, LJN AT8817, r.o. 2.4.

157. Zie het Besluit Mandaat van de raadadviseur-auditeur, Pb.EG 2001, L 162, en het consultatiestuk *Guidance on procedures of the Hearing Officers*, <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/>, geraadpleegd op 1 november 2010.

158. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 142 (MvT Derde Tranche Awb); *Kamerstukken II* 23 700, nr. 5, p. 53 (NnavV); ABRvS 8 juli 2002, AB 2002, 430 m.nt. Sewandono; CBb 21 juli 1998, AB 1998, 437 m.nt. Van der Velden en CBb 2 maart 1999, AB 1999, 168 m.nt. Van der Velden.

159. EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, zaak 14939/03, *Zolotukhin/Rusland*, n.n.g.

trekking', voor zover die overtreding ontstaat op grond van feiten die identiek of wezenlijk dezelfde zijn (r.o. 82).

Deze rechtspraak komt overeen met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot artikel 54 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, waarin de juridische kwalificatie van de feiten en het beschermde rechtsbelang als niet relevant werden bestempeld en waarin de nadruk werd gelegd op het 'geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn'.¹⁶⁰

De mededingingspraktijk

Protocol 7 is door Nederland niet geratificeerd, maar een gelijksoortige bepaling is opgenomen in artikel 14 lid 7 IVBPR. Deze bepaling, op haar beurt, is wel door Nederland geratificeerd, zij het met het voorbehoud dat dit beginsel voor Nederland geen verdergaande verplichtingen met zich mag brengen dan reeds voortvloeien uit artikel 68 Sr.

In het Nederlands bestuursrecht is deze norm sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb (1 juli 2009) neergelegd in artikel 5:43 Awb als het om de samenloop van bestuurlijke boetes gaat en in artikel 5:44 als het gaat om de samenloop met het strafrecht. De wetgever heeft daarbij verwezen naar de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 68 Sr, die van overeenkomstige toepassing zou kunnen zijn. Volgens die rechtspraak is sprake van 'hetzelfde feit' indien: 'blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van het artikel meebrengt dat zij in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken'.¹⁶¹

Op communautair niveau heeft het Hof van Justitie in de zaak *Walt Wilhelm*, waar de parallelle toepassing van Europees en nationaal mededingingsrecht aan de orde was, geoordeeld dat die parallelle geoorloofd was omdat de twee stelsels verschillende doelstellingen nastreven, maar dat bij de oplegging van de tweede boete op grond van algemene billijkheidsgronden met de eerste boete rekening moet worden gehouden.¹⁶²

Op grond van dezelfde redenering acht de Unierechter ook de parallelle bestraffing door de Commissie en door de autoriteiten van derde landen zonder meer toelaatbaar, want niet in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel.¹⁶³

In zijn *LVM*-arrest heeft het Hof van Justitie het *ne bis in idem*-beginsel van toepassing verklaard op mededingingszaken. In zijn *Cement*-arrest verduidelijkte het Hof van Justitie vervolgens dat die toepassing afhankelijk is van de

volgende drie voorwaarden: zelfde feiten, zelfde pleger en zelfde te beschermen rechtsbelang.¹⁶⁴

De vraag is uiteraard of deze redenering, die kon gedijen in het juridische vacuüm van vóór *Zolotukhin*, ook nu stand zou houden.¹⁶⁵ Binnenkort krijgen wij mogelijk antwoorden op die vraag in het kader van de prejudiciële vraag C-17/10, *Toshiba*, waarin een Tsjechische rechter vragen heeft gesteld over de intra-EU samenloop.

Prijsgiven van rechten

Rechtspraak van het EHRM

Krachtens vaste rechtspraak van het EHRM mogen de door het EVRM verleende grondrechten worden prijsgegeven, mits dit niet in strijd is met een belangrijk algemeen belang, het prijsgeven ondubbelzinnig plaatsvindt en begeleid wordt door waarborgen die evenredig zijn aan het belang van het betrokken recht.¹⁶⁶ Voordat een verdachte door zijn gedrag geacht kan worden impliciet, door zijn gedrag, een belangrijk recht in het kader van artikel 6 EVRM te hebben prijsgegeven, moet worden aangetoond, dat hij redelijkerwijs de gevolgen van dit gedrag kon overzien.¹⁶⁷

Mededingingspraktijk

In Nederland heeft het CbB recentelijk geoordeeld dat de speciale procedure voor versnelde behandeling van de bouwzaken van de NMa, waarbij de deelnemers bepaalde rechten van de verdediging moesten opgeven, voldeed aan het vereiste van *informed consent*.¹⁶⁸ Dat lijkt inderdaad het geval.

Eerder had de Rechtbank Rotterdam echter in de *Mobiele operators*-zaak het niet protesteren tegen een inval als toestemming aangemerkt, waardoor een toetsing aan artikel 8 achterwege kon blijven. Gelet op de vereisten van de ondubbelzinnigheid en van het bewustzijn van de mogelijke gevolgen, wil sprake zijn van een geldige afstand van een belangrijk recht, lijkt deze eerdere uitspraak in strijd met de rechtspraak van het EHRM.¹⁶⁹

Slot

De doorwerking van grondrechten in het mededingingsrecht is geen rustig bezit: de Straatsburgse rechtspraak is nog volop in ontwikkeling en lijkt nog niet overal even goed haar weg te hebben gevonden naar de Nederlandse

160. HvJ EG 11 februari 2003, zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütok en Brügge*, Jur. 2003, p. I-1345, NJ 2004, 194; HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/04, *Van Esbroeck*, Jur. 2006, p. I-2333, NJ 2006, 488 m.nt. Mok en HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05, *Kraaijenbrink*, Jur. 2007, p. I-1129.

161. Zie HR 21 november 1961, NJ 1962, 89; HR 5 februari 1963, NJ 1963, 320 en *T&C Awb*, aant. 2. bij art. 5:43.

162. HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68, *Walt Wilhelm*, Jur. 1969, p. 1, punt 11.

163. Reeds aangehaald arrest HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-301/04 P, *SGL*, Jur. 2006, p. I-5915, punten 26-39, en HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-289/04 P, *Showa Denko*, Jur. 2006, p. I-5859, punten 50-63.

164. HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, Jur. 2004, p. I-123, punt 338.

165. Zie W.B. van Bockel, "'Coming of age", de ontwikkeling van het *ne bis in idem*-beginsel in de EU-rechtsorde', *NTER* 2010-2, p. 66-72.

166. Zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, zaak nr. 56581/00, *Sejdicovic/Italië*, *Reports* 2006-V, r.o. 86.

167. EHRM 27 maart 2007, zaak nr. 32432/96, *Talat Tunç/Turkije*, r.o. 59, en EHRM 9 september 2003, zaak nr. 30900/02, *Jones/VK*.

168. CbB 7 juli 2010, *Bouwbedrijven A en D/NMa*, LJN BN0540, onderdeel 3.2.

169. Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *Mobiele operators*, LJN AY4035.

beoefenaar, of aanvaard te worden door de Unierechter. Van de toetreding van de EU tot het EVRM zal echter een impuls uitgaan naar de Unierechter, die zich alsdan gebonden zal weten aan het EHRM. Dit zal anders zijn dan de huidige relatie op afstand, waar beide gerechten, zonder dat sprake is van een duidelijke hiërarchie, soms over en weer naar elkaars rechtspraak verwijzen. Met name nieuwe arresten als *Francis en O'Halloran* en *Zolothukin* zullen door de vindingrijke jurist ingeroepen moeten worden om de orthodoxie van de rechtspraak van het Hof van Justitie omver te krijgen als het bijvoorbeeld gaat om het schriftelijke *nemo tenetur*-recht en het *ne bis in idem*-beginsel.