

Onderzoeksbevoegdheden NMa en Europese Commissie begrensd door proportionaliteitsbeginsel

BARBARA NIJS

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van drie relevante uitspraken en wordt nader ingegaan op het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel, dat de onderzoeksbevoegdheden van de NMa en de Europese Commissie begrensd. Ten slotte wordt stilgestaan bij een aantal vragen die onbeantwoord blijven.

Voorzieningenrechter 's-Gravenhage

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage moest zich buigen over de vraag in hoeverre de NMa medewerking kan verlangen van een derde onderneming die zelf niet betrokken is bij de vermoedelijke inbreuk.¹ Het betrof hier een IT-onderneming die actief is op het gebied van digitaal forensisch onderzoek en in opdracht van onderneming X onderzoek had verricht. Aangenomen kan worden dat het een mededingingsrechtelijke 'audit' betrof. Tijdens een onaangekondigde inspectie bij onderneming X trof de NMa een rapport van deze IT-onderneming aan. Dit was aanleiding voor de NMa om een inspectie uit te voeren bij de IT-onderneming met als doel kopieën te maken van de analoge en digitale informatie waarop het rapport was gebaseerd, aangezien deze informatie niet meer beschikbaar zou zijn bij onderneming X. De IT-onderneming heeft, in overleg met onderneming X, meegewerkt aan deze inspectie.

Kort na de inspectie heeft de NMa de IT-onderneming verzocht om (i) een overzicht van alle ondernemingen waarvoor deze mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft verricht in de voorafgaande vijf jaar en (ii) alle informatie met betrekking tot deze onderzoeken tot nader order beschikbaar te houden voor het onderzoek van de NMa, op straffe van een dwangsom of boete. De IT-onderneming wenste deze informatie echter niet aan de NMa te verstrekken en startte een kortgedingprocedure bij de civiele rechter.

De voorzieningenrechter oordeelde dat de NMa bevoegd is om een kopie te verzoeken van de gegevens

van onderneming X die zich bij de IT-onderneming bevinden, aangezien er concrete verdenkingen bestaan tegen onderneming X en de data die aan het rapport ten grondslag lagen niet (meer) bij onderneming X aanwezig waren. Het verzoek om een lijst van alle opdrachtgevers van de IT-onderneming in de betrokken sector werd echter in strijd met het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel geacht, omdat nog niet vaststond tegen welke van deze ondernemingen een vermoeden van een overtreding bestond. De voorzieningenrechter overwoog:

'Artikel 5:20 Awb [waarin de medewerkingplicht is neergelegd] biedt naar voorlopig oordeel de [NMa] niet de mogelijkheid bij derden willekeurig gegevens op te vragen op basis waarvan dan vervolgens beoordeeld kan worden of er toezichthoudende bevoegdheden zullen worden ingezet.'

De bewaarplicht van drie maanden achtte de voorzieningenrechter echter niet disproportioneel, omdat niet uitgesloten is dat de IT-onderneming ook gegevens onder zich houdt van andere ondernemingen waarnaar de NMa onderzoek doet.

Gerecht van de Europese Unie

In twee zaken moest het Gerecht zich uitspreken over de rechtmatigheid van inspecties in de sector voor elektriciteitskabels. Zowel de Franse vennootschappen Nexans France SAS en haar moederonderneming Nexans SA (tezamen: 'Nexans') als de Italiaanse vennootschappen Prysmian SpA en Prysmian Cavi e Sistem Energia Srl (tezamen: 'Prysmian') hadden beroep ingesteld tegen de inspectiebeschikking van de Europese Commissie ('Commissie').²

1 Uitspraak van 5 oktober 2012, [Geanonimiseerde IT-onderneming] t. de Staat der Nederlanden, LJN BX9781.

2 Uitspraak van 14 november 2012, Nexans t. Commissie, zaak T-135/09; uitspraak van 14 november 2012, Prysmian t. Commissie, zaak T-140/09.

De eerste grond betrof de algemene bewoordingen van de inspectiebeschikking. Volgens de beschikking was het onderwerp van het onderzoek: 'de levering van elektriciteitskabels en hieraan gerelateerd materiaal, waaronder, onder andere, hoog voltage onderwater elektriciteitskabels en, in bepaalde gevallen, hoog voltage ondergrondse elektriciteitskabels.'³ Volgens het Gerecht blijkt uit deze tekst dat de inspectiebeschikking ziet op alle elektriciteitskabels; de bewoordingen 'waaronder, onder andere' en 'in bepaalde gevallen' geven slechts voorbeelden aan.

Het Gerecht acht deze omschrijving echter voldoende precies. Hoewel de bewoordingen van de beschikking minder dubbelzinnig hadden kunnen zijn, kunnen de betrokkenen de omvang van de medewerkingsplicht (alle elektriciteitskabels) beoordelen, aldus het Gerecht. Dat in het kader van een concentratie de relevante markten enger worden gedefinieerd, doet hier niet aan af.

De tweede grond betrof de omvang van de vermoedens van de Commissie van een inbreuk. Volgens Nexans had de Commissie alleen informatie tot haar beschikking over een mogelijke overtreding met betrekking tot onderwaterkabels. De Commissie wilde namelijk alleen medewerkers

documenten in het dossier van de Commissie (twee oude overeenkomsten en een clementieaanvraag) komt het Gerecht tot de conclusie dat de Commissie onvoldoende redenen had om een inspectie te gelasten met betrekking tot elektriciteitskabels in het algemeen. De beschikking had beperkt moeten blijven tot hoog voltage onderwater en ondergrondse elektriciteitskabels.

Met betrekking tot de derde grond, dat de geografische omvang van de inspectiebeschikking te ruim was, is het Gerecht kort: de Commissie mag ook documenten die betrekking hebben op markten buiten de gemeenschap inzien om gedragingen te onderzoeken die mogelijk een effect op de interstatelijke handel hebben.

Evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel

Een al te ruimhartige toepassing van de onderzoeksbevoegdheden door ambtenaren van de NMa en de Commissie brengt het risico met zich dat deze ambtenaren op 'fishing expedition' kunnen gaan. Door het net breed uit te gooien over de analoge en digitale informatie⁵ van ondernemingen, bestaat er een grote kans op 'bijvangst'. Deze 'bijvangst' kan vervolgens aanleiding zijn voor een uitbreiding van het onderzoek of het starten van een nieuw onderzoek, niet alleen door de NMa of de Commissie, maar ook door andere autoriteiten. De NMa en de Commissie zijn immers bevoegd om informatie te delen met andere autoriteiten. Dit betreft in de eerste plaats andere mededingingsautoriteiten⁶, maar op grond van art. 91, onder 2, Mw is de NMa ook bevoegd om onder omstandigheden informatie te verstrekken aan andere bestuursorganen.⁷ Het ongeclausuleerd inzien en kopiëren van informatie door ambtenaren van de NMa en de Commissie kan dus verstrekkende gevolgen hebben.

De onderzoeksbevoegdheden mogen echter slechts uitgeoefend worden voor zover dat evenredig en proportioneel is. Voor de NMa is dat neergelegd in art. 5:13 Awb, dat bepaalt:

- 5 Zie bijvoorbeeld: H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze rechercheren van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 81; M. Knapen, R. Elkerbout, 'De Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren: trial and error again?', *Markt & Mededinging* 6/2010, p. 224.
- 6 Zie art. 90, onder 1, Mw. De Commissie is op grond van art. 12 Vo. 1/2003 bevoegd om informatie uit te wisselen met mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Tevens heeft de Commissie overeenkomsten gesloten op basis waarvan onder bepaalde voorwaarden informatie kan worden uitgewisseld met mededingingsautoriteiten buiten de EU (zie voor meer informatie: <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/agreements.html>).
- 7 Bijvoorbeeld in het kader van het Marktoezichthoudersberaad; zie daarover: W.W. Geursen, 'Fruits of the poisonous tree in het kartelrecht: onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet per se te worden uitgesloten', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009, p. 115; andersom mogen andere autoriteiten de NMa ook tippen: zie bijvoorbeeld: W.W. Geursen, 'Pas op voor de hond! Maar ook voor andere waakhonden - FIOD/ECD tipt NMa', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 3 en Rb. 's-Gravenhage 26 juni 2009, Janssen de Jong/Staat, nr. KG ZA 09-616, LJN BJ0047, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009, p. 128, m.nt. W.W. Geursen.

De NMa heeft niet de mogelijkheid bij derden willekeurig gegevens op te vragen

van die divisie spreken en het zou ook blijken uit de tekst van een persbericht van de Commissie.⁴

Het Gerecht stelt dat de Commissie redelijke gronden moet hebben om een inspectie bij Nexans en Prysmian met betrekking tot elektriciteitskabels en daaraan gerelateerde materialen te rechtvaardigen. Aangezien Nexans en Prysmian ten tijde van de inspectie niet beschikten over de informatie op grond waarvan de Commissie een inbreuk vermoedde, kan volgens het Gerecht niet van deze partijen worden verwacht dat zij meer bewijs voor hun stellingen aanvoerden dan de bovenstaande punten. Een andere opvatting zou het recht om in beroep te gaan tegen de inspectiebeschikking illusoir maken.

Na een nauwkeurige beoordeling van de relevante

De beroepen hadden ook betrekking op enkele feitelijke handelingen van de Commissieambtenaren tijdens de inspectie, zoals het kopiëren van de gehele harde schijf van bepaalde werknemers. Deze handelingen zijn echter niet zelfstandig vatbaar voor beroep en deze gronden zijn door het Gerecht niet-ontvankelijk verklaard. Deze gronden kunnen eventueel wel beoordeeld worden in een beroepsprocedure tegen de mogelijke boetebeschikking.

- 3 De originele tekst in het Engels luidt: 'the supply of electric cables and material associated with such supply, including, amongst others, high voltage underwater electric cables, and, in certain cases, high voltage underground electric cables.'
- 4 Prysmian had niet op het persbericht gewezen, maar wel de verschillen tussen de diverse typen elektriciteitskabels benadrukt.

'Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.'

In het Unierecht is dat minder duidelijk gecodificeerd, maar kan het afgeleid worden uit de bewoordingen van art. 20, lid 1, van de Verordening 1/2003⁸, dat verwijst naar *'noodzakelijke inspecties'* (nadruk toegevoegd), in combinatie met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de rechten van de verdediging.⁹ Al in 1997 heeft de Commissie (schoorvoetend) de relevantie van het proportionaliteitsbeginsel erkend:

*'(...) Article 14 inspections must be "necessary". It is arguable that they must also conform to the principle of proportionality.'*¹⁰

De Nederlandse rechter en de Unierechter moesten zich binnen korte tijd beiden buigen over de vraag of de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden te ruim was uitgeoefend. Hoewel de casus verschillend waren, was in alle zaken de vraag aan de orde of er sprake was geweest van een 'fishing expedition'.

De Nederlandse zaak betrof de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden jegens een derde, die zelf niet betrokken is bij de vermoedelijke overtreding. Dat de NMa hiertoe in beginsel bevoegd is, staat niet ter discussie. Dit volgt immers uit art. 5:20 Awb, op grond waarvan de medewerkingsplicht geldt voor eenieder en niet alleen voor de vermoedelijke overtreders. De vordering tot medewerking moet echter wel proportioneel en redelijk zijn. Dat betekent in de ogen van de voorzieningenrechter dat de NMa bij een derde alleen informatie op kan vragen die betrekking heeft op ondernemingen waarvan zij al vermoedt dat deze betrokken zijn bij een inbreuk op de Mededingingswet.

In de praktijk vraagt de NMa wel vaker informatie bij derden op in het kader van een kartelonderzoek. Te denken valt bijvoorbeeld aan een horecagelegenheid waaraan een overzicht van de reserveringen op bepaalde data of in een bepaalde periode wordt gevraagd.¹¹ De uitspraak van de voorzieningenrechter verplicht de NMa een dergelijk informatieverzoek te beperken tot reserveringen van bedrijven waarvan men al vermoedt dat deze bij een mogelijke inbreuk betrokken zijn. Inzage in de complete reserverings-

administratie van een bepaalde periode zou de NMa op het spoor kunnen brengen van eventuele andere verdachte bijeenkomsten, op grond waarvan een nieuw onderzoek zou kunnen worden opgestart.

De vragen die voorlagen bij het Gerecht hadden onder andere betrekking op de aanleiding en formulering van de inspectiebeschikking. Hoewel de NMa wettelijk niet expliciet verplicht is een beschikking te overhandigen bij de aanvang van een bedrijfsbezoek, moet ook de NMa op grond van het evenredigheidsbeginsel duidelijk maken wat het doel en voorwerp is van het onderzoek. De NMa doet dit door middel van de overhandiging van een document.¹² De overwegingen van het Gerecht kunnen derhalve ook relevant zijn voor de wijze waarop de NMa inspecties uitvoert. Daarbij dient wel de kanttekening te worden

Een andere opvatting zou het recht om in beroep te gaan tegen de inspectiebeschikking illusoir maken

geplaatst dat het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel niet gelijk is aan de EU-rechtelijke evenredigheid die het Gerecht toepast. Desalniettemin is een (min of meer) eensluidende *uitleg* van beide begrippen voorstelbaar, omdat de evenredigheid ook – of juist vooral – wordt ingekleurd door de jurisprudentie omtrent art. 8 EVRM.¹³ Daarbij is het de vraag of het onderzoek door de mededingingsautoriteit een evenredige inbreuk vormt op de bescherming van het privéleven van een onderneming (natuurlijke of rechtspersoon) door de terreinen van een onderneming te betreden en haar gegevens te doorzoeken. Die schending is niet evenredig als de mededingingsautoriteiten op 'fishing expedition' gaan.¹⁴

Net als de voorzieningenrechter beoordeelt het Gerecht de rechtmatigheid van de onderzoekshandeling op basis van het vermoeden van de inbreuk zoals dat redelijkerwijs bij de Commissie kon bestaan voorafgaand aan de betreffende inspectie. Hoewel de tekst van de inspectiebeschikking voldoende duidelijk is, twijfelt het Gerecht of er voldoende redenen bestonden voor de Commissie om een onderzoek

8 Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, PB L/1, 4 januari 2003.

9 Zie bijvoorbeeld HvJEU 17 oktober 1989, zaak 97-99/87, Dow Chemical; HvJEU 21 september 1989, gevoegde zaken 47/87 en 227/88, Hoechst; HvJEU 22 oktober 2002, zaak C-94/00, Roquette Frères.

10 European Commission, *Dealing with the Commission - notifications, complaints, inspections and factfinding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, p. 34. In deze publicatie wordt verwezen naar art. 14 van Verordening 17/62, de voorloper van art. 20 van Verordening 1/2003.

11 Zie bijvoorbeeld de verklaring van de directeur van de exploitant van Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein over de datum en het tijdstip van een door Libertel geboekte zaal in de Mobiele Operators-zaak (NMa-besluit van 30 december 2002 in zaak 2658/Mobiele operators, rnr. 51).

12 Werkwijze NMa digitaal en analoog rechercheren 2010, *Stcrt.* 2010, 12871 ('Werkwijze rechercheren').

13 Voor de Nederlandse (bestuurs)rechter, omdat Nederland partij is bij het EVRM en voor het Gerecht, omdat het is gebonden aan art. 8 EVRM als algemeen beginsel van Unierecht (zie bijvoorbeeld HvJEU 22 oktober 2002, zaak C-94/00, Roquette Frères (Jurispr. 2002, p. I-9011) en tegenwoordig via het gelijkkluidende art. 7 jo. art. 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat op grond van art. 52, lid 3, van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als art. 8 EVRM.

14 En wellicht ook niet evenredig als dat onderzoek wordt uitgevoerd zonder voorafgaande rechterlijke machtiging. Zie daarover bijvoorbeeld: W.W. Geursen, 'Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vóóraf, uitsluiting van bewijs en schadevergoeding', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 131 en het uitgebreide overzicht van voor- en tegenstanders in voetnoten 7 en 8; M.M. Slotboom, 'De NMa staat voor de deur. Maar waar is haar rechterlijke machtiging? Tien jaar na Colas Est', *Markt & Mededinging* 3/2012, p. 110.

naar alle typen elektriciteitskabels te gelasten. Het Gerecht is aan het twijfelen gebracht door de stellingen van eiseressen, die op zichzelf misschien niet overtuigend zijn, maar wel aanleiding zijn voor het Gerecht om vragen te stellen aan de Commissie en bepaalde documenten die de Commissie voor het bedrijfsbezoek in haar bezit had, te beoordelen. Het kan volgens het Gerecht niet van eiseressen verwacht worden dat zij sterker bewijs aandragen, omdat zij, zeker ten tijde van de inspectie, geen inzage hadden in de informatie die voor de Commissie aanleiding was om een inspectie te gelasten. Het Gerecht verwoordt dat als volgt:

'It must therefore be concluded that, at least when undertakings which are the recipients of a decision taken under Article 20(4) of Regulation No 1/2003 produce, as in the present case, some evidence casting doubt on whether the Commission had reasonable grounds for adopting such a decision, the Court of the European Union must examine those grounds and determine whether they are reasonable.'

De verduidelijking van zowel de voorzieningenrechter als het Gerecht met betrekking tot de onderzoeksbevoegdheden van de NMa en de Commissie is zeer welkom. Nu de onderzoeksmethoden steeds geavanceerder en ambitieuzer worden – zie bijvoorbeeld de wijze waarop de NMa en nu ook de Commissie digitale gegevens onderzoeken – is er behoefte aan duidelijkheid omtrent de grenzen van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden.

Onbeantwoorde vragen

De uitspraken van de voorzieningenrechter en het Gerecht laten echter ook enkele vragen onbeantwoord.

Ten eerste acht het Gerecht de argumenten met betrekking tot het digitale onderzoek door de Commissie (het meenemen van kopieën van *hard drives*) niet-ontvankelijk. Hoewel dat oordeel juist lijkt, is het te betreuren dat we op dit punt nog geen oordeel hebben van de Europese rechter. De huidige werkwijze van de NMa met betrekking tot digitaal onderzoek is in overeenstemming met hetgeen de Rechtbank 's-Gravenhage reeds in het verleden als evenredig heeft geoordeeld¹⁵, ondanks dat dit betekent dat de NMa kopieën maakt van informatie die zij normaalgesproken niet zou mogen inzien (geprivilegieerde informatie, informatie die buiten de reikwijdte van het onderzoek valt en persoonlijke informatie). Wellicht dat de Europese rechter daar anders over denkt, maar we zullen dus nog moeten wachten op een Europese uitspraak over dit onderwerp.

Ten tweede kan men zich afvragen wat het praktische nut is van de uitspraken. Een derde zal er vaak minder belang bij hebben om de rechtmatigheid van een verzoek van de NMa te betwisten, met als resultaat dat de NMa toegang krijgt tot informatie die zij niet kan vorderen van derden.

Het is dan aan de onderzochte ondernemingen om achteraf de onrechtmatigheid van de bewijsgaring aan te tonen en te vorderen dat dit bewijs wordt uitgesloten. Of zij daarin succesvol zullen zijn, staat echter niet met zekerheid vast.¹⁶ En voor zover de inspectiebeschikking (of het document dat de NMa aan het begin van een inspectie overhandigt) te algemeen is geformuleerd, kunnen de betrokken ondernemingen daar tijdens de inspectie weinig tegen doen zonder een (verhoging van de) boete te riskeren voor niet meewerken. De enige remedie is een beroepsprocedure tegen de inspectiebeschikking (Commissie) of een kort geding (NMa). Maar dat zal niet kunnen voorkomen dat de NMa en de Commissie al kennis hebben kunnen nemen van informatie waarvan achteraf wordt vastgesteld dat dit buiten de reikwijdte van het onderzoek valt.

Ten derde is het twijfelachtig of de voorzieningenrechter juist heeft geoordeeld met betrekking tot de bewaarplicht voor de IT-onderneming. Hoewel de periode van drie maanden wellicht niet disproportioneel is, bestaat er geen wettelijke grondslag voor deze vordering door de NMa.¹⁷

Bij het Gerecht is een aantal zaken aanhangig over hetzelfde onderwerp.¹⁸ Interessant zijn met name de beroepen van Deutsche Bahn e.a. Deze hebben betrekking op drie inspectiebeschikkingen van verschillende data en met een verschillend onderwerp. Ook hier is het verwijt dat de Commissie zich schuldig heeft gemaakt aan een 'fishing expedition'. Opmerkelijk is dat de Commissie twee dagen na de aanvang van de eerste inspectie met een nieuwe beschikking met een ander voorwerp zich heeft gemeld bij verzoeksters. Dat zou erop kunnen wijzen dat de Commissie tijdens de eerste inspectie informatie heeft ingezien die buiten het voorwerp van de eerste inspectiebeschikking viel, en daarop een nieuwe inspectiebeschikking heeft genomen met een ander voorwerp dat ook deze informatie omvat. Mocht dit inderdaad het onderwerp van het geschil zijn, dan is dat zeker ook relevant voor de NMa-praktijk. De NMa stelt zich immers op het standpunt dat zij ter plekke het doel en voorwerp van het onderzoek kan uitbreiden wanneer de inspectie daartoe aanleiding geeft.¹⁹

Over de auteur

Barbara Nijs is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh N.V. en is lid van de redactie van *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*.

¹⁵ Uitspraak Rb. 's-Gravenhage van 13 oktober 2008, LJN BH2647.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: W.W. Geursen, 'Fruits of the poisonous tree in het kartelrecht: onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet per se te worden uitgesloten', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009, p. 115. Maar zie voor een voorbeeld waarin het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs wel leidde tot de vernietiging van de beschikking van de NMa: CbB 30 augustus 2011, LJN BR3767.

¹⁷ Zie in gelijke zin: noot van mr. S.M.C. Nuyten, «JOR» 2012, 326.

¹⁸ Beroepen ingesteld door Deutsche Bahn e.a. op 7 juni 2011 (zaak T-289/11 en zaak T-290/11) en op 3 oktober 2011 (zaak T-521/11); beroep ingesteld door HeidelbergCement op 10 juni 2011 (zaak T-302/11).

¹⁹ Werkwijze rechneren, art. 2, lid 3.