

# Akzo: *Capita selecta* van het legal privilege

Op 17 september 2007 wees het Gerecht van Eerste Aanleg EG arrest in de zaak Akzo en Akcros/ Commissie (gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03), waarin het moest beslissen of de Europese Commissie in het kader van een mededingingsonderzoek bepaalde stukken mocht gebruiken ten aanzien waarvan Akzo het legal privilege had ingeroepen.

Vanuit het gezichtspunt van Akzo is het arrest grotendeels een mooi staaltje nakaarten: alle betrokken stukken waren immers lang en breed door de Commissie ingezien en bij het dossier gevoegd, deels tijdens het bedrijfsbezoek zelf en deels enkele dagen nadat de President van het Hof de door de President van het Gerecht opgelegde schorsing van de betrokken inzagebeschikking van de Commissie nietig had verklaard. Voor de rechtspraak bevat dit arrest echter zeer verhelderende passages over: (i) de bij een bedrijfsonderzoek te volgen procedure bij twijfel over de vraag of stukken wel of niet door het legal privilege worden beschermd; en over het (ii) materiële en (iii) persoonlijke toepassingsbereik van het legal privilege, zoals dat in het communautaire mededingingsrecht wordt gehanteerd. Naast het op dezelfde dag gewezen Microsoft-arrest kan daarom ook dit arrest worden beschouwd als zwanenzang van een aantal vertrekkende rechters in het Gerecht.

## Achtergrond

Op 12 en 13 februari 2003 doen ambtenaren van de Europese Commissie, bijgestaan door ambtenaren van het OFT, een inval bij Britse vestigingen van Akzo Nobel en haar dochter Akcros. Tijdens die inval roepen Akzo-vertegenwoordigers het legal privilege in met betrekking tot een aantal door de Commissie ambtenaren gekopieerde stukken.

Concreet ging het om de volgende stukken:

1. een getypt memorandum van twee kantjes dat in het kader van het complianceprogramma van Akzo door de general manager van Akcros aan zijn superieur is gericht;
2. stuk 1, met handgeschreven aantekeningen over contacten tussen Akzo en een externe advocaat;
3. handgeschreven aantekeningen van de general manager van Akcros, die naar zeggen van Akzo zijn gemaakt om als materiaal te dienen voor stuk 1;
4. een e-mailwisseling tussen de general manager van Akcros en een Nederlandse advocaat die als mededingingsrechtcoördinator in dienst is van Akzo.

Tussen de vertegenwoordigers van Akzo en de Commissie-ambtenaren ontstond vervolgens een discussie over de vraag of deze stukken inderdaad werden beschermd door het legal privilege en over de procedure die gevolgd moest worden om die vraag te beantwoorden.

De Commissieambtenaren stelden zich daarbij op het standpunt dat zij een vluchtige blik op de betrokken stukken moesten kunnen werpen om de geprivilegieerde aard ervan te kunnen beoordelen, terwijl de vertegenwoordigers van Akzo vonden dat alle omstreden stukken meteen in een verzegelde envelop bewaard zouden moeten worden en dat de gemeenschapsrechter moest oordelen over de vraag of zij wel of niet waren beschermd.

Nadat de ambtenaren van de Commissie en van het OFT hadden bedreigd met boetes en strafrechtelijke sancties hebben de vertegenwoordigers van Akzo er onder protest mee ingestemd dat het hoofd van het inspectieteam van de Commissie de stukken vluchtig zou doornemen, om een voorlopig oordeel te vormen over de vraag of zij wel of niet werden beschermd.

Na dit vluchtige onderzoek meende de teamleider dat niet kon worden uitgesloten dat de stukken 1 en 2 geprivilegieerd zouden zijn. Deze stukken, die in de zaak worden aangeduid als 'Stukken A', zijn daarom in een verzegelde envelop bewaard. Met betrekking tot de stukken 3 en 4, die in de zaak worden aangeduid als 'Stukken B', oordeelde de teamleider daarentegen, dat de toepassing van het legal privilege reeds op grond van zijn vluchtig onderzoek kon worden uitgesloten. Deze stukken werden daarom ter plekke bij het dossier gevoegd.

Na een correspondentie tussen Akzo en de Commissie stelde de Commissie op 8 mei 2003 een beschikking vast krachtens artikel 14 lid 3 van Verordening 17, waarin zij: (i) een verzoek van Akzo om teruggave van de betrokken stukken afwees; en (ii) aankondigde de envelop met de stukken A na het verstrijken van de beroepstermijn te zullen openen.

## AM&S en Hilti

Het legal privilege was niet geregeld in de ten tijde van de inval nog vigerende Verordening 17, en is dat overigens nog steeds niet in de thans geldende Verordening 1/2003. Daarom moet men voor de regeling van dat vraagstuk te rade gaan bij de rechtspraak van Hof en Gerecht, en met name bij het arrest AM&S<sup>1</sup> en bij de beschikking Hilti.<sup>2</sup>

### Aard van het legal privilege

In het AM&S-arrest zette het Hof uiteen dat alle lidstaten een legal privilege kennen. Dit privilege: "dient [...] het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben, in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft" (r.o. 18)

en vormt

"een noodzakelijke aanvulling op de volledige uitoefening van de rechten van de verdediging" (r.o. 23).

Dit privilege heeft in alle lidstaten gemeen dat het de

1. Hvj EG 18 mei 1982, AM&S, zaak 155/79, Jur. 1982, p. 1575.

2. GvEA EG 4 april 1990, Hilti, zaak T-30/89, Jur. 1990, p. II-163.

vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermt, wanneer deze briefwisseling: (i) heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt; en (ii) afkomstig is van een onafhankelijke advocaat, dat wil zeggen een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt (r.o. 21). Volgens het Hof moeten deze voorwaarden, die een gemene deler vormen van de regelgeving in de lidstaten, ook op communautair niveau worden gehanteerd.

#### Materiële werkingssfeer

Waar het gaat om het vereiste dat de correspondentie moet hebben plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt verduidelijkt het Hof vervolgens, nog steeds in AM&S, dat het *privilege* zich uitstrekt tot (i) alle briefwisseling van na het begin van de administratieve procedure van de Commissie en (ii) alle vroegere briefwisseling die verband houdt met het voorwerp van die procedure (r.o. 23). In de beschikking Hilti breidde het Gerecht deze werkingssfeer later uit tot interne nota's die enkel de tekst of de inhoud weergeven van een briefwisseling met een onafhankelijke advocaten ter zake van hun advisering (r.o. 13 e.v.).

#### Persoonlijke werkingssfeer

Wat de persoonlijke werkingssfeer van het *legal privilege* betreft wees het Hof in AM&S op:

*“de opvatting van de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van deze rechtspleging de door zijn cliënt benodigde rechtskundige bijstand moet verlenen”*

en op het belang van het tuchtrecht als keerzijde van de door de advocaat genoten voorrechten (r.o. 24). Met het oog op de verkeersvrijheden en op de wederzijdse erkenning van de nationale regels van de lidstaten ter zake van advocaten oordeelde het Hof ten slotte dat het *legal privilege* (i) zich uitstrekt tot alle advocaten die bij de balie van een lidstaat zijn ingeschreven, onverschillig in welke lidstaat de cliënt gevestigd is en dat het (ii) zich niet uitstrekt tot niet in een lidstaat ingeschreven advocaten (r.o. 25 en 26).

#### Procedure

Vervolgens heeft het Hof in AM&S de volgende procedure uitgestippeld bij onenigheid over de geprivilegieerde aard van stukken:

- Wanneer een onderzochte onderneming op grond van het *legal privilege* bepaalde stukken niet wil overleggen moet zij, zonder overigens de inhoud van de documenten te moeten onthullen, de betrokken Commissieambtenaren de gegevens verstrekken waaruit kan blijken dat die documenten inderdaad beschermd zijn (r.o. 29).
- Indien de Commissie meent dat dit bewijs niet is geleverd kan zij krachtens artikel 14 lid 3 Verordening 17 de overlegging van de betrokken briefwisseling gelasten en, zo nodig, de onderneming krachtens dezelfde verordening een geldboete of dwangsom opleggen om

haar te dwingen het door de Commissie noodzakelijk geachte aanvullende bewijs te leveren dan wel de documenten die naar het oordeel van de Commissie geen wettelijk beschermd vertrouwelijk karakter hebben, te overleggen (r.o. 31).

- De betrokken onderneming kan vervolgens een beroep tot nietigverklaring van een dergelijke beschikking instellen, tezamen met een schorsingsverzoek (r.o. 32).

#### Voorlopige voorzieningen

Tegen de 'openingsbeschikking' heeft Akzo beroep ingesteld (zaak T-253/03) met tevens een schorsingsverzoek (zaak T-253/03 R).<sup>3</sup>

Bij beschikking van 30 oktober 2003 heeft de President van het Gerecht die schorsing uitgesproken en tevens gelast dat de Griffie van het Gerecht de envelop met de Stukken A, die tijdens de kort geding procedure was overgelegd door de Commissie, zou bewaren hangende de bodemprocedure.<sup>4</sup>

Deze voorlopige voorzieningen gaf hij omdat volgens hem zowel was voldaan aan het vereiste van de *fumus boni iuris* – oftewel van een bodemzaak die op het eerste gezicht verdedigbaar lijkt – als aan het vereiste van de spoedeisendheid, die in het communautaire kort geding wordt beoordeeld aan de hand van de ernstige schade die voor de verzoeker zal voortvloeien uit het niet schorsen van de bestreden handeling en die niet vatbaar is voor omkering, mocht de bestreden beschikking nietig worden verklaard in de bodemprocedure.

Voor wat betreft het vereiste van de *fumus boni iuris* oordeelde de President van het Gerecht dat: (i) sommige van de betrokken stukken op het eerste gezicht inderdaad onder het *legal privilege* leken te vallen; (ii) niet kan worden uitgesloten dat de uit 1982 daterende AM&S-rechtspraak, voor wat betreft de beperking van de persoonlijke werkingssfeer van het *legal privilege* tot advocaten die niet in dienstbetrekking zijn bij hun cliënten, herzien moet worden in het licht van de tussentijdse opkomst van advocaten in dienstbetrekking, en dat (iii) op het eerste gezicht moet worden uitgesloten dat Commissieambtenaren tijdens een inval een vluchtige blik mogen werpen op een stuk ten aanzien waarvan de betrokken onderneming het *legal privilege* inroept. Met betrekking tot de onomkeerbare gevolgen van het inzien van de Stukken A velde de President van het Gerecht een oordeel dat wij hier integraal citeren omdat hetzelfde punt ook een cruciale rol speelt in de bodemprocedure:

*“167. [H]et feit dat de Commissie die documenten niet voor het bewijs kan gebruiken [zou] geen enkele invloed hebben op de ernstige en onherstelbare schade die uit het enkele openbaar worden van die documenten zou voortvloeien. Het argument van de Commissie houdt immers geen rekening met de bijzon-*

<sup>3</sup> Zaak T-125/03 heeft betrekking op de geldigheid van de verificatiebeschikking van de Commissie die voorafging aan de inval van 12 en 13 februari 2003 en wordt zonder veel omhaal van woorden van tafel geveegd omdat omstandigheden, die zich na de totstandkoming van een handeling voordoen de rechtmatigheid van die handeling niet vermogen aan te tasten (zie r.o. 55 en de daar aangehaalde rechtspraak). Op dit aspect van het Akzo-arrest wordt hierna niet meer ingegaan.

<sup>4</sup> Besch. Pres. GvEA EG 30 oktober 2003, Akzo en Akros/Commissie, zaken T-125/03 R en T-253/03 R, Jur. 2003, p. II-4771; AM 2003, p. 209, m.nt. Speyart.

dere aard van het beroepsgeheim. Dit dient immers niet slechts de bescherming van het particuliere belang van de justitiabele dat de rechten van de verdediging niet onherstelbaar worden aangetast, maar ook de handhaving van het vereiste dat een ieder zich in volle vrijheid tot zijn advocaat moet kunnen wenden (in die zin, arrest AM & S/Commissie, reeds aangehaald in punt 66 supra, punt 18). Dit vereiste, dat in het openbare belang van een goede rechtsbedeling en eerbiediging van de legaliteit is opgesteld, ondersteunt noodzakelijkerwijs dat een cliënt zich vrij met zijn advocaat kan onderhouden zonder te moeten vrezen dat wat hij in vertrouwen meedeelt, later aan een derde kan worden bekendgemaakt. Door het beroepsgeheim te reduceren tot de garantie dat iemands vertrouwelijke mededelingen niet tegen hem zullen worden gebruikt, wordt de kern ervan uitgehold, aangezien de zelfs maar voorlopige verbreiding van dergelijke mededelingen een onherstelbare inbreuk maakt op het vertrouwen dat de justitiabele op het moment dat hij die mededelingen aan zijn advocaat deed, had in het feit dat zij nooit in de openbaarheid zouden komen."

Met betrekking tot de Stukken B oordeelde de President van het Gerecht dat een voorlopige voorziening niet geschikt zou zijn om onomkeerbare schade te voorkomen, omdat de stukken al waren ingezien en de schade derhalve reeds was opgetreden (r.o. 173).

In hogere voorziening werd deze schorsing op 27 september 2004 nietig verklaard door de President van het Hof.<sup>5</sup> In een zeer summier gemotiveerde beschikking oordeelde deze dat ook met betrekking tot de Stukken A niet was voldaan aan het vereiste van de spoedeisendheid – in de zin van het intreden van ernstige en onomkeerbare schade – omdat:

- vaststond dat het gebruik van de betrokken stukken als grondslag voor een boetebeschikking onrechtmatig zou zijn wanneer het Gerecht in het kader van de bodemprocedure zou oordelen dat die stukken door het legal privilege waren beschermd (r.o. 40);
- hoewel het louter lezen van de betrokken stukken, zonder dat zij als grondslag worden gebruikt voor een boetebeschikking, misschien een inbreuk oplevert op het legal privilege, deze inbreuk niet als ernstige schade kan worden aangemerkt, die een schorsing zou rechtvaardigen (r.o. 41);
- de Commissie toegezegd had de stukken niet ter beschikking te stellen aan derden hangende de bodemprocedure (r.o. 42); en
- Commissieambtenaren de Stukken A al vluchtig hebben gelezen en een meer gedetailleerde lezing van die stukken geen ernstige schade meer kan teweegbrengen (r.o. 43).

Zowel voor de Stukken A als voor de Stukken B werd het voldongen feitenbeleid van de Commissie dus beloofd: de Commissie heeft alle stukken, al dan niet vluchtig, onder ogen gehad, en schorsen heeft dan geen meerwaarde meer.

Alle hier besproken onderwerpen komen in de bodemzaak terug.

## De bij onenigheid te volgen procedure

### Het arrest

Het eerste door Akzo aangevoerde middel heeft betrekking op de schending van de in AM&S voorgeschreven procedure bij onenigheid over de geprivilegieerde aard van stukken.

Na een samenvatting van de AM&S- en Hilti-rechtspraak gaat het Gerecht nader in op de feiten van de zaak:

"80 Het enkele feit dat een onderneming voor een document vertrouwelijkheid opeist, lijkt [...] niet te volstaan om de Commissie te beletten het document in te zien, indien die onderneming voor het overige niets aanvoert ten bewijze dat het daadwerkelijk door vertrouwelijkheid wordt beschermd. De betrokken onderneming kan de Commissie met name laten weten wie de auteur ervan is en voor wie het bestemd is, de respectieve functies en verantwoordelijkheden van elk van hen uiteenzetten, en wijzen op het doel waarvoor en de context waarin het document is opgesteld. Zo kan zij ook de context waarin het document is gevonden, de wijze waarop het is geklasseerd of andere documenten waarmee het verband houdt, vermelden.

81 In een groot aantal gevallen kunnen de functionarissen van de Commissie alleen aan de hand van een beknopt onderzoek van het algemene voorkomen van het document of van het opschrift, van de titel of van andere oppervlakkige kenmerken van het document nagaan of de door de onderneming aangevoerde rechtvaardigingen juist zijn, en zich ervan vergewissen of het betrokken document vertrouwelijk is, teneinde dit terzijde te laten. Dit neemt niet weg dat in bepaalde gevallen zelfs een beknopt onderzoek van het document het risico meebrengt dat de functionarissen van de Commissie niettegenstaande de oppervlakkigheid van het onderzoek, kennis nemen van door de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten gedekte gegevens. Dit kan in het bijzonder het geval zijn indien de vorm van het betrokken document de vertrouwelijkheid ervan niet duidelijk maakt.

82 [Op grond van het arrest AM & S heeft een onderzochte] onderneming het recht te weigeren de functionarissen van de Commissie – zelfs beknopt – inzage te geven in een of verscheidene concrete documenten ten aanzien waarvan de onderneming aanvoert dat zij door de vertrouwelijkheid worden beschermd, mits zij van mening is dat een dergelijk beknopt onderzoek onmogelijk is zonder de inhoud van die documenten te onthullen en zij de functionarissen van de Commissie hiervoor redenen geeft.

83 In de gevallen waarin de Commissie tijdens een verificatie [...] meent dat de door de onderneming verstrekte gegevens niet het bewijs van de vertrouwelijkheid van de betrokken documenten opleveren, in het bijzonder wanneer die onderneming de functionarissen van de Commissie weigert beknopte inzage van een document te geven, kunnen de functionarissen van de Commissie een kopie van het desbetreffende document [...] in een verzegelde envelop doen en die vervolgens meenemen met het oog op latere beslechting van het geschil. Met deze procedure kunnen immers de risico's van schending van de vertrouwelijkheid worden voorkomen, terwijl de Commissie wel de mogelijkheid van een zekere controle kan behouden over de documenten die het voorwerp van de verificatie vormen, en het risico wordt vermeden dat deze documenten naderhand

<sup>5</sup> Besch. Pres. HfJ EG 27 september 2004, Commissie/Akzo en Akros, zaak C-7/04 P(R), Jur. 2004, p. I-8739, AM 2004, p. 198, m.nt. Speyart.

verdwijnen of dat daarmee wordt gemanipuleerd. [...]

85 Hoe dan ook heeft de Commissie in het geval dat zij de gegevens en uiteenzettingen die door de vertegenwoordigers van de gecontroleerde onderneming zijn aangevoerd ten bewijze dat het betrokken document wordt beschermd door de vertrouwelijkheid, niet toereikend acht, niet het recht kennis te nemen van het document voordat zij een beschikking heeft vastgesteld op basis waarvan de betrokken onderneming naar behoren beroep kan instellen bij het Gerecht en eventueel bij de kortgedingrechter [...]"

Gelet op de bijzondere aard van het *legal privilege* levert het inzien van een geprivilegieerd stuk door een Commissieambtenaar volgens het Gerecht al een schending op van het *privilege*, dat verder gaat dan de enkele garantie dat de betrokken stukken niet gebruikt mogen worden als grondslag voor een boetebeschikking (r.o. 86):

"87 Ten eerste beoogt deze bescherming het openbare belang van een goede rechtsbedeling te garanderen, dat erin bestaat te verzekeren dat iedere cliënt zich vrij met zijn advocaat kan onderhouden zonder te moeten vrezen dat wat hij in vertrouwen meedeelt, later kan worden bekendgemaakt. Ten tweede heeft zij tot doel te vermijden dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten van verweer van de betrokken onderneming, doordat de Commissie kennis neemt van de inhoud van een vertrouwelijk document en het op onregelmatige wijze in het dossier opneemt. Dus zelfs indien dat document niet wordt gebruikt als bewijsmiddel in een sanctiebeschikking wegens inbreuk op de mededingingsregels, kan de onderneming schade lijden die niet of slechts zeer moeilijk kan worden hersteld. Enerzijds kan de door de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten beschermde informatie rechtstreeks dan wel indirect worden gebruikt om nieuwe informatie of nieuwe bewijsmiddelen te verkrijgen, zonder dat de betrokken onderneming steeds in staat zal zijn deze te identificeren en te voorkomen dat zij tegen haar worden gebruikt. Anderzijds kan de schade die de betrokken onderneming lijdt doordat door de vertrouwelijkheid beschermde informatie bij derden bekend wordt, niet worden hersteld, bijvoorbeeld wanneer deze informatie is gebruikt in een mededeling van punten van bezwaar in een administratieve procedure bij de Commissie. Het loutere feit dat de Commissie beschermde documenten niet als bewijs mag gebruiken, volstaat derhalve niet om de schade die voortvloeit uit haar kennisname van de inhoud van die documenten, te herstellen of ongedaan te maken."

De stelling van de Commissie dat de hier beschreven procedure ondernemingen zou aanzetten tot vertragingstactieken wordt door het Gerecht verworpen: de Commissie kan het vexatoir inroepen van het *legal privilege* immers als zodanig bestraffen (art. 23 lid 1 Verordening 1/2003) of als boeteverzwarende omstandigheid aanmerken bij het bepalen van de hoogte van een uiteindelijke boete (r.o. 89).

Na dit theoretisch kader te hebben neergezet oordeelt het Gerecht dat de Commissie het *legal privilege* op twee punten heeft geschonden: (i) door ondanks gemotiveerd protest van Akzo alle betrokken stukken aan een vluchtig onderzoek te onderwerpen, en door (ii) de stukken

B in hun geheel in te zien en bij het dossier te voegen, zonder Akzo in staat te stellen om hiertegen een effectief beroep in te stellen (r.o. 93-101).

#### Commentaar

De procedure zoals deze is vastgesteld door het Gerecht vormt een welkome verduidelijking omtrent de te nemen stappen bij een beroep op het *legal privilege*. Niet alleen voor de onderneming en haar advocaat, maar ook voor de Commissie. Hiermee zijn de rechten van de verdediging voldoende beschermd en bestaat geen reden meer om te touwtrekken over de te nemen stappen.

Het ziet er echter niet naar uit, dat de NMa dit heldere communautaire precedent zal omarmen voor haar nationale praktijk.

Hoe luidt de Nederlandse regeling op dit punt?

Artikel 5:20 lid 2 Awb bepaalt dat geheimhoudingsplichtigen de door artikel 5:20 lid 1 Awb verplicht gestelde medewerking aan een bestuursrechtelijk onderzoek kunnen weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. Omdat deze regel, als het gaat om het *legal privilege*, slechts door de advocaat kan worden ingeroepen, voorziet artikel 51 Mw in de spiegelbeeldige regeling, ten behoeve van de onderzochte onderneming.

Anders dan bij andere procedurele voorschriften is hiermee uitdrukkelijk beoogd aansluiting te zoeken bij de communautaire regels en dus bij AM&S en Hilti: "Naar mijn mening dient het niet zo te zijn dat de geschriften die bij een door de Commissie ingesteld onderzoek geen rol kunnen spelen, wel bij het toezicht op de naleving van de Nederlandse verbodsnormen betrokken zouden kunnen worden".<sup>6</sup> De wetgever heeft daarbij echter meteen verduidelijkt, dat de toezichthoudende ambtenaar "moet kunnen vaststellen of een beroep op artikel [51 Mw] terecht is".<sup>7</sup> Dit lijkt meer te zijn dan het 'vluchtig doornemen' dat nu door het Gerecht is verboden. In de praktijk is van een vluchtig onderzoek overigens geen sprake: de NMa pleegt tot nu toe stukken waarover onenigheid bestaat onverzegeld mee te nemen. In een latere fase wordt dan beslist of het stuk wel of niet gebruikt mag worden.

Een en ander geldt temeer als het gaat om digitale bestanden. Volgens de door de NMa toegepaste werkwijze worden integrale forensic images van gegevensdragers gemaakt en vervolgens ten kantore van de NMa verwerkt. Daarbij geeft de NMa aan dat ten aanzien van geprivilegieerde gegevens in forensic images het niet mogelijk is ter plaatse de betreffende bestanden te verwijderen, nu met het verwijderen van gegevens de digitale omgeving zou veranderen. De hiervoor door de NMa aangereikte oplossing is dat de onderneming achteraf, ten kantore van de NMa kan aangeven welke documenten geprivilegieerd zijn of een lijst met concrete zoektermen voor geprivilegieerde bestanden kan verstrekken.<sup>8</sup> Kritiek uit de praktijk op deze werkwijze<sup>9</sup> is beantwoord met de stelling dat de rechten van de verdediging afdoende worden beschermd door het niet

<sup>6</sup> Biesheuvel, Daalder en Van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 674 (MvT, p. 674).  
<sup>7</sup> *Ibidem*.

kunnen gebruiken van de betrokken stukken bij een eventuele beboeting.<sup>10</sup>

Een en ander is niet in overeenstemming met het *legal privilege*, zoals dit instituut, "dat alle lidstaten gemeen hebben" volgens het Gerecht moet worden verstaan.

Een gepaste oplossing zou derhalve zijn om ook hier de envelopprocedure toe te passen, zij het dat het bestuursrechtelijke kort geding hier achterwege zou kunnen blijven omdat het civiele kort geding een geschikt rechtsmiddel lijkt. Dan hoeft immers geen besluit te worden geconstrueerd waartegen in beroep moet worden gekomen. Voorwaarde is dan wel dat de civiele kort geding rechter een volledige toetsing toepast en zich niet, zoals in een ongelukkig precedent, terughoudend opstelt omdat hij vindt dat de kwestie zich uiteindelijk zal oplossen in de vraag of de betrokken stukken als bewijs gebruikt mochten worden.<sup>11</sup>

Eerder geopperde oplossingen, zoals het belasten van de klachtenfunctionaris van de NMa met de taak om bij dergelijke geschillen als scheidsman op te treden,<sup>12</sup> zullen ons inziens niet de gewenste bescherming bieden, omdat ondernemingen bij een dergelijke oplossingen gedwongen zouden worden te vertrouwen op door de NMa zelf opgerichte 'Chinese walls'.

Praktische problemen kunnen overigens met name bij de *forensic images* van digitale gegevensdragers worden verwacht. Voor een onderneming is het tijdens een inval over het algemeen lastig om precies aan te geven welke digitale bestanden naar haar oordeel onder het *legal privilege* vallen. De *forensic image* bevat immers mede bestanden die zijn gewist, maar waarvan de structuur toch bewaard is gebleven.<sup>13</sup> De onderneming zou dus bij gebrek aan wetenschap haast een algemeen beroep moeten doen op het *legal privilege* ten aanzien van alle op een drager opgenomen bestanden. Alleen op die wijze kan zij zeker stellen dat zij een dergelijk beroep heeft gedaan met betrekking tot de documenten die zelfs geen vluchtige blik kunnen verdragen. Een dergelijke wijze lijkt echter niet werkbaar. Allereerst zal de onderneming moeilijk ten aanzien van al haar digitale documenten haar beroep op het *legal privilege* gemotiveerd kunnen onderbouwen. Dit geldt zeker ten aanzien van documenten die zij zelf al heeft gewist en waarvan zij geen wetenschap meer heeft. Daarnaast zal dit ook voor de NMa geen werkbare methode zijn. De NMa zal dan geen enkel digitaal bestand mogen inzien totdat daarover is besloten, mogelijk door de rechter.

Het lijkt dus een veel betere oplossing om, conform de

werkwijze in de papieren wereld, ook voor digitale stukken te voorzien in een procedure waarbij bestanden afzonderlijk kunnen worden besproken, op het moment van de inval. De NMa zou dan ter plaatse kunnen overgaan tot het verwijderen van digitale geprivilegieerde bestanden.

De vraag is echter of bij de NMa de wil aanwezig is haar werkwijze aan te passen, ondanks de duidelijke wenken van het Gerecht met betrekking tot een onderwerp dat het Hof heeft aangemerkt als een fundamenteel beginsel dat in alle lidstaten wordt gewaarborgd en ondanks de uitdrukkelijke wil van de wetgever om op dit punt aan te sluiten bij de communautaire regeling.

### De status van advocaten in dienstbetrekking bij hun cliënt

Het arrest

Met betrekking tot stuk 4 rees de vraag of correspondentie tussen een onderneming en de Nederlandse figuur van de advocaat in dienstverband bij die onderneming beschermd is.

Hoewel het Hof in AM&S duidelijk heeft uiteengezet dat het *legal privilege* slechts kon worden ingeroepen met betrekking tot correspondentie met een "onafhankelijke advocaat, die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt" (r.o. 21), probeert Akzo verwarring te zaaien door te stellen dat het *privilege* volgens dat arrest toekomt aan iedere advocaat die gebonden is aan tuchtregels. Deze stelling wordt summier verworpen, met een beroep op de tekst van dat arrest.

De tweede stelling van Akzo c.s. was dat de AM&S rechtspraak in het licht van recente ontwikkelingen moet worden herzien, als het gaat om advocaten in dienstverband bij hun cliënt. Het Gerecht oordeelt echter dat er dienaangaande "geen uniforme tendensen of tendensen die in dit opzicht in de duidelijke meerderheid van de rechtstelsels van de lidstaten zijn terug te vinden, kunnen worden aangewezen" (r.o. 171). Een groot aantal lidstaten sluit immers uit dat personen in dienst van een bedrijf advocaat kunnen worden. Ook de stelling dat het nationale recht diende te prevaleren ten aanzien van het communautaire verschoningsrecht wordt door het Gerecht verworpen. Het communautaire mededingingsrecht is van vitaal belang voor een goede werking van de communautaire interne markt en hierbij is geen plaats voor een nationale invulling van het *legal privilege*. Bij een Europees kartelonderzoek kan een bedrijfsjurist zich dus niet beroepen op zijn bijzondere positie en geldt het *legal privilege* niet.

### Commentaar

Dit aspect van dit arrest heeft tot beroering geleid.<sup>14</sup> Het past echter bij de logica van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, die ongeschreven zijn en dus door de gemeenschapsrechter moeten worden ontwikkeld, dat deze rechter voor deze ontwikkeling te rade gaat bij

8 Werkwijze met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, Stcrt. 2003, 109, p. 30.

9 Van Duivenvoorde, aangehaald in 'NMa te voortvarend met digitaal detectiewerk' en 'NMa handelt in strijd met haar bevoegdheden' in Stcrt. 2003, 195, p. 1 en 7 en Speyart, noot bij Vznr. Den Haag 9 april 2003, HBG Civiel-Staat, AM 2003, p. 86.

10 Punt-Le Guellec en De Wild: 'Mededingingsonderzoek in het informatietijdperk', AM 2003, p. 125.

11 Vrzng. Den Haag 9 april 2003, HBG Civiel-Staat, AM 2003, p. 86 m.nt. Speyart.

12 Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 280.

13 Bij het 'wissen' geeft de betrokken toepassing slechts de instructie aan de besturingstoepassing om de betrokken plekken op de gegevensdrager als vrij en overschrijfbaar te markeren. Als op die plekken geen nieuwe bestanden zijn weggeschreven, kunnen de oude bestanden nog worden teruggevonden.

14 Koops en Vermeij: 'Communautair geknabbel aan verschoningsrecht', *Advocatenblad* 2007, p. 600.

de rechtscultuur van de lidstaten. Met 27 lidstaten zal deze rechtscultuur nu overigens noodzakelijkerwijs een andere zijn dan in 1982, toen wij nog met z'n negenen waren.

In Nederland speelt het probleem van de advocaten in dienstverband bij hun cliënt niet: artikel 5:20 lid 2 Awb is geformuleerd als open norm, die aanhaakt bij het begrip 'geheimhoudingsplichtige', terwijl artikel 51 Mw de geheimhouding toekent aan correspondentie met 'een advocaat die is toegelaten tot de balie'. In r.o. 176 merkt het Gerecht dan ook op dat stuk 4 naar Nederlands en Brits recht wel geprivilegieerd zou zijn.

Het Hof formuleerde het hier relevante vereiste in AM&S als volgt: "onafhankelijk, dat wil zeggen niet in dienst bij zijn cliënt." In de Nederlandse situatie is het compromis van de advocaat die enerzijds een eigen rol heeft in de rechtsbedeling en die anderzijds in dienst is bij zijn cliënt gevonden in het voor deze groep verplicht door de werkgever te ondertekenen "Professioneel statuut voor de advocaat in dienstbetrekking", dat in artikel 2 bepaalt dat "de werkgever de vrije en onafhankelijke beroepsbeoefening van de werknemer zal eerbiedigen".

Met zijn oordeel op dit punt scheidt het Gerecht een onderscheid tussen de Nederlandse advocaten die wel en die niet in dienst zijn bij hun cliënt: de eerste groep, de zogeheten Cohen-advocaten, zal in communautaire mededingingszaken minder bruikbaar zijn omdat de advisering van haar leden niet beschermd is. Dit is een onwenselijke ontwikkeling.

#### **De status van interne documenten die zijn opgesteld ten behoeve van het verkrijgen van een advies van een advocaat**

##### *Het arrest*

Het Gerecht stelt vast dat de stukken 1 en 2 geen correspondentie vormen met een advocaat (AM&S) en ook niet een interne nota waarin de inhoud van dergelijke correspondentie wordt weergegeven (Hilti, r.o. 118).

De vraag is dus of de groep van beschermwaardige stukken moet worden verbreed. Onder verwijzing naar het fundamentele karakter van de rechten van de verdediging past het Gerecht een *effet utile*-benadering toe: wil een onderneming op vertrouwelijke wijze een advocaat kunnen raadplegen, moet zij ook de daartoe noodzakelijke gegevens kunnen verzamelen (r.o. 122). Het Gerecht breidt de groep van beschermde stukken derhalve uit tot stukken die "zijn opgesteld met het uitsluitende doel om in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging juridisch advies te vragen aan een advocaat" (r.o. 123). Het voorbereiden van dergelijke stukken kan met name van belang zijn indien ze betrekking hebben op gebieden waarin zeer veel ingewikkelde gegevens een rol spelen, wat vaak het geval is bij procedures ten aanzien van artikel 81 en 82 EG (r.o. 122).

##### *Commentaar*

Dit lijkt op het eerste gezicht een uitbreiding van het *legal privilege*, maar het is zeer de vraag of dit in de

praktijk ook daadwerkelijk zo is. Het Gerecht geeft namelijk aan dat het *legal privilege* een beperking is op de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie, die de Commissie in staat stellen een einde te maken aan inbreuken op de mededingingsregels en deze inbreuken te bestraffen. Nu deze inbreuken ook over het algemeen in het geheim plaatsvinden en schadelijk zijn voor een goede werking van de gemeenschappelijke markt, moet het *legal privilege* ten aanzien van voorbereidende documenten restrictief worden uitgelegd. Het is hierbij aan de onderneming om te bewijzen dat de documenten daadwerkelijk het uitsluitende doel hebben om juridisch advies te vragen aan een advocaat en dit moet eenduidig blijken uit de inhoud van het document zelf of uit de context waarin deze documenten zijn voorbereid en gevonden (r.o. 124).

Uit de beoordeling van het Gerecht ten aanzien van de verschillende documenten in set A en set B blijkt wel dat het Gerecht de lat uiterst hoog legt. Allereerst kan het enkele feit dat gesproken is met een advocaat over een document daar geen bescherming aan verlenen (r.o. 123). Daarnaast zijn ook documenten die zijn opgesteld in het kader van een *compliance* programma niet beschermd. Dergelijke programma's bevatten volgens het Gerecht door hun omvang immers taken en informatie die vaak veel verder gaan dan de uitoefening van de rechten van de verdediging. Het feit dat een externe advocaat het programma heeft opgezet en ook coördineert, doet hier niets aan af (r.o. 127.)

Nu de documenten uit set A niet waren toegezonden aan een advocaat, maar aan een meerdere en de notitie ook niet was opgesteld op verzoek van een advocaat, maar naar aanleiding van een verzoek van die meerdere, vallen de documenten uit set A niet onder het *legal privilege* (r.o. 129). Het feit dat de handgeschreven notities op één van de twee notities verwijzen naar een gesprek met een advocaat, dit gesprek ook blijkt uit een activiteitenoverzicht van de advocaat, de advocaat hierover een interne notitie heeft opgesteld en de meerdere per fax additionele informatie heeft verzonden aan de advocaat, kunnen de documenten uit set A niet redderen. Volgens het Gerecht blijkt hier enkel uit dat een telefonisch gesprek heeft plaatsgevonden, maar niet dat de notitie met het uitsluitende doel is opgesteld om juridisch advies te vragen aan de advocaat (r.o. 128). Bovendien was geen vermelding in het document opgenomen dat het was opgesteld in het kader van het verkrijgen van juridisch advies van een advocaat en dat de conformiteit van praktijken met het mededingingsrecht moest worden onderzocht op de mogelijkheid van clementie (r.o. 130).

Nu de handgeschreven aantekeningen van set B betrekking hadden op de notitie van set A en aan deze notitie geen bescherming van vertrouwelijkheid is toegekend, kunnen ook de deze aantekeningen niet vallen onder het *legal privilege*. Akzo Nobel heeft ook niet kunnen aantonen dat deze aantekeningen waren opgesteld met het uitsluitende doel om juridisch advies te verkrijgen van een advocaat (r.o. 138-139). De handgeschreven aan-

tekeningen van set B vallen dus ook buiten de boot.

Dit komt allemaal wat formalistisch over: het gaat het Gerecht blijkbaar om de vraag of wordt vermeld dat het document is opgesteld in het kader van het verkrijgen van (mededingingsrechtelijk) advies van een advocaat. Indien bijvoorbeeld een moederonderneming binnen een concern het vermoeden heeft dat een dochteronderneming in strijd handelt met het mededingingsrecht, zal zij de dochteronderneming verzoeken om de interne gang van zaken te beschrijven. Indien zij de bevindingen uit dat document telefonisch bespreekt met de advocaat is een dergelijke situatie bijna gelijklopend met de feiten in het arrest. Dit document valt zodoende buiten de boot indien de dochteronderneming per ongeluk niet vermeldt dat het document is opgesteld ten behoeve van het verkrijgen van mededingingsrechtelijk advies. Mogelijk dat de dochteronderneming ook niet op de hoogte is gebracht door de moederonderneming van de reden van het document.

Het is in ieder geval raadzaam om cliënten te adviseren dat zij bij hun interne documentatie ten behoeve van advisering steeds aangeven dat de betrokken stukken geprivilegieerd zijn en dat zij zijn opgesteld 'met het uitsluitende doel in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging juridisch advies te vragen aan een advocaat'.

Een ander probleem dat door deze nieuwe categorie wordt veroorzaakt heeft betrekking op de zinsnede 'in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging'. Hoe staat het bijvoorbeeld met interne beraadslagingen ten behoeve van advisering over nevenrestricties, of over beperkingen in een overeenkomst die wegens te hoge marktaandeelen van partijen net niet binnen de werkingssfeer van een groepsvrijstellingsovereenkomst valt en dus individueel moet worden beoordeeld? Zouden die stukken volgens het Gerecht geprivilegieerd zijn, of gaat het dan niet om rechten van de verdediging?

### Slot

Dit arrest geeft duidelijkheid omtrent de hier besproken onderwerpen. De vraag is echter of die duidelijkheid zal worden doorgetrokken naar de Nederlandse nationaal-rechtelijke context.

De door het Gerecht vastgestelde procedurele onrechtmatigheden hebben overigens geen invloed op de rest van de analyse van het Gerecht: de stukken blijken hoe dan ook niet beschermd te zijn.

Met name bij het vraagstuk van de materiele reikwijdte van het *legal privilege* zien wij dat het Gerecht met een hand een uitbreiding geeft, maar met de andere hand de lat bij de toepassing van die uitbreiding dermate hoog legt dat het voordeel voor ondernemingen van zeer geringe betekenis zal zijn.

Zowel met het oog op de procedurele aspecten als met het oog op dit laatste aspect is het hoe dan ook aan te raden om cliënten diepgaand te instrueren over de inrichting van intern ten behoeve van advisering opgestelde stukken. Hetzelfde geldt voor alle correspondentie tussen externe advocaten en ondernemingen: reeds uit de externe kenmerken van die correspondentie (kenmerk, adressering, onderwerpregel) moet blijken dat zij geprivilegieerd is.

Akzo zal naar verluidt vragen om een hogere voorziening. Waar de President van het Hof in het kader van de voorlopige voorzieningprocedure ervan blijk heeft gegeven beduidend minder waarde te hechten aan het voorkomen van de schade die voor een onderneming kan voortvloeien uit het louter inzien van stukken door Commissieambtenaren is het echter maar de vraag of Akzo daarbij succes zal boeken.

Joost Fanoy en HMHS\*

\* NautaDutilh, Amsterdam.