

Jutd 2012/16 Arrest van het Hof van de Europese Unie (zaak C-477/10) d.d. 28 juni 2012 - Europese Commissie/Agrofert en Arrest van het Gerecht (zaak T-344/08) d.d. 22 mei 2012 - EnBW Energie Baden-Württemberg/ Europese Commissie

Jutd 2012/16 Arrest van het Hof van de Europese Unie (zaak C-477/10) d.d. 28 juni 2012 - Europese Commissie/Agrofert en Arrest van het Gerecht (zaak T-344/08) d.d. 22 mei 2012 - EnBW Energie Baden-Württemberg/ Europese Commissie

Jutd 2012/16 d.d. 13-09-2012

Auteur(s): mw. mr. N.J. Linssen, Van Iersel Luchtman Advocaten, 's-Hertogenbosch.

Toegang derden tot documenten concentratiecontrole en clementieverzoeken

In twee maanden tijd zijn arresten gewezen in het kader van toegang voor derden tot documenten in onderzoeken van de Commissie met betrekking tot de handhaving van het mededingingsrecht. Uitkomst van deze arresten is dat ondernemingen die een concentratie melden gerust kunnen zijn, dat geldt echter niet voor indieners van een clementieverzoek.

Het arrest van het Hof (Agrofert)

In het kader van de concentratiecontrole vergaart de Commissie gevoelige commerciële informatie zoals marktaandelen, omzetcijfers, verkoopcijfers en commerciële relaties. Mede op basis daarvan beoordeelt de Commissie of de concentratie de daadwerkelijke mededinging in de Unie op significante wijze zou kunnen belemmeren. Is dat niet het geval, dan keurt de Commissie de concentratie goed. Ruim een jaar na de goedkeuring van de overname van Unipetrol door PKN Orlen verzocht een minderheidsaandeelhouder van Unipetrol, Agrofert, de Commissie met een beroep op Verordening 1049/2001 ('Eurowob') om toegang tot de niet-openbare documenten overgelegd door Unipetrol en PKN Orlen in de notificatie en pre-notificatie procedure. De Commissie wees het verzoek van Agrofert af met een beroep op de uitzonderingen genoemd in artikel 4, lid 2, Eurowob. Volgens dit artikellid wordt een verzoek om toegang geweigerd gelet op, onder andere, de commerciële belangen van de (rechts) personen en het doel van inspecties en onderzoek. Het Gerecht vernietigde deze beschikking, omdat de Commissie had nagelaten ieder document concreet en daadwerkelijk te onderzoeken en te toetsen aan deze uitzonderingsgronden van de Eurowob. De Commissie kon volgens het Gerecht niet volstaan met een algemene en abstracte weigering vanwege de aard van de concentratiecontrole als gevolg waarvan de door de aanmeldende partijen overgelegde documenten noodzakelijkerwijs gevoelige informatie zouden betreffen.

In het arrest van 28 juni 2012 vernietigt het Hof dit onderdeel van het arrest. Dit is het eerste arrest waarin het Hof een uitspraak doet over de verhouding tussen de Eurowob en de Concentratieverordening. Het Hof overweegt dat deze verordeningen verschillende doelstellingen hebben en geen van beide voorrang heeft zodat de regels coherent moeten worden toegepast. Onder verwijzing naar het arrest in de TGI-zaak (C-139/07) betreffende de toegang tot documenten in een staatssteunprocedure, oordeelt het Hof dat uit de Verordeningen inzake concentratiecontrole (nr. 139/2004 en nr. 802/2004) een algemene aanname voortvloeit dat openbaarmaking van documenten in een concentratieprocedure in beginsel leidt tot ondermijning van de bescherming van de commerciële belangen van de aanmeldende partijen en van de bescherming van het doel van de onderzoeken in het kader van de concentratiecontrole. Een algemene toegang tot documenten in een concentratieprocedure kan het evenwicht in gevaar brengen tussen de verplichting om commerciële informatie te overleggen teneinde de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt te beoordelen enerzijds en het waarborgen van een verhoogde bescherming van die informatie op grond van de geheimhoudingsplicht en het zakengeheim anderzijds, aldus het Hof. Toegang tot documenten in een concentratieprocedure zou afbreuk doen aan het stelsel van concentratiecontrole. De Commissie mocht de door Agrofert gevraagde toegang derhalve op die grondslag weigeren.

Het arrest van het Gerecht (EnBW Energie Baden-Württemberg)

Een vergelijkbare algemene aanname wordt niet aanvaard, althans niet door het Gerecht, als het gaat om toegang tot documenten die betrekking hebben op een clementieverzoek. Dit volgt uit het arrest van 22 mei 2012 in de zaak EnBW Energie Baden-Württemberg ('EnBW'). EnBW stelt schade te hebben geleden als gevolg van een kartelafsprake tussen producenten van gasgeïsoleerd schakelmateriaal. Voor die kartelafsprake zijn de karteldeelneemsters in 2007 door de Commissie beboet. Om van de karteldeelneemsters een schadevergoeding te kunnen vorderen, verzocht EnBW de Commissie op grond van de Eurowob om toegang tot, onder meer, documenten door karteldeelneemsters verstrekt in het kader van clementieverzoeken. De Commissie wees dit verzoek af met een beroep op de uitzonderingen opgenomen in artikel 4, lid 2 Eurowob, namelijk bescherming van het doel van het onderzoek en de commerciële belangen van partijen. Volgens de Commissie strekt artikel 4, lid 2, Eurowob zich ook uit tot de bescherming van het clementieprogramma. Openbaarmaking van clementieverzoeken en daaraan gerelateerde documenten kan ondernemingen afschrikken om in de toekomst vrijwillig mee te werken aan een kartelonderzoek in ruil voor (gedeeltelijke) boete-immuniteit. De bescherming van de vertrouwelijkheid is volgens de Commissie een voorwaarde voor de doeltreffende vervolging van kartelinbreuken.

Het Gerecht volgt de Commissie niet. De uitzonderingen van artikel 4 Eurowob moeten volgens het Gerecht strikt worden uitgelegd en toegepast. De handhaving van het mededingingsrecht door middel van het clementieprogramma valt niet onder het bereik 'doel van onderzoeken' zodat het clementieprogramma volgens het Gerecht geen te beschermen belang kan zijn. Het Gerecht merkt daarbij nog op dat het clementieprogramma niet het enige middel is om de inachtneming van de mededingingsregels te waarborgen, ook schadevergoedingsacties kunnen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Unie.

Het argument van de Commissie dat documenten ingediend in het kader van een clementieverzoek noodzakelijkerwijs commerciële gegevens bevatten en de vertrouwelijkheid al is onderzocht in het mededingingsonderzoek, verworpt het Gerecht eveneens. Het algemene beginsel om het publiek een zo ruim mogelijke toegang tot documenten in het bezit van de instellingen te geven, wordt volgens het Gerecht belet indien wordt aangenomen dat elke informatie betreffende een onderneming en haar zakenrelaties onder de bescherming van de commerciële belangen zou vallen. Vervolgens gaat het Gerecht na of documenten verstrekt in het kader van clementieverzoeken in deze zaak onder het begrip commerciële belangen vallen. EnBW stelt dat de gegevens zodanig verouderd zijn dat de ondernemingen door openbaarmaking daarvan niet meer in hun belangen kunnen worden geraakt. Onder verwijzing naar de 'Mededeling betreffende de regels voor toegang tot het dossier in mededingingszaken', overweegt het Gerecht dat de Commissie zelf stelt dat informatie haar commerciële belang door tijdsverloop kan verliezen. In die Mededeling is opgenomen dat informatie over omzet, verkopen, marktaandeelgegevens en vergelijkbare informatie die meer dan vijf jaar oud is, in het algemeen niet langer vertrouwelijk is. De informatie waarvan EnBW inzage verzocht had betrekking op de commerciële activiteiten van de karteldeelneemsters van 1988 tot 2004. Hoewel ook volgens het Gerecht geen sprake kan zijn van een strikte regel dat elke feitelijke informatie ouder dan vijf jaar de commerciële belangen niet kan aantasten, verhoogt het feit dat de informatie zekere ouderdom heeft dat de commerciële belangen niet meer zullen worden aangetast. De Commissie is in dat geval verplicht om ieder document concreet en afzonderlijk te toetsen aan de uitzonderingsgrond en kan niet volstaan met een algemene beoordeling van de documenten. Nu de Commissie had nagelaten de documenten individueel te beoordelen, vernietigt het Gerecht de beschikking van de Commissie.

Conclusie

Steeds vaker doen derden een beroep op de Eurowob om toegang te verkrijgen tot documenten die de Commissie in het kader van de handhaving van het mededingingsrecht bezit. Heeft het verzoek betrekking op toegang tot documenten in een concentratie- of staatssteunprocedure, dan kan de Commissie volstaan met een afwijzing gegrond op een

algemene aanname dat toegang tot die documenten de bescherming van de commerciële belangen van (de aanmeldende) partijen aantast en afbreuk doet aan het stelsel van concentratie- respectievelijk staatssteuncontrole. Bij de beoordeling van een verzoek om toegang tot documenten verstrekt in het kader van een clementieverzoek, kan de Commissie niet volstaan met een dergelijke afwijzing. Dit is in lijn met het arrest van het Hof in de zaak *Pfleiderer* (C-360/09). De Commissie moet die documenten volgens het Gerecht concreet en individueel analyseren en toetsen aan de uitzonderingsgronden van de Eurowob. Voor zover die documenten gegevens bevatten die meer dan vijf jaar oud zijn, legt het Gerecht de Commissie daarenboven een hoge bewijslast op. Hoe ouder de gegevens, hoe minder waarschijnlijk dat de commerciële belangen kunnen worden aangetast door openbaarheid van die gegevens. De Commissie kan daarbij niet terugvallen op de (eerdere) beoordeling van de vertrouwelijkheid van die gegevens in de mededingingsprocedure. Zoals het Gerecht ook in dit arrest nog eens benadrukt, wordt het voorkomen van schadevergoedingsacties niet aangemerkt als een te beschermen commercieel belang.

Op het moment dat een derde ter voorbereiding van schadevergoedingsacties toegang vraagt tot documenten overgelegd bij clementieverzoeken, zullen de gegevens in die documenten al snel ouder dan vijf jaar zijn. Karteldeelnemers die overwegen een clementieverzoek te doen moeten dus rekening houden met een toenemend risico dat documenten worden vrijgegeven die kunnen leiden tot schadevorderingen. De Commissie is voor de aanpak van kartels echter vooral afhankelijk van clementieverzoeken. Zonder clementieverzoeken zullen beduidend minder kartels worden onthuld en zullen dus ook minder *follow-on* procedures en daarmee minder schadevergoedingsacties mogelijk zijn. Een strikte uitleg van de uitzonderingen in de Eurowob kan dus wel degelijk afbreuk doen aan de doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht. Ondernemingen zullen in elk geval een goed doordachte afweging moeten maken tussen de voordelen van het verkrijgen van immuniteit of boetevermindering tegen de mogelijkheid dat documenten en bewijzen aan partijen worden verstrekt die op basis daarvan schadevergoedingsacties kunnen instellen.