

Hof van Justitie eist in de cementzaken een steviger fundament onder inlichtingenverzoeken

Mr. J.W. Fanoy en mr. T. Raats*

In de cementzaken concludeert het Hof van Justitie dat de Europese Commissie haar inlichtingenverzoek onvoldoende had gemotiveerd. In dit artikel wordt de verwachte impact van deze uitspraak besproken. Daarnaast gaan auteurs in op (rechts)vragen die het arrest oproept.

- HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149
- HvJ 10 maart 2016, zaak C-248/14 P, *Schwenk*, ECLI:EU:C:2016:150
- HvJ 10 maart 2016, zaak C-267/14 P, *Buzzi Unicem*, ECLI:EU:C:2016:151
- HvJ 10 maart 2016, zaak C-268/14 P, *Italmobiliare*, ECLI:EU:C:2016:152

Inleiding

In augustus 2014 bespraken wij de uitspraken van het Gerecht in de cementzaken.¹ Onze conclusie destijds was tweeledig. Enerzijds toonde het Gerecht zich bereid om inhoudelijk te toetsen of de Europese Commissie op goede gronden stelde een voldoende ernstige aanwijzing van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht te hebben. Een dergelijke inhoudelijke toetsing is, gelet op het grote belang van de rechten van de verdediging van de onderzochte ondernemingen, zonder meer toe te juichen. Anderzijds liet de uitspraak van het Gerecht de nodige vragen ten aanzien van de rechten van de onderzochte ondernemingen onbeantwoord. Een belangrijke vraag is op welke wijze kan worden voorkomen dat deze ondernemingen onherstelbare schade lijden op het

moment dat zij geconfronteerd worden met een informatieverzoek dat mogelijk een *ex-post* inhoudelijke toets niet kan doorstaan.

Inmiddels heeft het Hof van Justitie geoordeeld over het hoger beroep van een aantal van de cementproducenten.² De vraag dringt zich op of het Hof van Justitie een stap zet waarmee dergelijke schade kan worden voorkomen. Een relevante vraag in dat kader is of de gevolgen van het arrest een breder toepassingsgebied hebben dan de cementzaken of dat het oordeel onlosmakelijk is verbonden met de specifieke feiten van dit onderzoek.

In dit artikel gaan wij in op de arresten van het Hof van Justitie. Wij merken op dat de arresten in essentie gelijkkluidend zijn. Ten behoeve van dit artikel houden wij de bewoordingen van het arrest in de zaak van HeidelbergCement aan. Waar wij refereren aan ‘het arrest’ of ‘de arresten’, doelen wij op de inhoudelijk gelijkkluidende arresten van het Hof van Justitie in de cementzaken. We besteden daarbij, uiteraard, aandacht aan hetgeen het Hof van Justitie overweegt in het arrest. Daarnaast gaan we in op de verwachte effecten van het arrest, met name de vraag of deze de overwegingen van het Hof van Justitie een breder toepassingsgebied hebben dan deze specifieke casus. Ten slotte gaan we in op hetgeen het Hof van Justitie juist niet overweegt. Het Hof van Justitie behandelt namelijk slechts een van de beroepsgronden van de rekwiranten terwijl uit de conclusies van advocaat-generaal Wahl blijkt dat zij daarnaast nog enkele interessante argumenten hadden opgeworpen in de procedure. Ook bij de bespreking van de conclusie van de advocaat-generaal gaan wij uit van de tekst in de zaak van HeidelbergCement.

349

* Mr. J.W. (Joost) Fanoy is partner binnen de afdeling Mededinging & aanbesteding van BarentsKrans. Mr. T. (Tim) Raats is advocaat-medewerker bij Maverick Advocaten.

1. J. Fanoy en T. Raats, ‘De Cementzaken: inlichtingenverzoek via artikel-18-brief pas na redelijke verdenking, maar (helaas) zonder rechterlijke toetsing vooraf’, *MP* 2014, nr. 5.

2. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149; HvJ 10 maart 2016, zaak C-248/14 P, *Schwenk*, ECLI:EU:C:2016:150; HvJ 10 maart 2016, zaak C-267/14 P, *Buzzi Unicem*, ECLI:EU:C:2016:151; HvJ 10 maart 2016, zaak C-268/14 P, *Italmobiliare*, ECLI:EU:C:2016:152.

Achtergrond

Voordat wij toekomen aan de inhoudelijke bespreking van het arrest, behandelen we eerst, kort, de achtergrond van de zaak, de inhoud van het bestreden besluit en de uitspraak van het Gerecht.

De voorgeschiedenis van de uitspraak van het Hof van Justitie is als volgt. De Commissie heeft in november 2008 en september 2009 inspecties verricht bij een aantal ondernemingen binnen de cementsector. Na die inspecties heeft de Commissie op 30 september 2009 en op 27 april 2010 verzoeken om inlichtingen toegezonden aan ondernemingen binnen die sector. Deze eerste twee informatieverzoeken waren ‘eenvoudige verzoeken’ gebaseerd op artikel 18 lid 2 Verordening EG (nr.) 1/2003 (hierna: Vo. 1/2003). In het najaar van 2010, op 8 november, zond de Commissie een bericht aan de ondernemingen dat zij voornemens was om bij beschikking, op grond van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003, nadere informatie te verzoeken. Voordat dit informatieverzoek werd toegezonden heeft de Commissie op 6 december 2010 een procedure ingeleid tegen acht van de onderzochte ondernemingen wegens vermoede inbreuken op artikel 101 VWEU. Uiteindelijk heeft de Commissie op 30 maart 2011 het besluit vastgesteld waarmee zij informatie verzocht op grond van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003.

Het Besluit

Het laatste besluit vormt het onderwerp van de uitspraak van het Hof van Justitie. In het besluit verzoekt de Commissie aan de geadresseerden om elf reeksen vragen te beantwoorden (in totaal 94 pagina’s aan vragen), binnen een termijn van twaalf weken voor de eerste tien reeksen vragen, en een termijn van twee weken voor de elfde reeks. Uit, met name, de conclusie van de advocaat-generaal blijkt dat in de vragenlijsten buitengewoon veel vragen werden gesteld over uiteenlopende onderwerpen. Daarbij werd over verschillende onderwerpen uitgebreide en gedetailleerde informatie gevraagd.

Aan het besluit lag een tamelijk generieke motivering ten grondslag:

‘(1) De Commissie voert op dit moment een onderzoek naar vermeend mededingingsversturend gedrag in de sector van het cement, producten op basis van cement en andere materialen die worden gebruikt bij de productie van cement en van producten op basis van cement (...) in de Europese Unie/de Europese Economische Ruimte (EU/EER).

(2) (...) De vermoede inbreuken betreffen beperkingen van de handelsstromen in de Europese Economische Ruimte (EER), met name beperkingen van de invoer in de EER vanuit landen buiten de EER, verdeling van de markten, onderlinge prijsafstemming en andere aanverwante mededingingsversturende praktijken op de cementmarkt en de markten voor aanverwante producten. Indien het bestaan ervan

wordt bevestigd, kunnen deze handelingen een inbreuk vormen op artikel 101 VWEU en/of op artikel 53 van de EER-Overeenkomst.’

Het Gerecht

In de uitspraken van het Gerecht van 14 maart 2014 kwam, onder meer, deze motivering van de Commissiebeschikking aan de orde. Wij merken op dat in de verschillende uitspraken van het Gerecht niet geheel dezelfde bewoordingen werden gebruikt en niet steeds dezelfde twistpunten aan de orde waren. In het navolgende behandelen wij daarom kort een aantal aspecten die in het kader van de bespreking van het arrest van het Hof van Justitie van belang zijn.

Het Gerecht onderscheidde twee afzonderlijke fases in de administratieve procedure bij de Commissie: ten eerste het vooronderzoek en ten tweede de fase op tegenspraak.³ In de vooronderzoeksfase kan de Commissie alle relevante bewijzen verzamelen om vast te stellen of sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels. Dat brengt noodzakelijkerwijs met zich mee dat de Commissie enkel die gegevens kan opvragen die voor haar nuttig kunnen zijn bij de verificatie van de vermoede inbreuk(en).⁴ Het Gerecht behandelde vervolgens de vereiste motivering van maatregelen tijdens het vooronderzoek. Het Gerecht overwoog als volgt.

‘37 Gelet op het voorgaande kan de Commissie niet worden verplicht om in de fase van het vooronderzoek naast de vermoedens omtrent het bestaan van een inbreuk die zij wenst te verifiëren, ook de aanwijzingen mee te delen, dat wil zeggen de feiten die haar ertoe hebben gebracht om aan te nemen dat artikel 101 VWEU mogelijk is geschonden. Een dergelijke verplichting zou immers afbreuk doen aan het door de rechtspraak gevestigde evenwicht tussen het behoud van de doeltreffendheid van het onderzoek en de bescherming van de rechten van verdediging van de betrokken onderneming.’⁵

Voorop staat dat de Commissie de vermoedens zal moeten vermelden die zij door middel van het onderzoek wenst te verifiëren. De Commissie is echter niet gehouden om tijdens het vooronderzoek besluiten te motiveren onder verwijzing naar de aanwijzingen waarover zij beschikt ten aanzien van die vermoedens, aldus het Gerecht. Daartegenover staat het algemene beginsel van

3. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-296/11, *Cementos Portland Valderri-vas*, ECLI:EU:T:2014:121, punt 33; ten behoeve van de leesbaarheid van dit artikel citeren wij een Nederlandstalige versie van de uitspraak van het Gerecht, zie in gelijke zin evenwel: Gerecht 14 maart 2014, zaak T-302/11, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:T:2014:128, punt 31.

4. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-296/11, *Cementos Portland Valderri-vas*, ECLI:EU:T:2014:121, punt 36; zie ook Gerecht 14 maart 2014, zaak T-302/11, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:T:2014:128, punt 34.

5. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-296/11, *Cementos Portland Valderri-vas*, ECLI:EU:T:2014:121; zie ook Gerecht 14 maart 2014, zaak T-302/11, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:T:2014:128, punt 37.

Unierecht dat bescherming moet worden geboden tegen buitensporige of willekeurige maatregelen van het openbaar gezag. Een inlichtingenverzoek voldoet alleen dan aan dit algemene beginsel als het ziet op inlichtingen die voor de Commissie nuttig kunnen zijn bij de verificatie van de vermoedens omtrent het bestaan van een inbreuk die het onderzoek rechtvaardigen en die in het verzoek om inlichtingen zijn genoemd:

‘40 Een besluit waarbij om inlichtingen wordt verzocht, voldoet slechts aan dit algemene beginsel indien het beoogt de noodzakelijke bewijsstukken te verzamelen om de juistheid en de strekking na te gaan van een bepaalde situatie feitelijk en rechtens waarover de Commissie reeds gegevens in haar bezit heeft die voldoende ernstige aanwijzingen vormen voor de verdenking van een inbreuk op de mededingingsregels (zie in die zin en naar analogie arrest Hof van 22 oktober 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punten 54 en 55).’⁶

Omtrent de inhoud van de aanwijzingen overwoog het Gerecht dat in de vooronderzoeksfase niet van de Commissie kan worden geëist dat zij beschikt over gegevens die de inbreuk aantonen. Het is voldoende dat die gegevens een redelijke verdenking doen ontstaan die de onderzoeksmaatregelen rechtvaardigen.⁷ Na deze algemene overwegingen kwam het Gerecht toe aan een beoordeling van de aanwijzingen waarover de Commissie beschikte voorafgaand aan de inlichtingenverzoeken. Het Gerecht kwam tot de conclusie dat deze aanwijzingen voldoende ernstig waren om rechtsgeldig inlichtingenverzoeken aan de onderzochte ondernemingen te zenden. In de zaak van *HeidelbergCement* overwoog het Gerecht ten slotte dat de toelichting bij het besluit van zeer algemene aard was. Dat deed evenwel, in de visie van het Gerecht, niet af aan de conclusie dat het besluit voldoende was gemotiveerd.⁸

Het arrest

De (summiere) motivering van het bestreden besluit dat wij hiervoor citeerden, is het belangrijkste twistpunt dat in het arrest van het Hof van Justitie wordt behandeld. Rekwranten hebben betoogd dat het Gerecht is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het Commissiebesluit niet ontoereikend was gemotiveerd.⁹

Bij de beoordeling van het middel roept het Hof van Justitie de algemene uitgangspunten omtrent de motivering van handelingen van de Unie in herinnering. Die

motivering moet zijn aangepast aan de aard van de betrokken handeling. Daarbij moet de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen; in essentie, de motivering kan toetsen. Toetsing van de motiveringsplicht dient te gebeuren aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹⁰

Specifiek ten aanzien van het inlichtingenverzoek wijst het Hof van Justitie op de volgende elementen van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003:

‘18 Volgens deze bepaling “vermeldt [de Commissie] de rechtsgrond voor en het doel van het verzoek, specificiert welke inlichtingen vereist zijn en stelt de termijn vast voor het verstrekken van deze inlichtingen”. Verder, aldus deze bepaling, vermeldt de Commissie “ook de sancties bedoeld in artikel 23 en (...) de sancties bedoeld in artikel 24 of legt [zij] deze laatste sancties op” en vermeldt de Commissie “tevens het recht om bij het Hof van Justitie beroep tegen de beschikking in te stellen”.’¹¹

De crux zit hem in de omschrijving van het doel van het verzoek. In dat kader is de Commissie niet verplicht om alle inlichtingen te vermelden waarop zij een vermoeden van een inbreuk baseert. Van de Commissie wordt evenmin verwacht dat zij een uitgebreide juridische kwalificatie geeft van de vermoede inbreuken. Zij moet echter wel duidelijk omschrijven welke vermoedens zij voornemens is te verifiëren door middel van het informatieverzoek.¹²

Vervolgens komt het Hof van Justitie toe aan de vraag of het Gerecht is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door in dit concrete geval te oordelen dat het besluit afdoende was gemotiveerd. Het komt daarbij, in essentie, aan op een afweging van de reikwijdte van het informatieverzoek en de daarvoor gegeven motivering. Het Hof van Justitie overweegt dat de informatieverzoeken buitengewoon veel vragen bevatten ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen. Uit de besluiten blijkt echter niet duidelijk en ondubbelzinnig van welke inbreuken de onderzochte ondernemingen worden verdacht.¹³ De Commissie volstond in haar besluiten met de hiervoor geciteerde algemene omschrijving van inbreuken ten aanzien van een brede groep producten.

Het Hof van Justitie overweegt dat een dergelijke, generieke, motivering de ondernemingen niet in staat stellen

6. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas*, ECLI:EU:T:2014:121.

7. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas*, ECLI:EU:T:2014:121, punt 43.

8. Gerecht 14 maart 2014, zaak T-302/11, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:T:2014:128, punt 42.

9. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punt 15.

10. Onder verwijzing naar HvJ 2 april 1998, zaak C-367/95 P, *Commissie/Sytraval en Brink's France*, ECLI:EU:C:1998:154, punt 63; HvJ 25 juni 2014, zaak C-37/13 P, *Nexans en Nexans France*, ECLI:EU:C:2014:2030, punten 31-32.

11. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149.

12. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punt 21, onder verwijzing naar HvJ 25 juni 2014, zaak C-37/13 P, *Nexans en Nexans France*, ECLI:EU:C:2014:2030.

13. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punten 26-27.

om voldoende nauwkeurig vast te stellen welke producten het voorwerp van het onderzoek uitmaken en welke vermoede inbreuken de vaststelling van dit besluit rechtvaardigen. De betrokken onderneming en de Unierechter zijn op basis van een dergelijke motivering niet in staat om na te gaan of de gevraagde inlichtingen noodzakelijk zijn voor het onderzoek.¹⁴

De Commissie betoogde dat het besluit tot inleiding van een procedure (dat op 6 december 2011 werd genomen), behoorde tot de context van het informatieverzoek en dat de daarin opgenomen omschrijving van de vermoede inbreuken moest worden betrokken bij de beoordeling van de motivering van de informatieverzoeken. Het Hof van Justitie is het met de Commissie eens dat het besluit tot inleiding van de procedure tot de relevante context van het informatieverzoek behoort. Dat gegeven kan de Commissie echter niet baten. Het besluit van 6 december 2011 was immers nauwelijks minder vaag en generiek gemotiveerd dan het informatieverzoek.¹⁵

Ten slotte wees de Commissie op de fase van de procedure waarin een informatieverzoek wordt gedaan. De Commissie merkte, op zichzelf terecht, op dat een informatieverzoek doorgaans wordt gedaan voorafgaand aan de punten van bezwaar, in de fase dat de Commissie niet over uitgebreide feiten beschikt om haar vermoedens te staven. Het Hof van Justitie verwijst in dat kader naar zijn rechtspraak op het gebied van inspectiebesluiten. Aangezien inspecties doorgaans plaatsvinden in een vroegtijdig stadium van het onderzoek, kan de Commissie bij de motivering van inspectiebesluiten volstaan met een tamelijk summier motivering. Die summier motivering wordt echter voornamelijk gerechtvaardigd door het moment waarop inspecties doorgaans plaatsvinden; aan het begin van het onderzoek ten einde het eerste vermoeden van een inbreuk te toetsen.¹⁶

In het onderhavige geval werd het aangevallen informatieverzoek toegezonden meer dan twee jaar nadat de eerste inspecties plaatsvonden. Daarbij komt dat de Commissie al twee eerdere informatieverzoeken had gezonden aan de onderzochte ondernemingen. In dat stadium van het onderzoek kan de Commissie niet volstaan met een zeer summier en generieke motivering van het besluit. De Commissie beschikte inmiddels over meer informatie en was dan ook in de positie om haar besluit nauwkeuriger te motiveren.¹⁷

Het Hof van Justitie concludeert dan ook dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat het Commissiebesluit voldoende was gemotiveerd. De eerste grief van rekwiranten slaagt daarmee en het bestreden arrest wordt vernietigd.

14. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punt 31.

15. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punten 32-36.

16. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punten 37-38.

17. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punt 39.

Commentaar

In onze annotatie voor de arresten van het Gerecht in de cementzaken concludeerden we dat de bereidheid van het Gerecht om de besluiten van de Commissie aan een inhoudelijke toets te onderwerpen, is toe te juichen. Het Hof van Justitie zet de volgende stap en concludeert, op basis van een inhoudelijke toets, dat het besluit van de Commissie onvoldoende is gemotiveerd.

Gelet op de achtergrond van de zaak is die conclusie ook niet verwonderlijk, en wederom toe te juichen. De feiten van de zaak (de uitgebreide aard van de informatieverzoeken, de feiten die de Commissie inmiddels had verzameld, en het stadium van het onderzoek waarin het informatieverzoek werd toegezonden) rechtvaardigen immers een aanzienlijk uitgebreidere motivering dan die welke door de Commissie aan haar verzoek ten grondslag werd gelegd.

Die feitelijke achtergrond van de cementzaken roept echter de vraag op of de gevolgen van het arrest beperkt blijven tot deze zaak en zaken die, qua feitencomplex, sterk lijken op de cementzaken. Interessant in dat kader zijn de uitlatingen in de pers van de Commissie na de uitspraken van het Gerecht en het Hof van Justitie. Na de uitspraken van het Gerecht in de cementzaken benadrukte de Commissie het belang van de uitspraken en ontleende daaraan dat het Gerecht bevestigde dat de Commissie grote vrijheid had bij het vaststellen van de informatie die noodzakelijk was voor het onderzoek. Na de uitspraken van het Hof van Justitie gaf de Commissie aan dat de impact van de uitspraken waarschijnlijk beperkt zou blijven tot de specifieke situatie van de cementzaken.¹⁸

Impact

Vooropgesteld moet worden dat het arrest een beperkte impact heeft voor de rekwiranten zelf. Het onderzoek naar de cementproducenten werd op 31 juli 2015 gesloten zonder dat boetes werden opgelegd.¹⁹ De relevante vraag is dan ook of de conclusies van het Hof van Justitie een weerslag hebben op toekomstige onderzoeken van de Commissie.

De conclusies van het Hof van Justitie zijn vrij algemeen van aard en kunnen in beginsel dan ook worden toegepast op toekomstige informatieverzoeken. In zoverre legt het Hof van Justitie dan ook een zwaardere maatstaf aan dan de maatstaf die de Commissie in het verleden als uitgangspunt nam. Het valt echter nog te bezien waar de Unierechter uiteindelijk de grens zal trekken voor de vereiste motivering van besluiten strekkende tot een informatieverzoek. Immers, de situatie die in deze concrete casus speelde, was vrij extreem. De Commissie beschikte, uit hoofde van de eerdere informatieverzoeken en de inspecties, over veel informatie met betrekking tot de vermoede inbreuken. Daarbij had zij, sinds

18. Zie onder meer: <www.wsj.com/articles/top-court-deals-blow-to-eu-antitrust-watchdog-1457615924>.

19. Bericht van de Europese Commissie in zaak AT.39520 van 31 juli 2015, gepubliceerd op 14 augustus 2015.

de inspecties, al twee jaar kunnen broeden op de zaak. Door in die omstandigheden te volstaan met een generieke motivering van het besluit treedt de Commissie duidelijk buiten het kader dat het Hof van Justitie in het cementarrest beschrijft.

Het is minder evident hoe de Unierechter zal oordelen over een tamelijk generieke motivering van een informatieverzoek dat in een eerder stadium van het onderzoek wordt verzonden. De timing van het verzoek, en de informatie waarover de Commissie reeds beschikte, speelt immers een belangrijke rol in de overweging van het Hof van Justitie. In dat kader verwijst het Hof van Justitie in rechtsoverweging 38 naar de rechtspraak omtrent inspectiebesluiten. Het Hof van Justitie overweegt, kort gezegd, dat inspectiebesluiten doorgaans een minder exacte motivering vereisen. Die maatstaf wordt echter mede gerechtvaardigd door het tijdstip waarop een inspectie plaatsvindt: aan het begin van het onderzoek, op een tijdstip waarop de Commissie nog niet over precieze gegevens beschikt.²⁰

Op het moment dat een informatieverzoek wordt gedaan in dezelfde fase van het onderzoek als een inspectie, ligt het voor de hand, gelet op de motivering van het Hof van Justitie, dat de Commissie aan minder strikte motiveringseisen zou worden gehouden. De conclusie van advocaat-generaal Wahl biedt steun voor dit vermoeden. In zijn conclusie verwijst hij naar dezelfde overweging uit het arrest *Nexans en Nexans France*²¹ die het Hof van Justitie aanhaalt. Wahl overweegt dat de beginselen die zijn geformuleerd in *Nexans en Nexans France* van overeenkomstige toepassing zijn op inlichtingenbesluiten in de zin van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003. Beide maatregelen streven hetzelfde doel na en zijn bedoeld om feiten te verzamelen. Ondanks de niet identieke formulering van de bepalingen concludeert Wahl dat een uniforme lezing van de betrokken bepalingen in de rede ligt.²²

Gelet op de overwegingen van het Hof van Justitie, mede in het licht van de conclusie van de advocaat-generaal, ligt het voor de hand dat voor informatieverzoeken in een eerder stadium een gelijkaardige motivering wordt vereist als voor inspectiebesluiten.

Dat alles neemt niet weg dat het, ook in een eerder stadium van het onderzoek, voor ondernemingen essentieel is om een voldoende gemotiveerd informatieverzoek te ontvangen. Ook in de eerste fases van het onderzoek moet de bewuste onderneming immers in staat zijn om te voorzien wat de strekking van het besluit is en moet de rechter in staat worden gesteld om een inlichtingenbesluit eventueel te toetsen. Zoals De Vries eerder schreef in het kader van inspectiebesluiten: de motivering vormt de basis voor de vereiste effectieve toetsing van een dergelijk besluit.²³ Er zal dus onder alle omstan-

digheden, ook in een vroeg stadium van het onderzoek, een minimum aan motivering moeten worden gegeven. Uit de arresten in de cementzaken blijkt, ons inziens, dat de lat voor de motivering van inlichtingenverzoeken vervolgens geleidelijk hoger komt te liggen naarmate het onderzoek van de Commissie vordert.

Met het aanzienlijke *advantage of hindsight* kan dus worden geconstateerd dat het Hof van Justitie in deze zaak tot een logische conclusie komt. Gelet op de timing van het besluit en de gegevens waarover de Commissie beschikte, lag het op haar weg om een dermate gedetailleerd informatieverzoek preciezer te motiveren dan dat zij heeft gedaan. Die verplichting heeft een breder toepassingsbereik dan enkel de onderhavige zaak en zal dan ook zeker haar weerslag hebben op de praktijk van de Commissie. Of de uitspraken in de praktijk een groot effect zullen hebben, valt echter nog te bezien. Daarvoor is met name van belang of de Commissie in minder extreme situaties ook een preciezere motivering voor de besluiten zal geven. En, zo niet, of de Unierechter in dergelijke situaties zal oordelen dat de Commissie niet heeft voldaan aan de op haar rustende motiveringsplicht.

Simpel verzoek

Een tweede vraag omtrent de impact van de uitspraken is of de redenering van het Hof van Justitie zich uitstrekt tot simpele informatieverzoeken op grond van artikel 18 lid 2 van Vo. 1/2003.

Gelet op de tekst van artikel 18 lid 2 en lid 3 Vo. 1/2003 is er geen reden om aan te nemen dat voor de motivering van een simpel informatieverzoek een andere motiveringsmaatstaf geldt dan voor een inlichtingenbesluit. In beide gevallen vermeldt de Commissie 'de rechtsgrond voor en het doel van het verzoek, specificereet zij welke inlichtingen vereist zijn en stelt zij de termijn vast' voor het verstrekken van de inlichtingen.

Anderzijds zijn steekhoudende redenen aan te voeren waarom voor een simpel verzoek een mindere motivering is vereist. De voornaamste reden voor een gedegen motivering van een informatieverzoek is, ons inziens, gelegen in het waarborgen van de verdedigingsrechten van de betrokken ondernemingen. De motivering dient hen in staat te stellen om te bepalen of het verzoek gerechtvaardigd is en om hun inzicht te geven in de omvang van de medewerkingsverplichting.²⁴ Zoals hiervoor reeds toegelicht is daarnaast een groot belang gelegen in de rechterlijke toetsing van inlichtingenbesluiten. Aangezien een simpel informatieverzoek geen besluit inhoudt dat getoetst kan worden door de Unierechter, valt die reden voor een gedegen motivering weg.

Daarnaast is van belang dat de waarborgen van artikel 6 lid 1 van het EVRM niet van toepassing lijken te zijn op simpele verzoeken. Aangenomen wordt dat deze waarborgen enkel gelden op het moment dat ondernemingen

20. HvJ 25 juni 2014, zaak C-37/13 P, *Nexans en Nexans France*, ECLI:EU:C:2014:2030, punten 36-37.

21. HvJ 25 juni 2014, zaak C-37/13 P, *Nexans en Nexans France*, ECLI:EU:C:2014:2030.

22. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 32-33.

23. Y. de Vries, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie scherpesteld', *NtEr* 2015/3, p. 66.

24. HvJ 10 maart 2016, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149, punt 19.

worden gedwongen informatie te verschaffen.²⁵ Die gedachte in de literatuur wordt ondersteund door rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin grote waarde wordt gehecht aan de dwang (*compulsion*) die gepaard gaat met een verhoor.²⁶ Daarnaast heeft het Hof van Justitie reeds bepaald dat het verbod op zelfincriminatie niet van toepassing is in gevallen waarin de Commissie informatie opvraagt op basis van een simpel verzoek.²⁷

Aangezien het verbod op zelfincriminatie en de waarborgen van het EVRM niet lijken te zien op simpele verzoeken spelen de verdedigingsrechten in mindere mate een rol. Een onderneming die een simpel informatieverzoek ontvangt kan immers, zonder consequenties, besluiten om het verzoek naast zich neer te leggen. Strikt genomen is het daardoor minder van belang om de exacte motivering van een simpel verzoek te kennen. Daar is tegenin te brengen dat het nog altijd belangrijk is voor de onderneming om te kunnen bepalen tegen welke achtergrond een verzoek wordt gedaan. In dat verband zou het zonder meer praktisch zijn als de Commissie ook simpele verzoeken motiveert conform de maatstaf die het Hof van Justitie in decementzaken aanlegt.²⁸ De praktijk zou daarmee geholpen zijn. Een besluit op de voet van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003 wordt doorgaans voorafgegaan door een simpel verzoek. Eventuele bezwaren tegen de vraagstelling zouden in die fase dus al kunnen worden opgebracht zodat aan het uiteindelijk besluit niet dezelfde manco's kleven. Het besluit betreffende de functie en het mandaat van de hearing officer bevat ook een regeling voor precies die situatie.²⁹ Een en ander pleit voor een gedegen motivering van simpele verzoeken, zeker ten behoeve van een effectieve toetsing. Een verplichting om dezelfde maatstaf aan te houden als voor besluiten op de voet van artikel 18 lid 3 Vo. 1/2003 lijkt ons echter niet aannemelijk.

Waar het Hof van Justitie over zwijgt

Het Hof van Justitie behandelt in zijn uitspraak slechts de eerste beroepsgrond van de rekwiranten. Aangezien het eerste middel slaagt, komt het Hof van Justitie niet

toe aan een behandeling van de overige beroepsgronden. Advocaat-generaal Wahl gaat echter wel in op de overige middelen van de rekwiranten en behandelt hierin een aantal interessante punten.

• Noodzakelijkheidsvereiste

In de derde beroepsgrond kwam HeidelbergCement op tegen de uitleg door het Gerecht van het noodzakelijkheidsvereiste. Zij voerde onder andere aan dat het Gerecht, ten onrechte, niet heeft onderzocht of de Commissie vóór de vaststelling van het bestreden besluit over voldoende aanwijzingen beschikte om een vermoede inbreuk te staven.

Advocaat-generaal Wahl overweegt dat de Commissie bij het bepalen van de noodzaak van verlangde inlichtingen een ruime beoordelingsvrijheid geniet; het is in beginsel aan de Commissie om te bepalen of een document noodzakelijk is voor haar onderzoek. De beoordelingsvrijheid is echter niet ongelimiteerd. Om 'noodzakelijk' te zijn, moet een voldoende nauw verband bestaan tussen de verlangde inlichtingen en de vermoede inbreuk. In het kader van een inlichtingenverzoek moet dat nauwe verband worden beoordeeld in het licht van de aanwijzingen die de Commissie in haar bezit heeft. Die aanwijzingen hebben tot een bepaald vermoeden geleid. Indien dat niet zo is, en er dus geen concrete, voldoende ernstige, aanwijzingen zijn van een inbreuk, kan een inlichtingenverzoek als een arbitraire onderzoeksmaatregel worden beschouwd.³⁰

De advocaat-generaal concludeert dat in deze concrete situatie het Gerecht niet de juiste toets heeft aangelegd. Die conclusie volgt primair uit het feit dat het Gerecht, in de visie van de advocaat-generaal, te toeschietelijk is geweest richting de Commissie. HeidelbergCement voerde in eerste aanleg aan dat bepaalde informatie niet zinvol kon zijn voor het onderzoek. Zonder inhoudelijk op die argumenten in te gaan verwierp het Gerecht het beroep en overwoog dat de inlichtingen geacht konden worden een verband te hebben met de vermoede inbreuken. Daarmee lijkt het Gerecht van oordeel dat elk verband tussen de gevraagde inlichtingen en de vermoede inbreuk voldoende is om aan het noodzakelijkheidsvereiste te voldoen.³¹ Dat oordeel is te kort door de bocht en geeft daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting, volgens de advocaat-generaal. Hoewel de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid heeft ter zake van de noodzakelijkheid van inlichtingen, kan de Unierechter zich niet aan toetsing van die beoordelingsvrijheid onttrekken. Het Gerecht had dat in deze situatie wel gedaan door te overwegen dat een eventueel gebrek aan 'nut' van de inlichtingen niet aan de rechtmatigheid van het besluit in de weg kon staan. Die overweging wordt door de advocaat-generaal sterk bekritiseerd. Inlichtingen die kennelijk irrelevant waren voor het onderzoek kunnen niet worden geacht noodzakelijk te zijn voor dat onderzoek. Als blijkt dat bepaalde inlichtingen inderdaad irre-

25. K. Rana, 'An ECHR Analysis of the Investigative Powers of the European Commission in Competition Cases', 2012, beschikbaar via <<https://ssrn.com/abstract=2439094>>, p. 21, onder verwijzing naar P. Berghé en A. Dawes, "'Little pig, Little pig, let me come in": An Evaluation of the European Commission' powers of inspection in competition cases', *European Competition Law Review* 2009, 30(9), p. 3.

26. Zie bijvoorbeeld EHRM 8 februari 1996, zaak 18731/91, *John Murray v. UK*, punt 46 e.v., alsmede de *Jalloh*-criteria voor de beoordeling van een beroep op het verbod op zelfincriminatie: EHRM 11 juli 2006, zaak 54810/00, *Jalloh v. Duitsland*, punt 101.

27. HvJ 25 januari 2007, zaak C-407/04 P, *Dalmine/Commissie*, ECLI:EU:C:2007:53, punten 33-36, zie ook R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, 8e dr., Oxford: Oxford University Press 2015, p. 285.

28. Een argument daarvoor zou ook, wel met een (zeer) ruime lezing, gedistilleerd kunnen worden uit EHRM 24 november 1993, zaak 13972/88, *Imbrioscia v. Zwitserland, Series A*, 275, waarin het EHRM overweegt dat art. 6, en dan met name lid 3, ook relevant kan zijn in *pre-trial proceedings* en dan met name wanneer het waarschijnlijk is dat het recht op een eerlijk proces in gevaar ('*seriously prejudiced*') komt door een onherstelbaar procedureel gebrek.

29. Besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, art. 4 lid 2 sub b.

30. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 70-74.

31. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 83.

levant waren, stond dat aan de rechtmatigheid van het onderzoek in de weg.³² Het Gerecht was daarmee niet in een positie om de stellingen van HeidelbergCement ongemotiveerd te passeren.

Dat het Gerecht van die onjuiste rechtsopvatting uitging, bleek daarbij uit de ongemotiveerde verwerping van stellingen van HeidelbergCement. Het Gerecht had niet in de beoordeling betrokken, althans het had de argumenten daaromtrent afgewezen, dat HeidelbergCement was gevraagd om vragen te beantwoorden die zij reeds in een eerder stadium van het onderzoek had beantwoord. Daarnaast was een deel van de gevraagde informatie kenbaar uit openbare bronnen. Gelet op de gegevens die reeds in het bezit van de Commissie waren, en de gegevens waarover zij uit openbare bronnen kon beschikken, was het verzoek ten aanzien van die vragen per definitie niet noodzakelijk.³³ Uit het feit dat deze stellingen niet in het oordeel van het Gerecht waren betrokken, bleek wederom de onjuiste rechtsopvatting omtrent het noodzakelijkheidsvereiste.

- *Zelfincriminatie*

HeidelbergCement voerde aan dat het Gerecht een te restrictieve uitleg had gehanteerd van het verbod op zelfincriminatie. Deze beroepsgrond was gericht op een vraag waarin, in de visie van HeidelbergCement, werd gevraagd om een juridische kwalificatie van een bepaalde handeling. De Commissie bracht daartegenin dat enkel werd gevraagd om aan te geven welke methode werd gehanteerd voor de berekening van de brutomarges per kwartaal. Indien die methode niet bestond, hoefde de onderneming niet op de vraag te antwoorden, aldus de Commissie. De Commissie betoogde daarmee dat louter om feitelijke gegevens werd gevraagd. Het Gerecht had daaromtrent overwogen dat alleen wanneer een vraag niet als een zuiver feitelijke valt aan te merken, volgens het Gerecht moet worden gezien of de betrokken onderneming door een dergelijke vraag het bestaan van een inbreuk zou moeten erkennen.³⁴

Het laatste argument van de Commissie acht advocaat-generaal Wahl niet overtuigend. In de eerste plaats was de vraag zodanig geformuleerd dat de onderneming gehouden was daarop te antwoorden. Ten tweede werd in de vraag een zekere beoordeling van de onderneming verlangd waardoor de vraag niet louter feitelijk was.

Advocaat-generaal Wahl overweegt vervolgens dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het ook niet doorslaggevend is of louter feitelijke gegevens worden gevraagd. Het gaat er in zijn visie om of de beantwoording door de onderneming zou kunnen neerkomen op het toegeven van een inbreuk:

‘158. Tegen een vraag kan dus in bepaalde omstandigheden bezwaar bestaan, omdat het antwoord erop,

ook al betreft de vraag alleen feiten en wordt niet naar een oordeel over die feiten gevraagd, een erkenning van schuld kan inhouden.’³⁵

Het Gerecht was in de visie van de advocaat-generaal dan ook uitgegaan van een te beperkte visie op het verbod op zelfincriminatie. Niet alleen bij vragen die verder gaan dan louter feitelijke inlichtingen moet worden onderzocht of daarmee het bestaan van een inbreuk zou moeten worden erkend. Ook louter feitelijke vragen kunnen het toegeven van schuld impliceren.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is steun te vinden voor de opvatting van de advocaat-generaal. In *PVC II* overweegt het Hof van Justitie ‘dat ingeval de strekking van een vraag omstreden is, moet worden nagegaan of een antwoord van de adreassaant in wezen neerkomt op het toegeven van een inbreuk, zodat aan de rechten van de verdediging afbreuk zou worden gedaan.’³⁶ De bewoordingen lijken erop te wijzen dat ook louter feitelijke vragen kunnen leiden tot een inbreuk op het verbod op zelfincriminatie.

Ook naar aanleiding van de rechtspraak van het EHRM zijn vraagtekens te plaatsen bij de visie van het Gerecht op zelfincriminatie. Eerder plaatste Speyart in dit tijdschrift vraagtekens bij de verenigbaarheid van de jurisprudentie van het Hof van Justitie met de lijn die het EHRM ter zake aanhoudt.³⁷ Op grond van de rechtspraak van het EHRM is te betwijfelen of de gematigde lijn van het Hof van Justitie wel houdbaar is. Gesteld zou kunnen worden dat het verbod op zelfincriminatie in wezen zou moeten leiden tot een ongeclausuleerde mogelijkheid om te weigeren vragen te beantwoorden. In dat kader verwees Speyart naar de zaak *O’Halloran en Francis*,³⁸ waarin het EHRM overwoog dat de personen aan wie inlichtingen waren gevraagd weliswaar vragen hadden beantwoord onder dwang (de dreiging van een boete) maar dat die dwang werd gerechtvaardigd door de context van de vragen. De geadresseerden van de vragen hadden namelijk verkeersovertredingen begaan en het EHRM achtte die context, waarin verkeersdeelnemers ernstig letsel kunnen toebrengen aan anderen, voldoende om de dwang te verklaren. Aangezien die achtergrond in mededingingszaken niet speelt, zou het interessant zijn als het Hof van Justitie zijn eerdere aanpak langs de meetlat van het EHRM zou leggen. Helaas is dat in deze zaak niet gebeurd zodat deze vraag blijft staan voor een volgende procedure.

Het Gerecht had ten slotte nog overwogen dat de onderzochte onderneming in een latere fase van de administratieve procedure, of in het kader van een beroep tegen een eindbesluit, een alternatieve interpretatie van het

32. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 85.

33. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 87-94.

34. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, par. 152.

35. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694.

36. HvJ 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 tot C-252/99 P en C-254/99 P, *PVC II*, ECLI:EU:C:2002:582, punt 273.

37. H.M.H. Speyart, ‘A tale of three cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht’, *NtEr* 2010/10, p. 347.

38. EHRM 29 juni 2009, zaken 15809/02 en 25624/02, *O’Halloran en Francis v. VK*.

antwoord op de vraag zou kunnen aanvoeren. De advocaat-generaal gaat niet mee in die redenering: het feit dat op een later moment verweer mogelijk is, betekent volgens hem immers niet dat de Unierechter de schending van de rechten van de verdedigingen niet zou kunnen, en niet zou moeten, bekritisieren.³⁹

De vingerwijzing van de advocaat-generaal op dit punt lijkt ons zonder meer terecht. Het verbod op zelfincriminatie bestaat niet voor niets. Wanneer de lijn van het Gerecht zou worden aangehouden, zou dat in essentie ertoe leiden dat een beroep op dit verbod altijd gedoemd is te mislukken, en het verbod zinledig zou worden. In vrijwel alle gevallen zal het mogelijk zijn om in een later stadium argumenten aan te voeren, of een alternatieve interpretatie aan te bieden, tegen de bevindingen die in de vooronderzoeksfase zijn gedaan. Een schending van dit verbod dient evenwel toetsbaar te zijn en kan niet worden geheeld onder verwijzing naar beroepsmogelijkheden tegen het uiteindelijke besluit dat tot stand zou zijn gekomen op basis van informatie die is verkregen in strijd met het verbod op zelfincriminatie.

Dit roept eveneens de vraag op die wij in onze bespreking van de uitspraken van het Gerecht in de cementzaken stelden: is een rechterlijke machtiging voor inlichtingenverzoeken niet aangewezen? Ten aanzien van bedrijfsinspecties is die vraag duidelijk ontkennend beantwoord door zowel het EHRM als het Hof van Justitie. In *Delta Pekárny*⁴⁰ overwoog het EHRM dat een rechterlijke machtiging voor een inspectie niet noodzakelijk was mits was voorzien in een effectieve rechterlijke controle achteraf.⁴¹ Onder verwijzing naar *Delta Pekárny* heeft het Hof van Justitie dit uitgangspunt bevestigd in het *Deutsche Bahn*-arrest.⁴²

Wij zien geen redenen waarom dit voor een inlichtingenverzoek fundamenteel anders zou zijn. Sterker nog, gelet op het minder ingrijpende karakter van een inlichtingenverzoek zijn er minder redenen om een voorafgaande rechterlijke machtiging wel noodzakelijk te achten voor een inlichtingenverzoek. Dat neemt niet weg dat de huidige opzet het risico in zich draagt dat zich situaties voordoen waarin achteraf blijkt dat een inlichtingenverzoek, deels, onrechtmatig blijkt te zijn terwijl het onderzoeksteam al kennis heeft genomen van die informatie. Om een internetmeme aan te halen: *what has been seen cannot be unseen*. Met andere woorden, in die situaties zal het niet altijd gemakkelijk zijn om kennis van bepaalde feiten uit te sluiten als blijkt dat die feiten niet in een onderzoek betrokken hadden mogen worden.⁴³

Op zichzelf biedt het arrest geen rechtstreekse oplossing voor dit probleem. Het probleem is immers eigen aan de, door het EHRM en Hof van Justitie gesanctioneerde, opzet van de administratieve procedure tegen Commissiebesluiten. Aan de andere kant geeft het Hof van Justitie wel een duidelijk signaal af: de Commissie kan niet volstaan met een vage, generieke, motivering van onderzoeksbesluiten. De motivering van dergelijke besluiten moet zijn toegesneden op de concrete situatie en de Unierechter is bereid om die motivering te toetsen. Naleving van de lijn die het Hof van Justitie kiest, zorgt er misschien wel voor dat de behoefte aan *ex ante* toetsing aanmerkelijk minder groot wordt.

Conclusie

Al met al concluderen wij dat het Hof van Justitie in deze zaak een stap in de goede richting zet. Waar het Gerecht zich bereid toonde om een besluit strekkende tot een inlichtingenverzoek inhoudelijk te toetsen, gaat het Hof van Justitie een stap verder en concludeert dat het bestreden besluit blijf gaf van een gebrekkige motivering. Gelet op de achtergrond van de zaak is die conclusie goed te begrijpen en te prijzen.

De kanttekening die wij plaatsen, is dat een aantal interessante vragen niet door het Hof van Justitie is behandeld. De uitspraak van het Gerecht sneuvelt reeds op het eerste middel waardoor het Hof van Justitie niet toekomt aan een inhoudelijke behandeling van de overige middelen die, zoals blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Wahl, interessante rechtsvragen aan de orde stelden waarop het antwoord vooralsnog enigszins in het ongewisse blijft. Anderzijds biedt dat vanzelfsprekend ook weer ruimte voor de broodnodige discussie.

39. Conclusie A-G Wahl van 15 oktober 2015, zaak C-247/14 P, *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2015:694, punt 163.

40. EHRM 2 oktober 2014, zaak 97/11, *Delta Pekárny*, zie voor een uitgebreide bespreking: Y. de Vries, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie scherpgesteld', *NtEr* 2015/3.

41. EHRM 2 oktober 2014, zaak 97/11, *Delta Pekárny*, punt 83.

42. HvJ 18 juni 2015, zaak C-583/13 P, *Deutsche Bahn*, ECLI:EU:C:2015:404, punt 32.

43. Schrijvers verwijzen in dit kader ook naar het proefschrift van A.E. Beumer, *De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 365.