

Nota



Ministerie van Economische Zaken

1

SPOED

Auteur

10.2.e

Datum

31-3-2005

Aan

de Minister

Toestelnummer

6211

Uiterlijk bij geadresseerde

31-3-2005

Informatiekopie aan

Archief, Secr., MT-MW

Vijlbrief, 10.2.e

Notanummer

EP/MW 5019086

Medeparaaf en datum

10.2.e

10.2.e

Bijlage(n)

2

Onderwerp

Beantwoording kamervragen schikking bouwfraude

dep. archief
10.2.e

Handwritten signature and initials.

Samenvatting en conclusies

- Ter voorbereiding op het Algemeen Overleg over de bouwfraude op dinsdag 5 april a.s. heeft de vaste commissie voor VROM een 63-tal vragen (zie **bijlage 1**) gesteld over (het mislukken van) de civiele schikking tussen bouwsector overheidsopdrachtgevers.
- De Ministeries van VROM, V&W, AZ en EZ hebben gezamenlijk de antwoorden voorbereid.
- EZ heeft specifiek de vragen 4, 10, 11, 38, 43, 45, 46, 48, 49, 55 en 61 op zich genomen.
- Afgesproken is dat Minister Peijs, Staatssecretaris Van Geel (bij afwezigheid van Minister Dekker) ~~en u~~ de brief gezamenlijk zullen ondertekenen.
- Bijgaand treft u de concept-antwoordbrief aan (zie **bijlage 2**)

Verzoek aan de Minister:

1. Gaarne uw akkoord op de **gehele** beantwoordingbrief.
2. Indien u akkoord bent, dan zal de brief waarschijnlijk morgen ~~(vrijdag 1 april) 'en marge' van de Ministerraad ter ondertekening worden aangeboden.~~ mede namens u uitgaan.

NB. Morgen zal tijdens de Ministerraad tevens een nota worden besproken van de Rijksgebouwendienst (VROM) over het eventueel hervatten van de onderhandelingen voor een civiele schikking. Ter voorbereiding hierop ontvangt u een separate nota.

10.2.e

10.2.e

directie Marktwerking

geachte 10.2.e
VROM heeft deze vragen beantwoord in een - wat mij betreft - minder overzichtelijke format, maar gezien de tijdsdruk adviseer ik u de brief af te doen.
Groet, Eric Wiebes

Ontvangen Verzonden Terugontvangen

10.2.e 31/3

Paraaf en datum

ir. E.D. Wiebes

Prof. dr. J.A. Vijlbrief

10.2.e

31/3



Telefaxbericht *Facsimile message*

Dit faxbericht is alleen bestemd voor de geadresseerde. Indien de fax niet voor u is bestemd, verzoeken wij u dit aan ons te melden, de fax te vernietigen, de inhoud ervan niet te gebruiken en niet onder derden te verspreiden, omdat de fax vertrouwelijke informatie kan bevatten.

Datum <i>Date</i>	01-04-2005
Aantal pagina's (inclusief dit voorblad) <i>Number of pages (include this page)</i>	3
Onderwerp <i>Subject</i>	SPOED - Beantwoording kamervragen schikking bouwfraude

Aan To

Naam bedrijf <i>Name company</i>	Ministerie van VROM
Ter attentie van <i>For the attention of</i>	10.2.e
Afdeling <i>Department</i>	BSG
Telefoon <i>Telephone</i>	
Telefaxnummer <i>Facsimilenumber</i>	10.2.e

Van From

Naam <i>Name</i>	10.2.e
Afdeling <i>Department</i>	BSG
Telefoon <i>Telephone</i>	10.2.e
Telefaxnummer <i>Facsimilenumber</i>	

Opmerkingen Remarks

Geachte 10.2.e

Op verzoek doe ik u met SPOED de bijlagen toekomen inzake beantwoording kamervragen schikking bouwfraude.

Met vriendelijke groet,

10.2.e

Secretaresse BSG - 10.2.e

Hoofdkantoor
Bezuidenhoutseweg 30
Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

Telefoon (070) 10.2.e
Telefax (070) 10.2.e
Telex 10.2.e
Telegramadres: 10.2.e

X-400 adres S=EZPOST/C=NL/A=400NET/P=MIN EZ
Internetadres ezpost@minez.nl

bijlage 2 : concept - antwoordbrief

Naar aanleiding van de brief van 9 maart 2005 (28 244 nr. 94) heeft uw Kamer opmerkingen geplaatst en vragen gesteld over het schikken van verhaalsacties inzake bouwfraude. Vanwege de overlap tussen de verschillende vragen hebben wij hieronder per hoofdthema een antwoord gegeven. Specifieke vragen die niet onder een bepaald thema of binnen een cluster vallen worden aan het einde van deze brief beantwoord. Wij starten met een korte chronologische beschrijving van de gang van zaken rondom het verhalen van schade.

Verloop van de procedures rond verhalen van schade

In maart 2003 publiceert de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid de zgn. Boschaduwboekhouding op Internet. Vervolgens besluit het kabinet om schade door prijs- of kartelafspraken te verhalen op betrokken aannemers. In juli 2003 spreekt hiervoor het kabinet een algemene lijn af en wel in de vorm van een fasegewijze aanpak. Op basis van de resultaten van enkele proefprocessen zal het kabinet een besluit nemen over de resterende (geselecteerde) zaken. De Tweede Kamer is hierover geïnformeerd bij brief van 11 juli 2003 (28244, nr 51)

In september 2003 hebben de betrokken departementen ten behoeve van deze proefprocessen vier zaken geselecteerd, die vervolgens in de loop van 2003 bij de rechter aanhangig zijn gemaakt. Omdat het in de ogen van de Landsadvocaat om een onrechtmatige daad gaat en niet om een geschil rondom aanbesteden, zijn deze vier zaken aanhangig gemaakt bij de civiele rechter en niet bij de Raad van Arbitrage. De redenen om niet naar de Raad te stappen hebben dus geen relatie met de in het kader van de bouwenquête genoemde schijn van partijdigheid van de Raad. Het gaat hier om een juridische keuze. (vraag 52 deels)

Ook andere overheden hebben dezelfde aanpak gevolgd als de rijksoverheid, i.c eerst proefprocessen en ook via de civiele rechter.

Gedurende het verloop van procedures heeft er onder coördinatie van VROM afstemming plaatsgevonden tussen de procederende departementen en ook met de Stichting Regres, de Unie van Waterschappen en de procederende provincies.

Pas in mei 2004 komt de rechtbank Den Haag tot een uitspraak over de zaak van het Zuiveringschap Hollandse Eilanden en Waarden (tegenwoordig Hollandse Delta) met betrekking tot zijn bevoegdheid. Dit was namelijk aangevochten door de gedagvaarde aannemers. De rechter oordeelt dat hij pas tot een oordeel over zijn bevoegdheid mag komen nadat de Raad van Arbitrage over zijn bevoegdheid heeft geoordeeld. Het gaat hier in de ogen van de rechter om een zaak die eerst voorgelegd moet worden aan de Raad. Pas als de Raad oordeelt niet bevoegd te zijn zal hij zich gaan buigen over zijn bevoegdheid. Ook in een zaak van Rijkswaterstaat komt de rechtbank Groningen in september 2004 tot een vergelijkbaar vonnis. Tegen beide zaken is beroep ingesteld. (vraag 51)

Intussen is de Raad van Arbitrage ook de vraag voorgelegd over de bevoegdheid, nu op instigatie van de overheidsopdrachtgevers. De eerste uitspraak van de Raad van Arbitrage is recent, 4 februari 2005, bekend geworden. De Raad acht zich wel bevoegd op grond van zijn uitleg van het arbitraal beding dat is opgenomen in een van toepassing verklaard aanbestedingsreglement (het UAR EG 1991). (vraag 52 deels)
Tot nu toe is in geen enkele zaak de inhoud aan bod gekomen.

De proefprocessen verlopen dus tot nu toe zeer traag.

Mandaat met betrekking tot schikken

10-5-2011

In oktober 2004 publiceert de NMa de wijze waarop de GWW sector voor geconstateerde overtredingen van de mededingingswet zal worden beboet. Daarin staat onder andere dat de d-g NMa bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening kan houden met de schadeloosstelling die bedrijven betaald hebben. Dit is gebaseerd op conform de algemene boete richtsnoer van de NMa. In de publicatie van oktober 2004 worden geen kortingpercentages genoemd. (vraag 15 deels)

Dit is aanleiding voor Bouwend Nederland om informeel bij diverse overheidsopdrachtgevers (Rijkswaterstaat, Stichting Regres, UvW en de gemeente Amsterdam) te polsen of men interesse heeft in een regeling van alle procedures die betrekking hebben op het verhalen van schade. De eerste zeer informele en aftastende gesprekken vinden – met ons goedvinden – eind december 2004 plaats. Namens de rijksoverheid waren daarbij alle procederende departementen en de Centrale opvang asielzoekers (COA) betrokken en verder ook de Stichting Regres, de UvW, het IPO, Prorail en de gemeente Amsterdam. In een latere fase sluiten zich hier ook de gemeenten Rotterdam en Haarlemmermeer bij aan. Ook hierbij functioneert VROM als coördinator. Gezien de relatie met de NMa boetes wordt het ministerie van EZ ambtelijk volledig op de hoogte gehouden van de gang van zaken evenals de NMa zelf. Vanuit de rijksoverheid worden de besprekingen met de bouw getrokken door de departementen van VROM en V&W gezamenlijk vanuit hun mandaat voor het verlenen van bouwopdrachten en de daaruit voortvloeiende rechtshandelingen. In dit stadium gaat het slechts om verkennende gesprekken (vragen 1, 15 deels en 26)

Deze eerste besprekingen leveren het beeld op dat het de moeite waard is om te trachten tot een collectieve regeling te komen. De bouwsector legt een bepaald bedrag op tafel om tegemoet te komen aan door de overheid ervaren nadelen van de kartelafspraken. De overheidsopdrachtgevers zien collectief af van verdere verhaalsacties, ook op basis van nog niet openbare boekhoudingen c.q. prijsafspraken, die betrekking hebben op de periode voor 1 januari 2003. De insteek van de rijksoverheid is vanaf het begin iets meer gericht op het verbeteren c.q. normaliseren van de verhoudingen, dan bij de andere overheden, waar de financiële tegemoetkoming veeleer de bovenhand voert. Langdurige procedures zijn niet bevorderlijk voor goede verstandhoudingen en kunnen ook remmend werken voor het werk van de Regieraad Bouw, een initiatief van de rijksoverheid. (vraag 16)

Op 24 januari 2005 komt de NMa met de uitgangspunten naar buiten ten aanzien van de boetes voor de GWW sector. Daarin is nader ingegaan op de mogelijkheden om rekening te houden met betaalde schadevergoedingen. Als bouwbedrijven en overheidsopdrachten tot een collectieve regeling komen, dan zal de NMa 10% van de betaalde schadevergoeding (financiële tegemoetkoming) in mindering brengen op de boete. ~~In de overwegingen stelt de NMa nadrukkelijk dat het komen tot een collectieve regeling beschouwd wordt als een belangrijk onderdeel van het schoon schip maken!~~ (verwijzing Kamerstuk)

Gelijktijdig met deze publicatie van de NMa brengt het ministerie van EZ mede namens zijn collega's van VROM en V&W een persbericht uit met als kernboodschap dat de door de NMa geboden mogelijkheid deze drie ministers aanspreekt. Daarbij wordt benadrukt dat dit voorstel aangegrepen moet worden om een akkoord te bereiken om zo de verhoudingen te verbeteren. Als de bouwsector een substantieel bedrag betaalt dan zijn deze bewindslieden bereid alle lopende civiele procedures stop te zetten (vragen 2, 14, 31 en 56).

Vanaf dat moment worden de onderhandelingen concreter en wordt toegewerkt naar een bestuurlijk overleg waarin een principe akkoord kan worden besproken. Uiteindelijk vindt dit

bestuurlijk overleg op 1 maart 2005 plaats. Tussentijds vindt afstemming plaats met de procederende departementen en worden EZ en de NMa op de hoogte gehouden. In het bestuurlijk overleg, waaraan de ministers van VROM en V&W namens de rijksoverheid deelnamen, is met Bouwend Nederland overeenstemming bereikt over een principe akkoord. Hierbij is door alle partijen, ook door Bouwend Nederland, een voorbehoud gemaakt van goedkeuring door de verschillende besturen. Dit geldt ook voor de rijksoverheid. Expliciet is gezegd dat het akkoord tijdens de ministerraad van 4 maart 2005 besproken zou worden. Daarbij is ook gesteld dat de ministers van VROM en V&W positief staan tegenover het akkoord. Alle betrokken overheden waren op de hoogte van deze gang van zaken. (vragen 12, 13, 17, 27, 41 en 59)

Waar Minister Brinkhorst tijdens debatten met de Tweede Kamer heeft aangedrongen op een snelle oplossing, heeft hij met name de bouwbedrijven willen oproepen te kiezen voor de versnelde sanctieprocedure van de NMa. Het kabinet streeft er naar dat bouwbedrijven (snel) schoon schip maken en dat de verhoudingen met de bouwsector zich spoedig normaliseren. Compensatie van opdrachtgevers in de vorm van een schikking kan ook deel uitmaken van dat proces. (vraag 4 deels)

Schikkingsbedrag

Zoals in elk onderhandelingstraject is gezocht naar dat resultaat dat voor beide partijen aanvaardbaar is. Bij de afweging aan de kant van de overheidsopdrachtgevers over de hoogte van een eventuele tegemoetkoming aan maatschappelijk geleden schade is het totale bedrag aan claims een belangrijk referentiepunt geweest. Alle betrokken overheidspartijen tezamen hebben in ruim duizend zaken de claims opgeteld, die zij zelf maximaal haalbaar zagen. Dit leverde een beeld op van een bedrag tussen de € 120 tot € 150 miljoen. De onderbouwing van deze bedragen is deels afgeleid van de bedragen die in de Bos-schaduwboekhouding genoemd zijn en deels op basis van de door de enquêtemissie berekende 8,8% schade voor 200 specifieke gevallen. De bandbreedte is het resultaat van enig gevoel van relativering bij de verschillende overheden voor de beschikbare gegevens bij het berekenen van de maximaal haalbare claim. (vragen 39 en 54)

Op basis van deze gegevens hebben de overheden gezamenlijk, nog tijdens de aftastende fase, als openingsbod een bedrag van € 100 miljoen genoemd. Op dat moment was niet bekend welk kortingspercentage de NMa zou gaan hanteren en ook waren het boetebedrag en de hoogte van de grondslag voor de NMa boetes volledig onbekend. Van de kant van Bouwend Nederland werd erg afhoudend gereageerd op dit bod. (vragen 19 en 50)

In de verdere onderhandelingen – na 24 januari 2005 – heeft zowel voor de overheid als voor Bouwend Nederland als belangrijk referentiepunt de grondslag voor de boetes van de NMa een rol gespeeld en daarnaast ook de kortingspercentages voor betaalde tegemoetkomingen. Verder werd door een ieder het feit dat er een collectieve regeling diende te zijn voordat de NMa deze korting zou willen geven als een belangrijke randvoorwaarde gezien.

Uiteindelijk is een bedrag overeengekomen van € 50 miljoen, bij elkaar te brengen door een bijdrage van 1% van de grondslag van de NMa boetes, te weten de aanbestedingsomzet voor het jaar 2001. Dit bedrag is het resultaat van een intensief onderhandelingstraject waarin beide partijen noodgedwongen concessies moeten doen. De overheidspartijen vinden het bedrag weliswaar aan de lage kant maar nog net aanvaardbaar en Bouwend Nederland zegt het bedrag het maximaal haalbare is. (vraag 30)

Het bedrag is dus op 1% van deze omzet gesteld met een minimale – gezamenlijke – opbrengst van € 50 miljoen. De verwachting is dat de omzet van de vier bouwsectoren die door de NMa beboet gaan worden op ongeveer € 5 miljard ligt. Op deze manier is het voor Bouwend Nederland mogelijk om ook andere sectoren dan alleen de GWW sector te betrekken bij een bijdrage aan het schikkingsbedrag. Een vanaf het begin onderkend nadeel van deze opzet is dat het onzeker is of wel een totaalbedrag van € 50 miljoen gehaald zou worden. Daar komt nog bij dat Bouwend Nederland geen harde garantie wilde geven voor de genoemde € 50 miljoen. In het principe akkoord staat dan ook dat pas wanneer € 50 miljoen wordt gehaald de overheid afziet van verder procederen. (vraag 24, 33, 42 en 50)

De boetevermindering door de NMa en het bod van Bouwend Nederland zijn in zoverre met elkaar verbonden dat de NMa de bouwsector een *incentive* heeft willen bieden om een bedrag te betalen aan overheidsopdrachtgevers ter compensatie van financiële claims. De NMa heeft hierbij een boetevermindering in het vooruitzicht gesteld van 10 % van het betaalde compensatiebedrag met een maximum van 10 % van de boete. De vermindering zal steeds per individueel bedrijf worden berekend aan de hand van de bijdrage van dat bedrijf aan het totale compensatiebedrag. Bij een totaal compensatiebedrag van € 50 miljoen zou de boetevermindering bij de NMa op ongeveer € 5 miljoen zijn uitgekomen. Daarnaast is nog van belang dat de NMa een aantal eerder (in 2003) opgelegde boetes in de GWW-sector met 45% wil bijstellen. Ook deze aanpassing is echter afhankelijk van overeenstemming over een collectieve compensatieregeling (28 244, nr. 89). (vragen 24 en 55)

Als onderdeel van de schikking, maar bovenop het bedrag van € 50 miljoen, zal Bouwend Nederland een bijdrage van € 15 miljoen geven aan het onderzoeksprogramma PSIB. De totale omvang van dit onderzoeksprogramma bedraagt ruim 40 miljoen. Er is een BSIK subsidie verleend van € 15 miljoen. Het gelijke bedrag moet ingebracht worden door private partijen, terwijl daarnaast nog circa € 13 miljoen wordt gezocht voor projecten buiten BSIK verband. Met de bijdrage van Bouwend Nederland zou een omvangrijk aandeel hierin zijn veiliggesteld. (vraag 20 en 40)

In het bestuurlijk overleg tussen alle betrokken overheidspartijen en Bouwend Nederland is een principe akkoord bereikt over een voorstel waarin beide elementen zitten: € 50 miljoen, te verdelen onder de opdrachtgevers en € 15 miljoen als een bijdrage van de bouwsector voor PSIB. Wel is nog aangedrongen op garantie van de bijdrage van € 50 miljoen van de kant van Bouwend Nederland, maar deze kon op 1 maart niet gegeven worden. Ook is (vraag 2)

Het principe akkoord kan in principe ingezien worden door uw Kamer. Het gaat echter over een principe akkoord. Dit houdt in dat over details nog gesproken moet worden. Wanneer uw Kamer een andere opstelling van het kabinet zal vragen dan geven wij de voorkeur eraan nu het principe akkoord nog niet te openbaren. De hoofdlijnen van het akkoord worden in onze ogen voldoende in de antwoorden op de vragen van uw Kamer beschreven. (vraag 18)

Voor de verdeling van het schikkingsbedrag tussen de verschillende overheden is een sleutel afgesproken onafhankelijk van de hoogte van het uiteindelijke bedrag. Deze verdeelsleutel wordt voor ongeveer 50% bepaald door de hoogte van de (gemiddelde) claim en ook voor ongeveer 50% door de gemiddelde aanbestedingsomzet van elk van de deelnemende partijen. Toen echter bleek dat het schikkingsbedrag niet meer dan € 50 miljoen zou bedragen hebben de andere overheden het rijk verzocht met een kleiner deel uit de opbrengst genoeg te nemen. Dit verzoek is gedaan ook met oog op het feit dat PSIB door de andere overheden beschouwd wordt als een programma van het rijk. Met een kleinere opbrengst voor het rijk

hebben we op 1 maart 2005 in beginsel ingestemd. Hierbij speelde wederom de wens om schoon schip te maken een belangrijke rol. (vraag 3, 22 en 32)

Kabinetsbesluit

Aan schikkingen zijn onlosmakelijk principiële elementen verbonden. De reeks van gebeurtenissen die uiteindelijk de aanloop hebben gevormd naar de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid heeft dit laten zien. In de reactie op de bevindingen van de Enquêtecommissie Bouwnijverheid, heeft het kabinet aangegeven zich ook via het civiele spoor maximaal in te zetten om de geleden schade op de bouwbedrijven te verhalen. Een algemene schikking is toen expliciet van de hand gewezen. Het kabinet heeft voor deze opstelling brede steun gehad in de Tweede Kamer.

Om die reden is in dit verband gesproken over het voeren van procedures als de ‘koninklijke weg’. Dit laat onverlet dat de afweging om deze weg tot het einde te bewandelen versus het treffen van een schikking bij voortduring gecompliceerd is. Daarbij spelen verschillende elementen een rol.

In de eerste plaats is daar de wens om de geleden benadeling te verhalen op degenen die illegaal hebben gehandeld en hen met hun fouten te confronteren. De – ook maatschappelijke – genoegdoening is hierbij in het geding. Dit klemmt vanuit de overheid bezien te meer waar het hier gaat om grote maatschappelijke benadeling en derving van algemene middelen. Los van het bedrag dat gemoeid is met een eventuele schikking en los van alle andere afwegingen, pleit deze wens vóór het voeren van juridische procedures. Mede omdat hierbij sprake is van de objectieve vaststelling van de geleden schade door een onpartijdige derde. Hierbij speelt tevens een rol, dat de overheid ook in fraudeprocedures verwickeld is in andere sectoren. Hoe de overheid zich opstelt in de ene sector kan gevolgen hebben voor de afwikkeling van zaken in andere sectoren.

Daartegenover staat dat er tevens de wens is om ‘schoon schip’ te maken met de bouwsector. Hiermee is ook een beleidsmatig belang gediend. Juridische procedures, zeker als deze lang voortslepen en kostbaar zijn, kunnen dit in de weg staan.

De kosten van de procedures nopen daarnaast ook tot een zelfstandige afweging. Uit mijn brief van 9 maart jl. heeft u op kunnen maken dat in totaal circa 1000 zaken zijn geselecteerd. Hiermee zullen – voor alle partijen – aanzienlijke advocaat- en proceskosten gemoeid zijn. En tot slot moet uiteraard ook een inschatting worden gemaakt van het bedrag dat middels een schikking op de sector kan worden verhaald, versus het bedrag dat mogelijk via de rechter kan worden verhaald.

Alles overwegend is het kabinet van mening dat de voortzetting van de proefprocessen conform de eerder afgesproken gedragslijn op dit moment de voorkeur verdient. Mocht blijken dat de Tweede Kamer in deze afweging inmiddels tot een andere conclusie komt, dan is het kabinet vanzelfsprekend bereid de discussie hierover aan te gaan.

Uiteraard staat het andere overheden dan de rijksoverheid vrij om van deze lijn af te wijken. Het kabinet zou dit in dit stadium evenwel betreuren. De geleden schade is immers in alle gevallen op de belastingbetaler afgewenteld. Een gezamenlijke aanpak zou daarom in alle gevallen de voorkeur van het kabinet genieten.

(vragen 4 deels, 8, 9, 15, 28, 29, 35, 57 en 58)

De belangen van het midden- en kleinbedrijf hebben niet op een specifieke manier meegewogen bij het kabinetsbesluit over de schikking. De positie van het midden- en

kleinbedrijf wordt wel op een bijzondere manier meegewogen in de sanctieprocedure van de NMa (vraag 61).

Koninklijke weg: rechtsprocedures

Door de verschillende overheden zijn tot nu toe 11 proefprocessen gestart bij de civiele rechter. Als de Raad van Arbitrage bevoegd is, dan zullen de overheden zeer waarschijnlijk gedwongen worden, ook reeds in de proeffase, tot een relevant groter aantal proefprocedures. Waarschijnlijk ligt dit in de orde van grootte van 50 tot 100. (vraag 5)

Vooraf in de fase van de proefprocessen moet rekening gehouden worden met een lange duur. Wanneer bij de civiele rechter en de Raad van Arbitrage wordt geprocedeerd dan moet rekening gehouden worden met een doorlooptijd van 4 tot 6 jaar, eventueel verlengd met 2 jaar wanneer in cassatie gegaan wordt. (vragen 5 en 27 deels)

De lange duur van de processen kan een reden zijn voor overheden om af te haken; zeker wanneer het geclaimd bedrag aan de lage kant is. In het traject tot nu toe hebben in feite al enkele overheidspartijen zich teruggetrokken of op het laatst besloten toch maar niet te gaan procederen. (vraag 63)

Als blijkt dat de proefprocessen voor de overheden succesvol zijn verlopen dan is een regeling op basis van de verwachte uitkomst van de overige zaken een gebruikelijke gang van zaken. Als de proefprocessen een negatief resultaat laten zien dan ligt het voor de hand dat de overheden de overige zaken intrekken en zal er zeker geen sprake kunnen zijn van een schikking o.i.d.. (vraag 27)

Het merendeel van de kosten van de gerechtelijke procedures zijn verbonden aan de proeffase. Dit is zeker het geval wanneer de overheden gedwongen worden om het aantal proefprocedures fors uit te breiden. Voor alle overheden tezamen wordt geschat dat de totale kosten (juridisch kosten en apparaatskosten) tussen € 7,5 en € 15 miljoen liggen (vraag 23). Overigens heeft de rijksoverheid tot dusverre in totaal bijna € 200.000,-- met betrekking tot de vier gevoerde proefprocessen betaald. (vragen 6 en 36)

Of een groter bedrag dan € 65 miljoen toegewezen wordt via rechtsprocedures is zeer lastig te beantwoorden. Eerlijkheidshalve moeten we erkennen dat uitgaande van de thans bekende claims er een kans bestaat op een groter bedrag dan € 65 miljoen, maar uiteraard is er ook de kans op gehele of gedeeltelijke afwijzing van de vorderingen. (vraag 62).

Raad van Arbitrage voor de Bouw

Er zijn ook enkele vragen gesteld over de rol en de positie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Naar aanleiding van de Parlementaire enquête bouwnijverheid zijn twee gescheiden acties uitgevoerd die beide betrekking hebben op de Raad van Arbitrage.

Met de komst van het ARW 2004 worden aanbestedingsgeschillen voorgelegd aan de rechtbank in plaats van de Raad van Arbitrage. Voorzover bekend heeft deze wijziging geen problemen qua rechtsgang of anderszins opgeleverd. Over het algemeen gaat het bij aanbestedingsgeschillen om rechtsvragen. Bovendien biedt het Wetboek van Rechtsvordering in art. 194 de mogelijkheid om getuige-deskundigen in te schakelen. Overigens heeft deze wijziging geen betrekking op de zaken waarover in het kader van de besproken regeling geprocedeerd wordt. (vraag 25)

Daarnaast is door het departement van V&W een proces in gang gezet om de structuur van de Raad van Arbitrage zo te wijzigen dat de samenstelling evenwichtiger wordt. Voor de afronding van dit proces heeft de minister van V&W een onafhankelijke adviseur ingeschakeld om bestuur en voorzitter te selecteren. De kern van de nieuwe structuur behelst het opnemen van opdrachtgevers in het bestuur van de Raad van Arbitrage en ook in het College van Arbiters. (vraag 52 deels)

Omdat de Raad van Arbitrage zich bevoegd acht met betrekking tot de schadeclaims zal de Raad zich ook uit gaan spreken over de hoogte van het te vergoeden bedrag (vraag 7).

NMa boetes

De NMa heeft in de afgelopen jaren (met name in 2003) een groot aantal bouwbedrijven in verschillende sectoren beboet wegens kartelgedrag. In een bijlage bij dit stuk vindt u een overzicht. Daarnaast is op dit moment de afronding van de definitieve boetebeschikkingen in de versnelde procedure naar aanleiding van het grote kartelonderzoek in de GWW-sector aan de orde. Hierbij zijn ongeveer 340 ondernemingen betrokken. Eind april is de NMa voornemens om de onderzoeken in de installatiebranche af te ronden. Op dit moment wordt bekeken of hierbij ook de mogelijkheid van een versnelde sanctieprocedure kan worden gehanteerd. De NMa streeft er naar om in april de eerste onderzoeken in de categorie 'overige sectoren' af te ronden en eind juni de onderzoeken in de woning- en utiliteitsbouw. Op het moment dat de onderzoeken zijn afgerond, starten de (versnelde) sanctieprocedures. Onderzoek en sanctieprocedure zijn gescheiden trajecten. (vraag 10)

De NMa heeft in haar boetesystematiek rekening gehouden met de positie van het midden- en kleinbedrijf. Ten eerste wordt de hoogte van de boete berekend aan de hand van de (aanbestedings)omzet van het betreffende bedrijf. Op deze manier wordt steeds rekening gehouden met de omvang en de draagkracht van de bouwbedrijven. Ten tweede heeft de NMa bedrijven met een jaaromzet van minder dan 10 miljoen euro (MKB) een 15 % lagere boete in het vooruitzicht gesteld ten opzichte van bedrijven met een hogere omzet. Hiermee wordt voorkomen dat een groot aantal kleinere bedrijven in financiële problemen komt en om die reden niet kiest voor de versnelde procedure. Voor zover bedrijven hebben aangegeven dat hun continuïteit in gevaar komt als gevolg van de NMa-boete, gaat de NMa dit na en neemt zonodig passende maatregelen, zoals een betalingsregeling. (vraag 11)

De Kamer verzoekt om een overzicht van de verschillende regelingen met bijbehorende kortingen. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar de brief van de NMa die de Minister van Economische Zaken op 4 februari heeft doorgestuurd naar de Tweede Kamer (28 244, nr. 89). In deze brief wordt uiteengezet hoeveel bouwbedrijven in de GWW sector een boete kunnen verwachten van de NMa, wat de berekeningsgrondslag voor de bruto-boete (bepaalde percentages van de aanbestedingsomzet in 2001) zal zijn en met welke percentages de boete vervolgens verminderd wordt. Hierbij zijn onder meer genoemd: clementie, kiezen voor de versnelde procedure (incl. een extra regeling voor het MKB, zie ook het antwoord op vraag 11), het doorzenden van informatie aan de Belastingdienst en compensatie van opdrachtgevers. (vraag 43)

De NMa is inmiddels doorgegaan met de sanctieprocedure. Op dit moment worden de definitieve sanctiebeschikkingen voorbereid. Indien er op korte termijn echter toch een collectieve regeling met opdrachtgevers zou komen, dan is de NMa echter bereid om haar eerdere toezegging om 10 % van het bedrag dat een onderneming bijdraagt aan de collectieve

regeling in mindering te brengen op de boete (met een maximum van 10 % van die boete) alsnog gestand te doen. De NMa zal dan weer nieuwe besluiten nemen waarin de boetevermindering is verwerkt. (vraag 38)

Het idee dat een grote groep bouwbedrijven de dans ontspringt is niet juist. Zoals reeds is aangegeven heeft aanzienlijk meer dan de helft van de Nederlandse bouwbedrijven (gemeten naar omzet) zich vrijwillig gemeld bij de NMa naar aanleiding van de 1 mei-oproep (zie het antwoord op Schriftelijke Kamervragen van de vaste commissie voor Economische Zaken over de brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 14 oktober 2004, 28244, nr. 85). Daartoe behoren alle grote bouwbedrijven. Bedrijven die zich vrijwillig hebben gemeld krijgen, onder voorwaarden, een reductie van de boete. Naar aanleiding van die meldingen zijn in de onderzoeken van de NMa in de GWW-sector nog eens circa 300 andere bedrijven in beeld gekomen. Het is dus zeker niet zo dat zwijgen beter is dan spreken, integendeel. De onderzoeken in de woning- en utiliteitsbouw, de installatiebranche en andere sectoren zullen later door de NMa worden afgerond.

Voor het overige geldt natuurlijk dat de NMa steeds moet kunnen bewijzen dat een onderneming betrokken is bij een kartelafspraken. Een enkele aanwijzing of vermelding is daarvoor onvoldoende. Indien de NMa in de toekomst nieuwe informatie zal verkrijgen over bedrijven die nu nog niet bekend zijn bij de NMa dan kan tegen die bedrijven alsnog ook een sanctieprocedure worden gestart. Wel worden nu eerst de lopende onderzoeken en procedures afgerond. (vraag 45)

Het verband tussen een overtreding van de mededingingsregels en prijsopdrijving zal steeds van geval tot geval bekeken moeten worden waarbij alle relevante omstandigheden meegewogen dienen te worden. Prijsopdrijving vertaalt zich niet altijd ondubbelzinnig in hogere winsten. Het prijseffect leidt tot maatschappelijke doelmatigheidsverliezen die niet altijd in de resultatenrekening van een bedrijf zijn terug te vinden. Daarbij hoeft het niet alleen te gaan om een afname van de productie, maar ook om inefficiënt produceren en om onderlinge betalingen buiten de boeken om. Deze inefficiënties komen uiteindelijk als kosten in de officiële boekhoudingen terecht. Slechts de netto-kartelwinst, de daadwerkelijke prijsopdrijving, zal leiden tot een waarneembaar hogere winst. (vraag 48)

Sancties

Bij het eventueel opleggen van sancties door de overheidsopdrachtgevers is de regel dat het Europese en nationaal aanbestedingsrecht kaderstellend is. Dit houdt in dat er geen algemene zwarte lijst mag worden opgesteld maar dat per aanbesteding beoordeeld moet worden of een sanctie zoals uitsluiten is toegestaan. Bedrijven die zich niet vrijwillig gemeld hebben bij de NMa voor 1 mei 2004 mogen niet per definitie uitgesloten worden. Er zal altijd eerst een overtreding (van bijvoorbeeld de mededingingswet) geconstateerd moeten worden. Dit kan bijvoorbeeld aan de hand van de lijst van bedrijven die de NMa beboet. Deze lijst is op dit moment nog niet bekend. Op basis van deze lijst moet de aanbestedende dienst nagaan of uitsluiting een adequaat en proportioneel middel is. Daarbij kan ook rekening gehouden worden met de omvang van het werk en met maatregelen die door het desbetreffende bedrijf intussen zijn genomen. (vraag 47)

Ook het stellen van minimum standaarden vooraf om paal en perk te stellen aan frauduleuze praktijken moet geplaatst worden in een Europees kader. Om dit beleid vorm te geven zijn in februari 2004 beleidsregels integriteit en uitsluiting voor bouw, milieu en ict gepubliceerd, waar het rijk zich aan dient te houden. Een vragenlijst over integriteitsaspecten die vooraf door inschrijvers ingevuld moet worden en het leveren van harde bewijzen voor eigen

1102-5-67

verklaringen op het moment van gunning zijn daarmee normale praktijk geworden bij aanbestedingen door de rijksoverheid. Als omkoping geconstateerd wordt ook tijdens het contract dan is uitsluiting of annuleren van het contract wel mogelijk (vraag 44).

Overige vragen:

Kunt u uitleggen wat het verschil tussen schikken bij overtredingen van wetten en regels en het schikken bij het betalen van een schadevergoedingen? (vraag 21 deels)

Bij wetsovertredingen kan het OM een zogenaamde transactie aanbieden, waarbij de verdachte aan vervolging kan ontkomen door de voorgestelde sanctie, veelal een boete, te accepteren. Ten onrechte wordt in plaats van het begrip transactie nogal eens de term schikking gebezigd, die niet thuishoort in het straf- of bestuursrecht. Met een schikking of beter gezegd een vaststellingsovereenkomst wordt beoogd een civiel geschil tussen partijen te beëindigen in plaats van het aan de civiele rechter voor te leggen.

Vragen aanbestedende diensten bij aanbestedingen nog steeds om inzicht in de financiële positie van bouwbedrijven? (vraag 34)

Ja.

Wat is de visie van de Landsadvocaat op het verloop tot nu toe van de proefprocessen en op de beslissing van het kabinet om niet in te stemmen met de schikking? (vraag 37)

De Landsadvocaat is op aanvraag adviseur voor de regering voor in het algemeen juridische aangelegenheden. De Landsadvocaat adviseert niet in politieke aangelegenheden en beleidskeuzes. Daarom is de eventuele visie van de Landsadvocaat op deze beslissing van het kabinet niet van belang. Aan hem is de kabinetsbeslissing voor het niet schikken dan ook niet voorgelegd.

Over het verloop van de proefprocedures heeft de Landsadvocaat de volgende visie:

In de proefprocessen is tot dusverre uitsluitend aan de orde geweest of de civiele rechter dan wel de Raad van Arbitrage tot berechting bevoegd is. Dat is op zichzelf niet verrassend, gezien de grote achterliggende belangen. Eén van die belangen is dat aannemers verwachten dat zij zich in arbitrage kunnen beroepen op een zeer korte termijn voor het aanhangig maken van de vorderingen tot schadevergoeding, hetgeen in voorkomende gevallen tot een extra verweer kan leiden ten opzichte van de civiele procedure. Hoewel het debat over de bevoegdheidsvraag de nodige tijd heeft gevegd en onvermijdelijk nog zal vergen, is van groot belang dat ondubbelzinnig wordt vastgesteld wie tot het berechten van de geschillen bevoegd is, alvorens inhoudelijk wordt voortgeprocedeerd. Aldus wordt zoveel mogelijk voorkomen dat achteraf nog discussie plaatsvindt over de vraag of een inhoudelijk vonnis bevoegd is geweest.

Wat is uw reactie op het onderzoek van Transparency International (TI) waaruit blijkt dat de bouwfraude overal en nog steeds plaats vindt en de bouwwereld ongebruikelijk sterk vatbaar is voor corruptie? (bron: Volkskrant 17 maart jl.) Vermoedt u dat dit ook nog steeds in Nederland het geval is? Deelt u de mening van TI dat dit komt doordat bouwprojecten weinig gestandaardiseerd zijn en met de hoeveelheid benodigde handtekeningen en vergunningen de kat op het spek wordt gebonden? Welke oplossing ziet u voor deze problemen? (vraag 46):

Het onderzoek van Transparency International geeft aan dat de bouwfraude zich niet alleen in Nederland voordoet maar een wereldwijd voorkomend probleem is. Van belang is om een onderscheid te maken tussen kartelafspraken bij aanbestedingen enerzijds en corruptie en omkoping anderzijds. Het onderzoek van Transparency International richt zich met name op

19-5-2013

het laatste. Ook in Nederland heeft zich in de afgelopen jaren een aantal gevallen van corruptie en omkoping voorgedaan. Deze zaken zijn of worden via het strafrecht vervolgd. Ten aanzien van kartelafspraken is de NMa de bevoegde instantie.

Het kabinet hecht aan een goed functionerende bouwsector. De noodzakelijke verandering moet primair van de sector zelf komen, maar er is ook een belangrijke rol voor de overheid weggelegd. Zo wordt in het kader van de herziening van de aanbestedingsregels een verplichting in het leven geroepen voor alle aanbestedende diensten om de integriteit van potentiële opdrachtnemers in o.a. de bouw te onderzoeken. Indien een potentiële opdrachtnemer niet-integer blijkt te zijn, dient hij in beginsel uitgesloten te worden van de aanbestedingsprocedure. Ook vanuit het Kennisnet Aanbesteden dat opgericht is met het oogmerk alle overheidsopdrachtgevers te professionaliseren wordt aandacht geschonken aan het aspect van integriteit. Ook het instellen van de Regieraad Bouw dient het veranderingsproces op gang te brengen en te houden.

Is de oprichting van een 'goodwillfonds' na het kabinetsbesluit van 4 maart jl. nog in beeld?

In het principe akkoord tussen overheidsopdrachtgevers en Bouwend Nederland is geen sprake van een 'goodwillfonds' of iets dergelijks. Als er tot betaling zou komen dan zou dit niet via een fonds gaan.

Kan de Kamer de kabinetsreactie omtrent de klokkenluidersregeling nog het voor Algemeen Overleg over de bouwfraude van 5 april a.s. verwachten? (vraag 49)

Het kabinet wil bij zijn standpunt over de klokkenluidersproblematiek alle van belang zijnde aspecten betrekken. In verband daarmee is het niet mogelijk het kabinetsstandpunt nog voor het algemeen overleg over de bouwfraude van 5 april a.s aan de Tweede Kamer te sturen, maar het streven is wel dit zo spoedig mogelijk te doen. [EZ komt nog met een aangepast tekstvoorstel!]

Bijlage

De NMa heeft in april 2003 een boete opgelegd van in totaal EUR 1.232.000,- (vier maal EUR 308.000,-) aan de volgende bedrijven: Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., Ballast Nedam Infra Noord Oost, Gruno Wegenbouw B.V. en Koop Tjuchem B.V. voor het maken van onderlinge afspraken rond een onderhandse aanbesteding van de Groningse gemeente Scheemda.

De NMa heeft in december 2003 aan 22 bouwbedrijven boetes opgelegd voor overtredingen van het kartelverbod. Het ging hier om de volgende zaken:

1. Negen bouwondernemingen wegens verboden aanbestedingsafspraken met betrekking tot het onderhoud van wegen in de provincies Groningen, Friesland en Drenthe. Het gaat in deze zaak om de volgende bedrijven: Ballast Nedam Infra Noord Oost B.V. (EUR 240.000), Koop Tjuchem B.V. (EUR 677.000), Oosterhof-Holman Infra B.V. (EUR 313.000), Reef Infra B.V. (EUR 429.000), Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans B.V. (EUR 289.000), Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. (EUR 240.000), BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. (EUR 585.000), Vermeer Infrastructuur B.V. (EUR 327.000);
2. In de zaak van de zogenoemde Noord Holland Acht of Schiphol Acht gaat het om een voortdurend proces van verboden afspraken rond de aanbesteding van vijftien grote infrastructurele projecten in de regio Haarlemmermeer/Schiphol. Hiervoor zijn aan de volgende bedrijven boetes opgelegd: Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V. (EUR 14.548.000 gezamenlijk), HBG Civiel B.V. en Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V. (EUR 14.436.000 gezamenlijk), Vermeer Infrastructuur B.V. (EUR 11.248.000), Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. (EUR 18.429.000), NBM Noord-West B.V. (EUR 12.190.000), Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans B.V. (EUR 13.874.000), Koop Tjuchem B.V. (EUR 6.283.000), Ooms Avenhorn B.V. (EUR 3.604.000);
3. Bij de aanbesteding van atletiekbanen gaat het om een jarenlange verboden marktverdelingsafpraak tussen de vijf belangrijkste ondernemingen op het gebied van de aanleg, renovatie en onderhoud van kunststof atletiekbanen. De afspraak had betrekking op atletiekbanen die in het hele land werden aangelegd of onderhouden. Hiervoor zijn aan de volgende bedrijven boetes opgelegd: Groenewoud Sport & Recreatie B.V. (EUR 450.000), Arcadis PlanRealisatie B.V. (EUR 369.000), Van Gelder Cultuurtechniek B.V. (EUR 67.000), Ingenieursbureau Oranjewoud B.V. (EUR 1.213.000), Aannemingsbedrijf Van Lee B.V. en Heijmans Sport en Groen B.V. (EUR 610.000 gezamenlijk);
4. De NMa beboet een mededingingsbeperkende overeenkomst tussen Heijmans Beton- en Waterbouw B.V. en Solétanche Bachy France S.A. met betrekking tot de structurele uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie over en het uitsluiten van concurrentie bij de uitvoering van civiele betonwerken met toepassing van bijzondere funderingstechnieken. Hiervoor zijn boetes opgelegd

aan Heijmans N.V. (EUR 50.000) en Solétanche Bachy France S.A. (EUR 50.000). De NMa onderzocht de relatie tussen Heijmans en Solétanche naar aanleiding van een klacht van de gemeente Amsterdam in het kader van de aanbesteding van onderdelen van de Noord-Zuidmetrolijn;

5. De recente aanbestedingsafspraken met betrekking tot de herprofilering van de Mokerstraat en de Aambeeldstraat in Amsterdam-Noord betreft een relatief klein project. Hiertegen is de NMa opgetreden omdat de verboden afspraken werden gemaakt op het moment dat de parlementaire enquête vrijwel was afgerond en de NMa ook al uitdrukkelijk had aangegeven op te treden tegen verboden aanbestedingsregelingen in de bouw. In deze zaak zijn aan de volgende bedrijven boetes opgelegd: Floris Aannemingsmaatschappij B.V. (EUR 14.400), Zandrema B.V. (EUR 8.900), Aannemingsbedrijf AC de Groot B.V. (EUR. 2.600).

Daarnaast hebben een aantal ondernemingen en personen in 2003 boetes gekregen wegens niet-meewerken aan de onderzoeken van de NMa. Het gaat hier meestal om enkele duizenden euro's.

De NMa heeft in juni 2004 aan 12 dakbedekkingsbedrijven boetes opgelegd voor het maken van onderlinge afspraken rond vijf aanbestedingen in de dakbedekkingsbranche. De opgelegde boetes variëren in hoogte van € 3.900 tot € 326.800 en bedragen in totaal € 1.056.600. Het betreft de volgende ondernemingen:

- Cazemier Dakbedekking Rotterdam B.V. (€ 3.900 i.v.m. aanbesteding Vestia in 2003).
- Consolidated Nederland B.V. (€ 4.200 i.v.m. aanbesteding Vestia in 2003, € 232.000 i.v.m. aanbesteding AMC, € 39.000 i.v.m. aanbesteding door Gouda en € 23.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec, in totaal € 298.200).
- Dakbedekkingsbedrijf Boko B.V. (€ 93.000 i.v.m. aanbesteding AMC).
- Erdo B.V. (€ 232.000 i.v.m. aanbesteding AMC, € 19.000 i.v.m. aanbesteding Gouda, € 70.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec en € 5.800 i.v.m. aanbesteding Philips, in totaal € 326.800).
- Smid en Hollander Bouw B.V. (€ 32.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec).
- Sputc, Asphalt en Sputcwerk, Dakbedekking B.V. (€ 19.000 i.v.m. aanbesteding Gouda).
- Strijland Dakbedekking B.V. (€ 93.000 i.v.m. aanbesteding door AMC).
- Swindak B.V. (€ 93.000 i.v.m. aanbesteding door AMC).
- Templefields 505 B.V. (voorheen handelend onder de naam Kimmenade) (€ 23.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec)
- Texa Dakbedekkingen B.V. (€ 3.900 i.v.m. aanbesteding Vestia in 2003).
- Van Venrooy B.V. te Hoogeveen (€ 44.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec).
- Witteveen Daktechniek Noord B.V. (€ 21.000 i.v.m. aanbesteding Emmtec en € 5.800 i.v.m. aanbesteding Philips, in totaal € 26.800).

Overzicht lopende bezwaarzaken:

- Scheemda (4 ondernemingen)
- Heymans/Soletanche (2 ondernemingen)
- Atletiekbanen (3 ondernemingen)
- Asfalt zware wegenprojecten Noord-Nederland (9 ondernemingen)
- Noord-Holland Acht (7 ondernemingen)
- Dakdekkers (24 bezwaarschriften, aantal van dezelfde ondernemingen)

Verder is nog in 6 niet-medewerking zaken bezwaar aangetekend.

Nota

Ministerie van Economische Zaken

2



Auteur **10.2.e**
 Datum **9-10-2006**
 Aan de Minister

Toestelnummer **10.2.e**
 Uiterlijk bij geadresseerde
 Informatiekopie aan
 Archief/ Secr/ MT-MW
10.2.e
 KG Mededinging

Notanummer
 EP/MW 6083183
 Medeparaaf en datum
10.2.e EP/PC **10/10**

ohé
10.2.e

Bijlage(n)
3

Onderwerp
antwoorden op vragen van het lid Gerkens over kartelvorming bij de asfaltaanleg

Samenvatting en conclusies

Hierbij leggen wij u de antwoorden voor van de Minister van V & W op de vragen van het TK-lid Gerkens van 22-9-2006 over het artikel "Het asfaltkartel" in HP/De Tijd van 20-9-2006 (bijgevoegd). De eerste negen vragen gaan alleen V & W aan. Vraag 10 gaat over het aanbestedingsbeleid en dat behoort tot uw competentie. Daarom beantwoordt de Minister van V & W vraag 10 mede namens u. Over de antwoorden hebben wij met ambtelijk V & W overeenstemming en wij hebben deze afgestemd met de NMa.

Advies

- Uw medeparaaf verlenen op bijgevoegde antwoorden.
- Het antwoord op vraag 10 luidt dat generieke uitsluiting van bedrijven door aanbestedende diensten ("zwarte lijst") strijdt met de principes van de EG-aanbestedingsrichtlijnen. Wel komt er een openbaar registratiesysteem van ondernemingen met een Integriteitverklaring Aanbesteden.

Toelichting

- De Europese Commissie (EC) heeft onlangs aan acht leveranciers van bitumen (grondstof voor asfalt) en de grootste zes wegebouwbedrijven een boete € 266,717 miljoen opgelegd wegens verboden afspraken over



Ontvangen Verzonden Terugontvangen

10.2.e

In te vullen door Secretariaat Generaal

Paraaf en datum
 Eric Wiebes
 Hans Vijlbrief

10.2.e

10/10
09/10



prijzen en kortingen. Onze informatie hierover is alleen gebaseerd op een persbericht van de EC (zie bijlage). De EC heeft de boetebeschikking nog niet openbaar gemaakt.

- De eerste negen antwoorden komen erop neer, dat V & W niet vòòr het persbericht van dit kartel wist, maar het onderzoek zeer serieus neemt. Aanzienlijke discrepanties in de prijsontwikkeling voor bitumen volgens de gegevens van het Centrum voor Regelgeving en Onderzoek en volgens de door RWS uit onderzoek bij leveranciers verkregen gegevens zijn nooit gesignaleerd. RWS heeft te maken met aannemingsommen voor wegebouwwerken, waaruit de prijs voor bitumen niet blijkt. Hogere prijzen voor asfalt dan in het buitenland zijn toe te schrijven aan de zwaardere eisen die in Nederland aan asfalt worden gesteld. Als kleinere wegebouwers door het kartel minder kortingen kregen dan de grotere wegebouwers, is het aan die kleinere wegebouwers om schadevergoeding te eisen. Een civiele actie van V & W tegen de kartelleden vanwege door v & W geleden schade wordt niet uitgesloten.
- Het antwoord op vraag 10 komt erop neer dat een “zwarte lijst” op grond waarvan aanbestedende diensten bedrijven generiek kunnen uitsluiten in strijd is met de principes van de EU-aanbestedingsrichtlijnen, met name met het proportionaliteit- en subsidiariteitsbeginsel. Beter kan gebruik worden gemaakt van de mogelijkheden die de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens biedt om de integriteit van ondernemers te toetsen. Wel zal een openbaar toegankelijk registratiesysteem worden gemaakt, waarop ondernemingen staan die de Integriteitverklaring Aanbesteden hebben aangevraagd en gekregen.

10.2.e

directie Marktwerking



de voorzitter van de Tweede
der Staten-Generaal
Binnehof 4
2513 AA DEN HAAG

*Originele alle stukken kunnen in
het*

→ *in slammom naar DG* *wordt*
hante
hante's

Tankur.

doon
drag boeken naar

DG EP.

Contactpersoon

Datum

9 oktober 2006

Ons kenmerk

SDGM&I/2006/1790/37152

Onderwerp

Beantwoording vragen, nr. 2060700190, ingezonden 22 september 2006, van het lid van de Tweede Kamer, mw. Gerkens (SP), over kartelvorming bij de asfaltaanleg

Geachte voorzitter,

Op 22 september 2006 heb ik onder nr. 2060700190 tien vragen ontvangen van het lid van de Tweede Kamer, mw. Gerkens (SP), over kartelvorming bij asfaltaanleg. De vragen zijn gesteld naar aanleiding van de door de Europese Commissie op 12 september 2006 opgelegde boetes aan de leden van een Nederlands asfaltkartel.

Als bijlage bij deze brief treft u, steeds opgenomen onder de oorspronkelijke vragen, mijn antwoorden aan.

Ik merk nog op dat ik vraag 10 mede beantwoordt namens de Minister van Economische Zaken, die eerstverantwoordelijke is voor het aanbestedingsbeleid, waaronder de uitsluitingenproblematiek.

Hoogachtend,

DE MINISTER VAN VERKEER EN WATERSTAAT,

Karla Peijs

Postadres Postbus 20901, 2500 EX Den Haag
Bezoekadres Plesmanweg 1, Den Haag

Telefoon 070 10.2.e
Fax 070 10.2.e
E-mail 10.2.e@hkw.rws.minvenw.nl
Internet www.minvenw.nl

BIJLAGE BIJ DE BRIEF etc. etc,
Antwoorden van de Minister van Verkeer en Waterstaat op de vragen van het lid Gerkens (SP), nr. 2060700190 over kartelvorming bij de asfaltaanleg.
(Ingezonden 22 september 2006)

1. Wat is uw mening over het door de Europese Commissie geconstateerde bitumenkartel? 1)
1. Ik neem het onderzoek en de boeteopleggingen door de Europese Commissie zeer serieus en heb Rijkswaterstaat opdracht gegeven om de eventuele schade voor Verkeer en Waterstaat in kaart te brengen, wat financieel en juridisch onderzoek vergt. Andere GWW-opdrachtgevers als provincies, gemeenten, waterschappen en de bouwministeries zullen bij mijn eigen onderzoek worden betrokken. Dit onderzoek is nodig, omdat uit het mij bekende persbericht van de Europese Commissie van 13 september 2006, kenmerk IP/06/1179, die consequenties nog niet blijken. De stukken waar HP De Tijd de hand op wist te leggen, zijn mij niet bekend. Aan de EU kunnen belanghebbenden nadere gegevens opvragen. De Europese Commissie honoreert een dergelijk verzoek, als de verzoeker als belanghebbende wordt aangemerkt en als het gegevens betreft van bedrijven die niet in hoger beroep zijn gegaan, dan wel daar nog toe kunnen besluiten.

Ik zal de Europese Commissie in elk geval wel om nadere gegevens over het bitumenkartelonderzoek verzoeken.

2. Kunt u aangeven hoe lang dit kartel bestaan heeft?
2. Nee, niet uit eigen kennis, zie ook mijn antwoord op vraag 3.
Uit het materiaal bij het persbericht van de Europese Commissie over de boeteopleggingen maak ik op dat het kartel al vanaf 1994 bestond.
3. Was u op de hoogte van het bestaan van deze prijsafspraken?
3. Nee, niet vóór het bericht over de boeteopleggingen door de Europese Commissie.
4. Kunt u aangeven in hoeverre er controle gehouden is op de hoogte van de prijzen die sinds de jaren '70 door de centrale prijsindex voor bitumen gepubliceerd worden?
4. Rijkswaterstaat volgt de prijsontwikkeling via de zogenaamde indexreeks van het Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Wegenbouw. Daarnaast houdt RWS zelf een landelijk bestand van kostprijzaken (LBK) bij, dat uitgaat van eigen onderzoek bij leveranciers. Aanzienlijke discrepanties tussen deze beide bronnen zijn nooit gesignaleerd; de trends stemmen in grote lijnen overeen.

5. Kunt u aangeven waarom Rijkswaterstaat jarenlang akkoord ging met veel hogere asfalt prijzen dan in onze buurlanden?
5. RWS heeft doorgaans te maken met totale aannemingssommen, waarbinnen de ondernemer een eigen kostentoerekening maakt. Zelfs als RWS een prijs voor het asfalt ziet, is dit een totale prijs waarin toelevering, productie, verwerking en risico zijn opgenomen. De prijs voor bitumen vormt maar een beperkt deel van de totale prijs van asfalt.

Daarnaast is Nederlands asfalt niet één op één vergelijkbaar met producten uit buurlanden, doordat andere eisen aan het asfalt worden gesteld en contractuele voorwaarden anders zijn:

- Zo worden aan ZOAB, dat in Nederland veel wordt toegepast, hogere eisen gesteld dan aan "normaal" asfalt.
- Ook stelt de slappe grond in Nederland hogere eisen aan de kwaliteit van het asfalt, met name aan de flexibiliteit.

Tenslotte wordt in asfalt steenslag verwerkt. Aangezien Nederland zelf geen steengroeven heeft, zijn de transportkosten voor deze grondstof hoger.

6. Is het waar dat de grote wegenbouwers korting kregen op de officiële prijzen van bitumen?
6. Dit is mij uit eigen waarneming onbekend, zie ook mijn antwoord op uw vraag 3. Kennelijk hebben 6 grote wegenbouwers korting gekregen op de gangbare prijzen.
7. Controleert u of de bedragen die aannemers berekenen bij de offertes ook overeenkomen met de daadwerkelijke kosten die deze aannemers hiervoor maken? Zo neen, bent u bereid dit te gaan doen?
7. Rijkswaterstaat controleert dit nu niet. Uit mijn antwoorden op de vragen 4 en 5 kunt u ook afleiden dat de mogelijkheden en waarde van een dergelijke controle beperkt zijn. Dit geldt temeer, nu RWS steeds meer gebruik maakt van integrale en op een hoger abstractieniveau gespecificeerde opdrachten en dito offertes.
8. Welke maatregelen gaat u nemen om de kleinere wegenbouwers te compenseren voor de jarenlange achtergestelde positie door de hogere bitumenprijzen?
8. De wegenbouwers, ook de kleinere, hadden en hebben een contractuele relatie met de leveranciers. Als zij zich geschaad achten in die relatie, dan is het aan hen om civielrechtelijke acties te starten.
9. Gaat u de schade die u heeft geleden door de jarenlange kartelvorming

verhalen op de deelnemers van het kartel? Zo neen, waarom niet? Zo ja, welke maatregelen gaat u nemen en hoeveel geld denkt u hiermee binnen te kunnen halen?

9. Ik sluit een dergelijke civielrechtelijke verhaalactie, die gebaseerd zou moeten worden op onrechtmatige daad, niet uit, maar kan daar bij de start van mijn eigen onderzoek nog geen uitspraken over doen.
10. Bent u bereid een zwarte lijst op te stellen van malafide wegebouwers die oneerlijke prijzen doorberekenen? Zo ja, welke maatregelen gaat u nemen? Zo neen, waarom niet?
10. Een lijst van bedrijven, op grond waarvan aanbestedende diensten bedrijven generiek kunnen uitsluiten, is in strijd met de principes van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het gaat dan met name om het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel uit de EU-richtlijnen. In plaats van een zwarte lijst kan beter gebruik gemaakt worden van de reeds bestaande mogelijkheden die de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens biedt om de integriteit van ondernemers te toetsen. Wel zal een openbaar toegankelijk registratiesysteem worden gemaakt, waarop ondernemingen staan, die de Integriteitsverklaring Aanbesteden hebben aangevraagd en gekregen. Alleen aan ondernemingen die op deze "witte lijst" staan zullen opdrachten verstrekt mogen worden.

1) HP/De Tijd, 20 september 2006



Important legal notice

English

EUROPA > European Commission > Press Room > Press Releases
 Midday Express Recent Press Releases Select a topic

Contact | Search on EUROPA
 Search



- Login
- Register
- Documentation
- What's New
- About

Competition: Commission fines 14 companies a total of €266.717 million for price fixing of road bitumen in the Netherlands

Reference: IP/06/1179 Date: 13/09/2006

HTML: EN FR DE NL
 PDF: EN FR DE NL
 DOC: EN FR DE NL

IP/06/1179

Brussels, 13th September 2006

Competition: Commission fines 14 companies a total of €266.717 million for price fixing of road bitumen in the Netherlands

(see also [MEMO/06/324](#))

The European Commission has found that 8 suppliers and 6 purchasers of road bitumen in The Netherlands participated in a cartel from 1994 to 2002 to fix prices in violation of the EC Treaty competition rules' ban on restrictive business practices (Article 81). These 14 companies have been fined a total of €266.717 million. Bitumen suppliers (BP, Esha, Klöckner Bitumen, Kuwait Petroleum, Nynäs, Shell, Total and Wintershall) and construction companies (Ballast Nedam, Dura Vermeer, Heijmans, Hollandsche Beton Groep (now part of Koninklijke BAM Groep), Koninklijke BAM Groep and Koninklijke Volker Wessels Stevin) fixed the gross price of all road pavement bitumen sold in the Netherlands, and agreed uniform minimum rebates for the construction companies that were cartel members, and a smaller maximum rebate for all other road builders. This restricted price competition and disadvantaged smaller road building companies. Shell and KWS had their fine increased as they began and led the cartel. Shell's fine was also increased for being a repeat offender. KWS's fine was also increased for having tried to obstruct the Commission's investigation.

Bitumen, a by-product of fuel production, is mainly used to make asphalt, binding other road surfacing materials together. This cartel covered all bitumen used for road construction in the Netherlands, a market valued around €62 million in 2002.

In June 2002, BP applied to the Commission for immunity from fines. In October 2002, the Commission carried out inspections of various bitumen suppliers and road constructors. It sent Statements of Objections in October 2004. A hearing was held in June 2005.

The cartel

From at least 1994 to 2002, a delegation of the bitumen suppliers met with the six biggest road construction companies in the Netherlands in a series of meetings, called the "bitumen consultation" ("bitumenoverleg"). These meetings were usually preceded by preparatory meetings of the suppliers and separate preparatory meetings of the six biggest road construction companies (the latter

being referred to as "WO5" or "WO6" ("wegenbouwoverleg", i.e. road building consultation; "5" or "6" refers to the number of large construction companies participating in the system).

In the joint meetings, participants fixed the gross price of road bitumen to be invoiced to the asphalt production plants and two rebates for the construction companies that own these asphalt production plants: A uniform minimum rebate for the road construction companies that were part of the cartel and a lower maximum rebate for other road construction companies that were not part of the cartel.

The latter therefore had to pay higher prices. The construction companies participating in the cartel appeared not to be particularly concerned about the absolute level of the price of bitumen, as long as they received larger discounts than their smaller competitors. This caused the price level of bitumen in the Netherlands, even after the discounts granted to the large road builders, to gradually rise above that in neighbouring countries. All cartel members, both suppliers and buyers, therefore had an interest in participating in the cartel.

Regular monitoring of the implementation of the agreements took place and "fines" (retroactive extra discounts) could be imposed on the suppliers if they were found to have granted too high rebates to smaller road builders.

Fines

In setting the fines, the Commission took account of the very serious nature of the infringement, the limited size of the market, the long duration of the cartel and the size of the firms involved. The Commission increased some of the fines for repeat offenders (50% increase for Shell given its participation in the polypropylene and PVC(II) cartels - for the latter see IP/94/732), for playing an instigating and leading role in the cartel (50% increase for Shell and for KWS) and for attempts to obstruct the Commission investigation (10% increase for KWS). During the inspection in October 2002, KWS twice refused the Commission inspectors access to premises, forcing the Commission to invoke the aid of the Dutch Competition Authority and Dutch police.

Some companies co-operated with the investigation and provided important information about the cartel: this was rewarded in line with the Commission's Leniency Notice (see IP/02/247 and MEMO/02/23). BP was granted full immunity from a fine which would otherwise have been € 30.78 million, while Kuwait Petroleum had its fine reduced by 30%. Nynäs, Shell, and Total also claimed a reduction of the fine, but failed to qualify given the evidence already in the Commission's possession. None of the construction companies applied for leniency.

Ballast Nedam first joined the cartel in 1996, when it became a major road builder in the Netherlands. Wintershall sold its bitumen business to Veba (now BP) at the end of 1999.

The fines in this case were based on the 1998 Fining Guidelines, used in this case because they were in force at the time the Statement of Objections was issued.

Action for damages

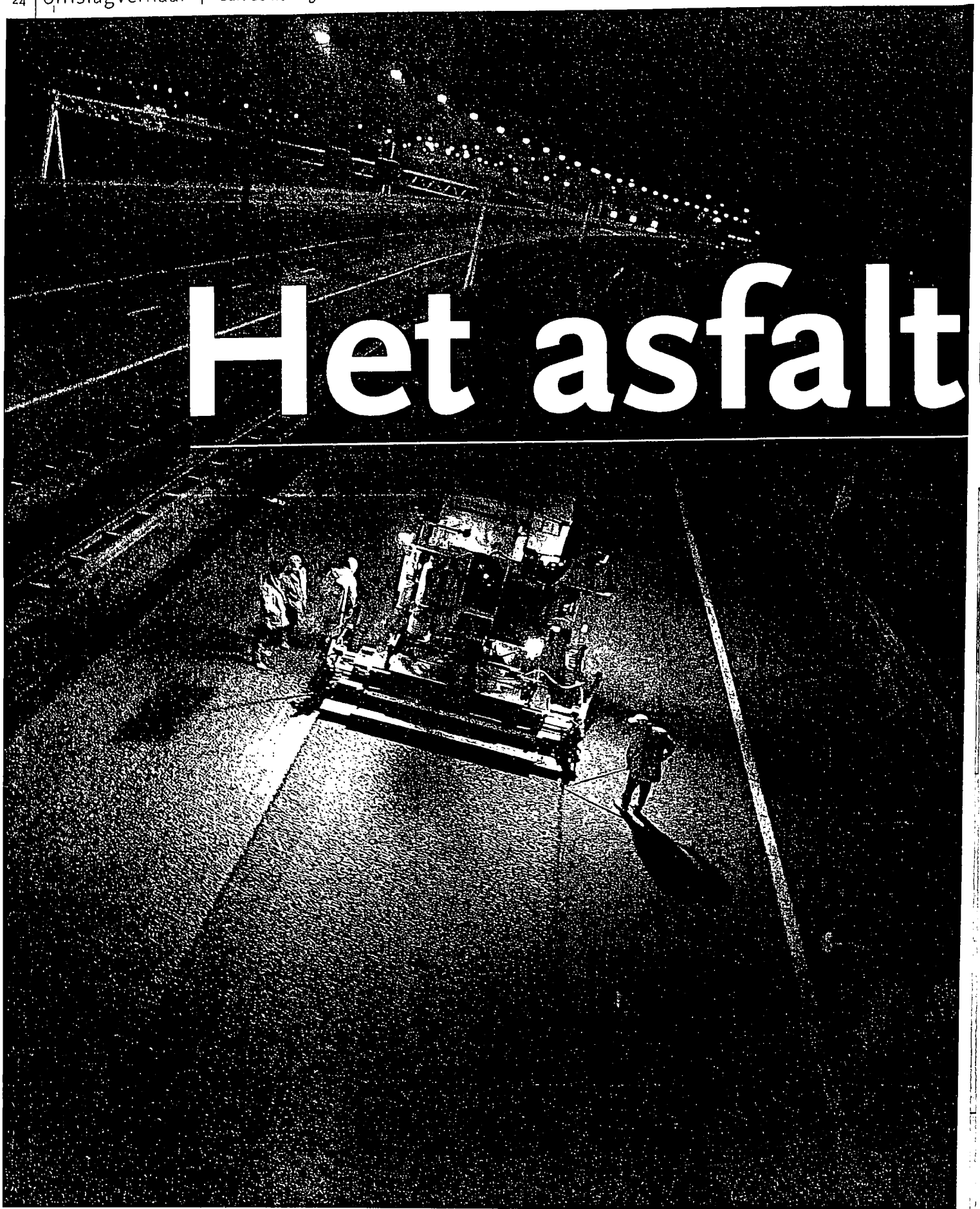
Any person or firm affected by anti-competitive behaviour as described in this case may bring the matter before the courts of the Member States and seek damages, submitting elements of the published decision as evidence that the behaviour took place and was illegal. Even though the Commission has fined the companies concerned, damages may be awarded without these being reduced on account of the Commission fine. A Green Paper on private enforcement has been published (see IP/05/1634 and MEMO/05/489).

For more information on the Commission's action against cartels, see MEMO/06/326.

Fines imposed and reductions granted by the Commission in this case:

	Name	Reduction of fine %	Fine * (€ million)
	BITUMEN SUPPLIERS		
1.	BP	100 %	0
2.	Esha		11.5
3.	Klöckner Bitumen		10
4.	Kuwait Petroleum	30 %	16.632
5.	Nynäs		13.5
6.	Shell		108
7.	Total		20.25
8.	Wintershall		11.625
	BITUMEN PURCHASERS		
9.	Ballast Nedam		4.65
10.	Dura Vermeer		5.4
11.	Heijmans		17.1
12.	Hollandsche Beton Groep		7.2
13.	Koninklijke BAM		13.5
14.	Koninklijke Volker Wessels Stevin		27.36
	TOTAL		266.717
(*) = fine imposed on the undertaking, some legal entities concerned are held jointly and severally liable for the whole or part of the fine imposed			

Het asfalt



kartel

De Nederlandse belastingbetaler is voor talloze miljoenen euro getild: de grote oliemaatschappijen en de grote aannemers hielden jarenlang de prijs van asfalt veel te hoog. Het vertrouwelijke onderzoeksdossier van de Europese Commissie is in het bezit van *HP/De Tijd*.

Is Nederland bouwfraude-moe? Het lijkt er wel op. Vorige week deelde de Europese Commissie zware boetes uit aan de veertien bedrijven die jarenlang samenspannen in het bitumenkartel. In totaal 267 miljoen euro, waarvan Shell met 108 miljoen euro verreweg het hardst gestraft is. Ter vergelijking: in de beruchte bouwfraudezaak heeft de Nederlandse mededingingsautoriteit voor 'slechts' 140 miljoen euro boetes opgelegd. Die fraudezaak – aangezwengeld toen Ad Bos de schaduwboekhouding van aannemer Koop in *Zembla* onthulde – leidde tot enorme maatschappelijke en politieke verontwaardiging en zelfs tot een parlementaire enquête. De nieuwe fraudezaak, die de Europese Commissie nu heeft afgestraft, is net zo ernstig als de al bekende kartels in de bouwsector – en toch zijn de reacties opmerkelijk lauw. De gestrafte bedrijven vegen in de krant hun straatje schoon, zonder veel tegengas te krijgen. Ballast Nedam

heeft zelfs de brutaliteit om te stellen dat de Commissie 'schromelijk overdrijft'. Het bedrijf gaat in beroep, net als Heijmans. Een woordvoerder van Heijmans noemt de boete 'buitenproportioneel'. Door deze commentaren en de lauwe toon van de berichtgeving zou de krantenlezer al gauw het idee kunnen krijgen dat het hier om gezeur van Brusselse bureaucraten gaat.

Dat is het niet, integendeel. Brussel heeft een nieuwe en omvangrijke bouwfraude opgespoord en afgestraft. De Commissie heeft bij invallen en tijdens verhoren overtuigend bewijs gevonden dat de wegenbouwers samen met de oliemaatschappijen jarenlang een kartel hebben gevormd om de prijs voor bitumen – en daarmee dus asfalt – hoog te houden. (zie kader op pagina 28: 'Wat is bitumen?') De Nederlandse overheid betaalde daarom jarenlang tientallen miljoenen meer voor asfalt dan in de buurlanden België en Duitsland. Dat blijkt uit de 118 pagina's tellende aanklacht van de Commissie, die in handen is van *HP/De Tijd*. In dit vertrouwelijke *Statement of Objections* concludeert de Commissie: "Alle bitumenleveranciers en grote wegenbouwers die actief waren op de Nederlandse markt, waren zich bewust van het illegale karakter van de afspraken en profiteerden van het effect dat het had op de prijzen in vergelijking met het buitenland."

1 Het kartel heeft de belastingbetaler voor een paar honderd miljoen benadeeld

Het kartel zorgde ervoor dat de officiële prijs voor bitumen in Nederland soms tot vijftig procent hoger lag dan in de buurlanden. Daar zat het voordeel voor de producenten. De afnemers, de vijf grote wegenbouwers, profiteerden omdat zij zware kortingen kregen op de officiële prijzen. De kleinere wegenbouwers kregen die lagere prijs niet en moesten hun bitumen dus duurder inkopen. De opdrachtgever – bijna altijd de overheid – die uiteindelijk de rekening betaalde, wist niet dat de wegenbouwer netto veel minder betaalde voor zijn asfalt dan de officiële prijs. Het verschil tussen de officiële prijs en de werkelijke prijs die over- ▶



Het is opmerkelijk hoe onbekommerd Shell zelf in interne documenten spreekt van kartels.

DOLPH CANTREIN / ANP

► eengekomen was met de wegenbouwer, betaalden de bitumenleveranciers terug aan de wegenbouwers in het kartel. Het kartel maakte niet alleen prijsafspraken, maar verdeelde ook de omzet onder de leden.

De Commissie heeft tijdens de huiszoekingen veel belastend bewijsmateriaal in beslag genomen. Zo schrijft Shell, in een in beslag genomen intern document van 6 februari 1995: "Het kartel gaat ten minste terug tot de jaren tachtig." Het kartel was nooit erg stabiel, vervolgt de interne nota, omdat de

olieprijs zo heen en weer schommelde. Toch bleven de vijf wegenbouwers, die binnen het kartel bekend stonden als de W5, behoefte houden aan een stabiele prijs: "Van tijd tot tijd stortte de marktprijs voor bitumen in, maar het kartel kwam regelmatig weer te voorschijn. Om dit probleem op te lossen, werd op initiatief van Shell en Esso het 'Star'-project gelanceerd: een inkoopkartel van de vijf grootste wegenbouwers, in combinatie met het al bestaande leverancierskartel." En, concludeert hetzelfde interne document van Shell: "Aldus ontstond een situatie waarvan kan worden beweerd dat het een samenwerking betreft tussen twee kartels." Het is opmerkelijk hoe onbekommerd Shell hier zelf spreekt van kartels.

Het document is een goudmijn voor de Brusselse karteljaegers, omdat Shell ongekend openhartig is: "Het bovenstaande systeem heeft geresulteerd in prijsafspraken en afspraken over het verdelen van klanten tussen de W5 en de bitumenleveran-

ciers, ten koste van de aanbestedende overheden en de kleine wegenbouwers die niet deelnemen in het W5-netwerk. Tussen Nederland en de omringende landen bestaan soms grote prijsverschillen die niet onmiddellijk gerechtvaardigd kunnen worden." Shell geeft hier zelf in 1995 dus al met zoveel woorden toe dat de overheid benadeeld wordt. In de nota voorspelt Shell dat bij een volledig vrije markt de prijs met 95 gulden per ton zou zakken, bij een bestaande prijs van 340 gulden per ton. Een in beslag genomen document van Esso uit die tijd laat vergelijkbare bedragen zien. Bijna tien jaar later was Nederland nog steeds veel duurder. Uit een document van wegenbouwer KWS blijkt dat in 2002 bitumen in Nederland €222,35 per ton kost, vergeleken met €162 in Duitsland, €158 in België en €162 in Frankrijk. Dat is veertig procent duurder.

Met de prijsafspraken werd de overheid benadeeld, zo vertelde een medewerker van Kuwait (Q8): "In het verleden is het zo geweest dat als de kostprijs van bitumen met €10 steeg, dan kwamen de aannemers en de oliemaatschappijen bijeen en dan werd de bruto prijs met €20 of €50 verhoogd en dat verschil werd gedeeld. Zo werd elkaar de bal toegespeeld." Als Kuwait de prijs van bitumen wilde verhogen, belden ze met de betrokken wegenbouwer: "In veel gevallen ging de wegenbouwer akkoord met zulke prijsverhogingen, op voorwaarde dat hij de kosten kon doorberekenen aan zijn klant, vaak Rijkswaterstaat." Een tientje per ton extra kostte de Nederlandse overheid (bij een gebruik van 300.000 ton per jaar) drie miljoen euro extra. Hoeveel geld het kartel de overheid in totaal heeft gekost, heeft de Commissie niet berekend. Juist omdat een kartel geheim is, laat de schade zich moeilijk berekenen. Toch is er wel een schatting te maken. In 2002 ging er 68 miljoen euro om op de bitumenmarkt. Een veertig procent te hoge prijs betekent dat de Nederlandse overheid alleen al in dat jaar ruim 27 miljoen euro te veel heeft betaald voor asfalt. Gemeten over tien jaar ligt de schade dan tussen de twee- en driehonderd miljoen euro.

2 108 miljoen euro boete omdat Shell bewust doorging met het kartel

De Commissie trekt harde conclusies uit het bewijsmateriaal: "Shell was de leider aan de kant van de bitumenleveranciers. Alle anderen waren actieve deelnemers aan de voorontmoetingen en/of de bitumenbesprekingen. Alleen Esso was een passieve speler door niet deel te nemen aan de vergaderingen. Wat betreft de grote wegenbouwers: zij waren allen gelijk betrokken, met KWS in een leidende en faciliterende rol."

Vlak na de invallen in 2002 reageerde Shell nog laconiek op het onderzoek van de Commissie: "Van inbreuk op de mededingingsregels is geen sprake," zo zei een woordvoerder tegen *de Volkskrant*. Uit het bewijsmateriaal van de Commissie blijkt het tegendeel: "Shell verwijst in 1995 naar zichzelf als een leider in de beginperiode van het kartel." En: "Hierbij was Shell zich goed bewust van het bestaan en het illegale karakter van sommige van de praktijken (die strijdig zijn met de Shell Group Directives)." Daarmee bedoelen de Brusselse onderzoekers de ethische richtlijnen van Shell. Op papier liggen de normen heel hoog bij het Brits-Nederlandse oliebedrijf. Zo gaven de bedrijfsjuristen van Shell International in 2002 de brochure *Competing Fairly* uit, waarin het personeel in eenvoudige taal krijgt uitgelegd dat kartels verboden

Schiphol

Ballast Nedam mocht pas met andere grote bouwers aan het kartel meedoen vanaf 1995, schrijft de Commissie. "Dit gebeurde toen Ballast Nedam erin slaagde om lid te worden van het consortium dat de nieuwe vijfde baan op Schiphol aanlegde. Vanaf dat moment pasten de bitumenleveranciers dezelfde voorwaarden toe voor Ballast Nedam als die ze daarvoor hadden toegepast bij de andere

grote wegenbouwers." Schiphol wist uit de Nederlandse bouwfraudeonderzoeken al dat de bouwers de luchthaven benadeeld hadden bij grote projecten. Topman Gerlach Cerfontaine kondigde vorig jaar aan een schadevergoeding te eisen van acht aannemers. Het zijn grotendeels dezelfde bouwers als in het bitumendossier. De vijfde baan is 3800 meter lang en 60 meter breed. Dat is een hoop bitumen.

- zijn: "Hard core – overduidelijke, klip-en-klare – prijsafspraken zijn verboden en worden strafrechtelijk vervolgd in vele landen. De antikartel-verboden over prijsafspraken strekken zich ook uit tot afspraken tussen concurrenten over prijsgerelateerde zaken zoals kortingen, commissies en kredietvoorwaarden." *Competing Fairly* staat op de website van Shell, onder het hoofdstukje *Business Integrity*. Er was en is dus binnen Shell, van hoog tot laag, geen enkele twijfel dat kartels verboden zijn. De Commissie wrijft Shell die hypocrisie niet voor niets expliciet in. Het oliebedrijf is al een paar keer eerder betrapt op kartelvorming, en juist die hardleersheid, ondanks alle mooie woorden, heeft ervoor gezorgd

Wat is bitumen?

Bitumen is een bijproduct van olieraffinage en wordt vooral gebruikt voor asfalt en dakbedekking. In asfalt is het het bindmiddel dat de stenen vasthoudt. Iedereen kent de walmende wagens wel van wegwerkzaamheden. Volgens een berekening van BP is asfalt goed voor vijftig procent van de totale kosten van nieuwe wegen; ongeveer tien tot twintig procent daarvan bestaat uit de kosten van bitumen. Bij het opnieuw asfalteren van een bestaande weg maakt het asfalt ongeveer tachtig procent van de totale kosten uit, vijftien of twintig procent daarvan bestaat uit bitumen. Wie de prijs van bitumen bepaalt, bepaalt de prijs van asfalt en daarmee voor een deel de prijs van een weg. Dat maakt een kartel aantrekkelijk. Kartelvorming is makkelijk omdat het aantal spelers hier beperkt is. Er is slechts één bitumenfabriek in ons land, van Kuwait in Europoort. Daarnaast is er slechts een beperkt aantal importeurs, zoals Esso en Shell. Ook aan de vraagkant was en is de markt overzichtelijk. In Nederland zijn er vijf grote wegenbouwers, de W5. Deze beheersten (voordat de NMa ingreep) zeventig tot tachtig procent van de asfaltmarkt.

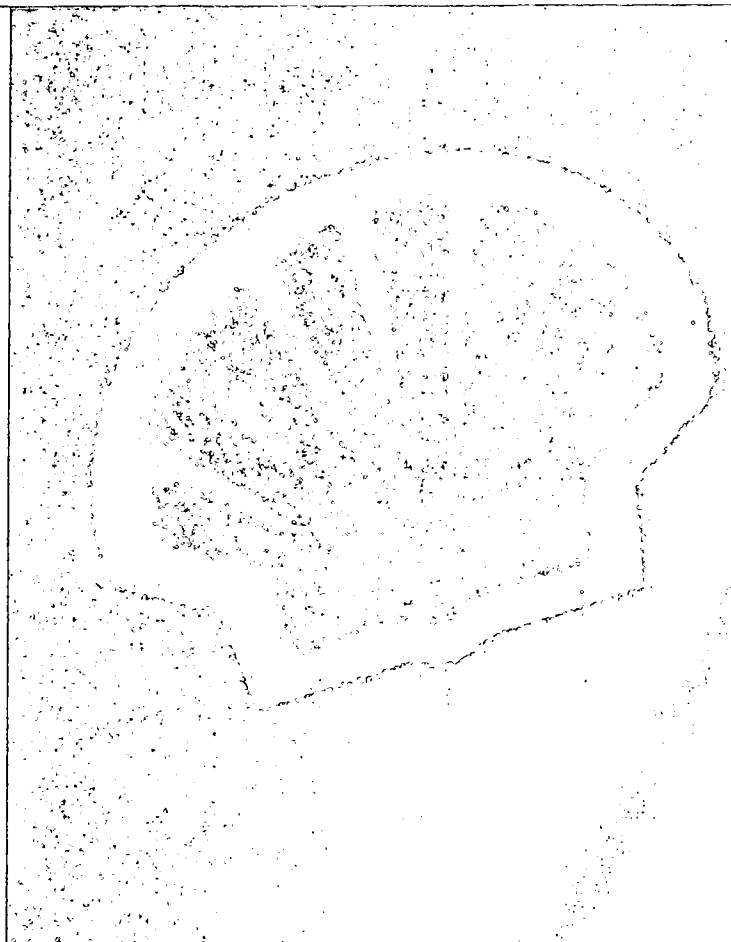
De bitumenleveranciers, boetes in miljoenen euro

BP	0*
Esha	11,5
Klöckner	10
Kuwait (Q8)	16,632
Nynäs	13,5
Shell	108
Total	20,25
Wintershall	11,625

De aannemers:

Ballast Nedam	4,65
Dura Vermeer	5,4
Heijmans	17,1
Hollandse Beton Groep	7,2
Koninklijke Bam Groep	13,5
Koninklijke Volker Wessels Stevin	27,36
Totaal:	266,717

*BP heeft geen boete gekregen, omdat de oliemaatschappij het kartel heeft gemeld in Brussel.



Shells topman Jeroen van der Veer, volgens de Europese Commissie uiteindelijk verantwoordelijk voor het bitumenkartel

dat de boete met 108 miljoen euro nu zo hoog is uitgevallen.

Schijnheiligheid is ook terug te vinden in de al eerder genoemde interne notitie uit 1995. Die concludeerde dat Shell zich terug moest trekken uit de Nederlandse bitumenmarkt. In dat jaar sloot de oliemaatschappij de bitumenraffinaderij in Pernis en dat was een mooie kans om op een nette manier uit het kartel te stappen: "Het tot inkeer gekomen zijn van Shell zou, bij voortbestaan van de samenwerking zonder Shell, eventuele latere sancties van de Europese Commissie in deze jegens Shell kunnen matigen." Elf jaar geleden hielden de betrokken managers bij Shell dus al rekening met een onderzoek naar hun kartelpraktijken. Het woord 'inkeer' is veelbetekend, omdat het op schuldbesef wijst. Toch stapten ze er in 1995 niet uit. Weliswaar produceerde Shell zelf na de sluiting van de raffinaderij geen bitumen meer, maar ze bleven als verkoper de bitumen van anderen leveren. Daardoor werd hun positie binnen het kartel alleen maar sterker. Een in beslag genomen analyse van Shell zelf stelt dat op 11 juli 2000 ook vast: "SNV (Shell Nederland Verkoopmaatschappij) is in feite de best geïnformeerde verkoper, omdat het geïnformeerd is over alle prijzen van de leveranciers."

3 Ook hoge Shell-managers en -juristen waren op de hoogte van het kartel

De bitumenmanager van Shell nam het initiatief voor de kartelvergaderingen, leidde die ook en belde na afloop de nieuwe



GERARD THIJM

prijzen door aan de anderen, zo blijkt uit notulen en verklaringen die afgelegd zijn tegenover de Commissie. Shell probeerde bovendien Esso over te halen om actief lid te worden van het kartel, zoals blijkt uit een intern telefoonmemo van Esso, van 24 maart 1994. In 2000 adviseerde een Shell-nota, na weer een juridische analyse, 'om op te houden met het exclusief bespreken van voorgenomen prijsverhogingen met KWS'. Weer sloeg Shell de interne waarschuwingen in de wind. Wel wijst de Commissie er fijntjes op dat de juridische afdeling van Shell, na het bekend worden van de bouwfraude, in 2002 instructies heeft opgesteld over hoe er gereageerd moet worden op mogelijke vragen over illegale praktijken. Daarbij moet alle verantwoordelijkheid afgewenteld worden op de wegenbouwers.

Die interne notities uit 1995 en 2000 krijgt Shell nu als een boemerang terug. De notities zijn verspreid binnen verschillende bedrijfsonderdelen, waaronder de *Legal Service* van Shell International. Dat wil zeggen dat uit het bewijsmateriaal van de Commissie blijkt dat ook de bedrijfsjuristen op concernniveau op de hoogte waren: "De Group Legal Service wist daarom van de directe participatie van Shell Nederland Verkoopmaatschappij in kartelafspraken op de Nederlandse markt." De oliemaatschappij kan zich dus niet verweren met het argument dat het kartel het werk was van een individuele manager die inmiddels met pensioen is. De Commissie heeft hard bewijs in handen dat de bedrijfsjuristen op het allerhoogste niveau precies wisten wat er gebeurde. Pijnlijk, want *Competing Fairly* adviseert Shell-managers die elders met een kartel geconfronteerd worden, direct de kamer te verlaten en de afdeling juridische zaken te waarschuwen.

De Commissie legt de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het bitumenkartel bij topman Jeroen van der Veer. Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV, dat de bitumen verkocht, is een dochter van Shell Nederland BV. Van der Veer is ook *supervisory director* van Shell Nederland en daarmee dus juridisch verantwoordelijk voor de activiteiten van alle bedrijven die eronder hangen. Rein Willems, president-directeur Shell Nederland, toonde vorige week een beetje boetvaardigheid door te erkennen dat Shell bij illegale prijsafspraken betrokken is geweest: "We hadden niet bij deze bijeenkomsten aanwezig moeten zijn en we betreuren onze betrokkenheid in deze zaak. We zullen de uitspraak allereerst bestuderen. Daarna zal besloten worden of en op welke wijze wij zullen reageren."

4 Bij KWS en Heijmans zaten de directeuren zelf in het kartel

Bij Koninklijke Wegenbouw Stevin (dochter van Volker Wessels Stevin) vond de naam aan het kartel plaats op het allerhoogste directieniveau van Koninklijke Wegenbouw Stevin. De Commissie noemt Henk de Vos met naam en toenaam als organisator van kartelbesprekingen. Over hem zegt een manager van Kuwait: "Hij was de gastheer. Het was altijd in het kantoor van KWS en hij nam altijd de leiding." De Vos heeft nog steeds dezelfde functie. Een woordvoerder van KWS wil hier desgevraagd niet op reageren. Bij Heijmans noemt de Commissie de directeur van Heijmans Infrastructuur BV, Ton Stuijzand, als verantwoordelijke voor de kartelafspraken. Deze maakte op 12 maart 2003, dus

RESTREINT UE

4.5. Individual involvement

- (195) All bitumen suppliers and major road builders, active on the Dutch market, were aware of the illegal character of the arrangements and benefited from the effect it had on the prices in the Netherlands in comparison to the neighboring countries.³¹⁹
- (196) However, as to the individual involvement of the undertakings in the bitumen supply and purchase cartel, there are some differences. Shell was the leader on the side of the bitumen suppliers. All other were active participants to the Pre-meetings and/or Bitumen consultation meetings. Only Esso was a passive player by not taking part in the meetings. As for the major road builders, they were all equally involved, with KWS playing a leading and facilitating role. The individual involvement of all undertakings will be outlined hereafter. Hereto, they are ranked in (decreasing) order of market share in terms of sales and purchases on the Dutch bitumen market in 2002. As explained in Chapter 4.1. of this Statement of Objections, the Commission considers that all bitumen suppliers and the major road builders participated in the cartel agreements or concerted practices for the whole duration of the infringement, unless otherwise and explicitly explained.³²⁰

4.5.1. Bitumen suppliers

Pagina uit het vertrouwelijke rapport, in bezit van HP/De Tijd

bijna een half jaar na de invallen van de Commissie, promotie en kwam in de Raad van Bestuur van Heijmans terecht. Op 17 november 2004 maakte de bouwonderneming in een persbericht bekend dat Stuijzand zijn functie voorlopig neer zou leggen, omdat het Openbaar Ministerie hem gedagvaard had in de bouw- ▶



'Na de afloop van de officiële Nabit-zaken bleven de kartelleden achter om over prijzen en kortingen te praten.'

► fraudezaak. Het ging hier om het Nederlandse onderzoek, los dus van het Brusselse bitumenonderzoek. Dit persbericht uit 2004 is, na lezing van het Brusselse onderzoeksdossier, met terugwerkende kracht erg interessant. De bouw had strikte maatregelen getroffen om overtredingen van de mededingingswet te voorkomen. "In november 2001 werd een door externe accountants gecontroleerde dossierverklaring ingevoerd waarin iedere leidinggevende bij iedere offerte verklaart dat deze is uitgebracht zonder con-

currentiebeperkende afspraken of gedragingen." Heijmans stelt hier dus dat het bedrijf in 2001 is gestopt met prijsafspraken. Het dossier van de Commissie wijst op het tegendeel: tot begin oktober 2002 zijn er nog prijsafspraken over bitumen gemaakt. Volgens Brussel was Stuifzand 'direct betrokken bij kartelafspraken'. Een woordvoerder van Heijmans heeft desgevraagd geen commentaar.

5 Het kartel bestaat al decennia

Wrang genoeg zaaide de overheid zelf het eerste zaadje voor het kartel. Eind jaren zestig verplichtte het ministerie van Economische Zaken alle bitumenfabrikanten om hun prijzen aan te melden bij de Commissie Vaststelling Lonen en Prijzen. Dat was nog in de tijd dat de politiek geloofde in planeconomie en concurrentie als iets schadelijks werd gezien. Vanaf eind jaren zeventig kwam daar een vrijwillige regeling voor in de plaats, waarbij een centrale prijsindex voor bitumen werd gepubliceerd. Rond die officiële prijs maakten de karteldeelnemers hun eigen afspraken. Ze werkten aanvankelijk samen binnen brancheorganisatie Nabit. De voorzitter van de Nabit was ook traditioneel de bitumenmanager van marktleider Shell. "Na de afloop van de officiële Nabit-zaken bleven de kartelleden achter om over prijzen en kortingen te praten," zo vertelde een voormalige BP-medewerker. Voor de buitenwereld gaven de oliemaatschappijen altijd een gedetailleerde uitleg van de prijsstijgingen, waarbij dan werd verwezen naar de ontwikkelingen op de oliemarkt. In werkelijkheid werden prijswijzigingen bepaald door de kartelafspraken.

In 1994 ontstond er onrust binnen het kartel, toen sommige bitumenleveranciers eronderuit wilden. Dat zou een prijzenoerlog op kunnen leveren, met rampzalige gevolgen voor het lucratieve kartel. Er waren intensieve gesprekken met de dwarsliggers nodig om het kartel te redden. De Commissie nam de volgende – handgeschreven – notities in beslag bij Kuwait, opgesteld na een gesprek met bouwver NBM op 17 februari 1994: "Niemand heeft baat bij agressie in de markt, vooral niet de wegenbouwers vis à vis de lagere overheden. Wij trekken onze handen daarvan

af, we willen geen dingen kapotmaken voor de toekomst. Afpraak is afspraak. We verwachten dat de grote aannemers hun verantwoordelijkheid nemen in deze zaak."

Bitumen is een bijproduct van olieraffinage en omdat de olieprijs regelmatig heen en weer gaat, moesten de bedrijven hun afspraken steeds aanpassen. Zo vond de Commissie bij HBG een interne notitie over het bitumenoverleg van 14 september 1999. Daarin wordt een verhoging van de prijs in vijf stappen beschreven. Op 18 oktober 1999 moest de prijs met f40 omhoog. "Indien ook dit niet door de overheid/opdrachtgevers wordt betaald, zullen wederom de HSL-projecten en de niet verruikbare werken die nog moeten worden uitgevoerd door de bitumenleveranciers worden gecompenseerd. De compensatie naar de aannemers toe zal dan worden gedaan door de korting op de geleverde tonnen bitumen aan de aannemers van f65 te verhogen naar f105 per ton." Het staat er wat omslachtig, maar de gedachte is simpel: als de overheid de duurere bitumen niet rechtstreeks wilde betalen, smeerden de aannemers de kosten uit over andere projecten, waaronder de HSL. De leveranciers zouden de aannemers daarvoor weer compenseren met extra kortingen.

6 De leden hielden het kartel goed geheim

De deelnemers wisten heel goed dat hun kartelpraktijken illegaal waren en probeerden het geheim te houden. Het hart van het kartel was het zogenaamde bitumenoverleg, aan het begin van het jaar voor het wegenbouwseizoen begon. "Het is bekend dat door de jaren heen nooit iets op papier is gezet en dat het als een soort gentlemen's agreement werkt," zoals een notitie van HBG het beschrijft. "Het initiatief kwam altijd van Shell, dat contact opnam met een van de grote afnemers (veelal KWS) met het verzoek de andere bedrijven bijeen te roepen. De leveranciers traden hierbij altijd als collectief op," aldus een manager van KWS.

Voordat het eigenlijke bitumenoverleg van start ging, hielden de oliemaatschappijen en bouwers ieder apart een vooroverleg. "Er was geen secretariaat en er werden geen schriftelijke agenda's verspreid," schrijft de Commissie. "De individuen die de ontmoetingen en locaties organiseerden en betaalden wisselden steeds. Dit was bewust gedaan zodat er maar één rekening was en het risico op ontdekking beperkt werd. De duur van de ontmoetingen werd door een deelnemer geschat op tussen de een en vijf uur. Zo nu en dan werden er zaken op een flipboard of een schoolbord getekend, maar na de vergadering zorgde iemand er altijd voor dat alle papieren verdwenen. Alle deelnemers deden hun uiterste best om ervoor te zorgen dat er geen bewijsmateriaal was." De ontmoetingen vonden aanvankelijk plaats op het kantoor van brancheorganisatie Nabit, later in niet al te opvallende hotels, zoals bijvoorbeeld Mooi Veluwe in Putten op 4 mei 2001. Als het ergens op kantoor was, dan mocht het personeel het niet weten, vertelde een oliemanager: "Als wij op het KWS-kantoor aankwamen, meestal om acht uur 's morgens – zij wilden dat wij die meeting hadden voor het personeel eraan kwam – dan zaten zij al van zeven uur samen."

Toch sloop er door de routine soms laksheid in. Een manager van Kuwait Petroleum maakte zich daar zorgen over: "Ik dacht dat het vroeg of laat fout moest gaan. Ik zei tegen Hans Lucas (de voorganger van Henk de Vos, KWS): 'Dit kunnen we hier zo niet doen op kantoor. Die dame bij de receptie is op de hoogte en we krijgen een badge.' Soms werden we geregistreerd en dan

► zei ik: 'Dit kan zo niet.'" Hij klaagde meerdere keren: "Bij de vergadering zei ik tegen Henk de Vos: 'Waar zijn we mee bezig?' Henk antwoordde: 'Maak je geen zorgen.' Maar de bitumenleveranciers waren zich goed bewust van het belang van geheimhouding van dit soort vergaderingen, zij het de een wat meer dan de ander."

7 Het kartel legde zelf boetes op voor 'misdragingen'

Hoewel het kartel geheim was, kregen sommige kleine wegebouwers het toch in de gaten. Zij kochten hun bitumen bij dezelfde oliemaatschappijen als de grote jongens, maar moesten veel meer betalen. Wie een paar keer achter elkaar een opdracht is misgelopen omdat de grote concurrent consequent veel goedkoper kan offeren, voelt natuurlijk nattigheid. De kleine wegebouwers konden met die kennis oliemaatschappijen soms zo onder druk zetten dat zij die kortingen ook kregen. Een paar memo's van oliemaatschappij Wintershall/Veba uit 1999 en 2000 bieden een fascinerend beeld van die gesprekken met kleine aannemers: "X was zo boos dat hij de zaak openbaar wilde maken en zijn bitumen uit Duitsland wilde gaan halen. Hij is bang dat de grote vijf zijn voortbestaan in gevaar brengen."

En: "X werd heel erg kwaad en schreeuwde. Hij dreigde te gaan praten met Y om het Holland-systeem te vernietigen en op zoek te gaan naar een nieuwe leverancier." Wie X en Y zijn is helaas niet bekend, maar ze hebben blijkbaar hun mond gehouden.

Wie zich niet hield aan de kartelafspraken, werd gestraft met boetes. Als bijvoorbeeld de W5 erachter kwamen dat de bitumenleveranciers hogere dan afgesproken kortingen gaven aan kleinere aannemers, dan kon een 'tribunaal' van de W5 boetes opleggen. "Die ontmoetingen met de groep van leveranciers konden wel vijf uur duren, omdat iedereen zich probeert te verdedigen, dat hij de boel niet bedriegt," vertelde een BP-medewerker tegen de Commissie. "Als je geen hard bewijs hebt, ontken je het en die discussie duurde heel lang. Maar aan het eind deelde de groep een boete uit of een extra korting en alle leveranciers deelden daarin mee, naar gelang van hun individuele schuld." De Commissie geeft een aantal voorbeelden van die sancties. Zo stuurde KWS in 1997 een rekening naar bitumenleveranciers wegens 'schade aan de installatie in Staphorst'. In werkelijkheid ging het om een extra strafkorting. De grote wegebouwers legden in 2001 ook oliemaatschappij Nynäs een boete op. In dat jaar slaagde aannemer Koop erin om de openbare aanbesteding voor het vliegveld Twente binnen te slepen, omdat de bouwer voor een lage prijs bitumen van Nynäs had gekregen. Daarmee was Koop de kartelleden dus te slim af. Voor straf moest Nynäs een extra vijftig gulden korting per ton toe-

advertentie

MEGANE
RENAULT CRÉATEUR D'AUTOMOBILES

De Mégane is een van de acht modellen van Renault met vijf EuroNCAP-sterren. Daarmee is Renault het meest veilige merk.

De Renault Mégane v.a. € 20.065,- Incl. BTW, BPM en energielabel. Excl. verwijderingsbijdrage, leges en kosten rijklaar maken. Leaseprijs v.a. € 479,-/mnd, via Renault Business Finance. Full Operational Lease

kennen aan de grote bouwers. Het is ironisch dat uitgerekend Koop hier de prijsafspraken van het kartel omzeilde: het was de schaduwboekhouding van Koop die het bouwfraudeschandaal aan het rollen bracht.

8 Europa heeft het kartel de das omgedaan

De komst van de euro was een ernstige bedreiging. De bedrijven waren bang dat de euro de prijsverschillen tussen de verschillende landen direct duidelijk zou maken. Bij het bitumenoverleg van 29 januari 2002 besloten ze de prijs te laten zakken, van €222,35 naar €205. Dat was nog steeds hoog, vergeleken met Duitsland (€162), België (€158) en Frankrijk (€162). De leden bespraken zelfs of het systeem nog wel te handhaven was, zo blijkt uit een nota van KWS. Het laatste bitumenoverleg vond plaats op 24 september 2002. Een week later, op 1 en 2 oktober, viel de Europese Commissie binnen na een tip van BP. De karteljagers sommen droog op wat er met de verantwoordelijke bitumenmanagers is gebeurd: bij BP kregen er twee een andere functie, bij Esha vertrok de verantwoordelijke manager in 2002, bij Esso was hij al in december 2001 met vervroegd pensioen, bij Kuwait ging er een weg in 2002, een ander werd overgeplaatst, bij Shell ging de bitumenman in 2002 met pensioen, bij Total gingen er twee met pensioen en werd er eentje overgeplaatst

naar het buitenland. Terwijl de Commissie bij de oliebedrijven een kleine pensioengolf heeft veroorzaakt, lijkt het onderzoek bij de aannemers minder indruk gemaakt te hebben. Henk de Vos is bijvoorbeeld nog steeds directeur bij KWS.

9 De overheid moet de schade verhalen op het kartel

De Nederlandse overheid heeft jarenlang zo'n veertig tot vijftig procent meer betaald voor bitumen dan de Belgische, Duitse en Franse. Dat roept vragen op over de rol van de Nederlandse ambtenaren die hiervoor verantwoordelijk waren. Ze zijn óf al die jaren onvoorstelbaar naïef geweest, óf ze hadden zo hun redenen om te zwijgen over de gigantische prijsverschillen met de buurlanden. Wat de verklaring ook is, het vraagt om een diepgaand onderzoek. Dan kan meteen grondig worden uitgezocht voor hoeveel de Nederlandse belastingbetaler benadeeld is. De Commissie gaf zelf vorige week al behulpzaam aan dat iedereen die benadeeld is door kartelvorming, een schadevergoeding kan eisen. Die claim komt dan boven op de boetes die al uitgedeeld zijn. Het is nu aan het ministerie van Verkeer & Waterstaat om het geld namens de belastingbetalers terug te vorderen. |



Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2006–2007

Vragen gesteld door de leden der Kamer

Min. v. Eoon. Zaken	
Corr. nr.	Retro:
Ingek. op	27 SEP. 2006
Klaas.	6070615
Rappel:	

retour
witergh
18/10/2006

2060700290

Vragen van de leden **Hofstra** en **Aptroot** (beiden VVD) aan de minister van Economische Zaken over de betrokkenheid van acht leveranciers en zes afnemers van wegebouwbitumen bij een kartel met prijsafspraken. (Ingezonden 26 september 2006)

1

Bent u op de hoogte van het feit dat de Europese Commissie tot de bevinding is gekomen dat acht leveranciers en zes afnemers van wegebouwbitumen in Nederland in de periode 1994–2002 betrokken zijn geweest bij een kartel met prijsafspraken?¹

2

Bent u op de hoogte van het feit dat de Europese Commissie deze week heeft besloten deze veertien bedrijven geldboetes met een totale waarde van 266.717 miljoen euro op te leggen, vanwege het strijdig zijn van dergelijke prijsafspraken met het verbod ex Artikel 81 van het EU-Verdrag op concurrentiebeperkende praktijken van ondernemingen?

3

Deelt u de mening dat de Europese mededingingsregels en in het bijzonder Artikel 81 van het EU-Verdrag hier inderdaad van toepassing zijn? Zo ja, kunt u toelichten op welke wijze deze concurrentiebeperkende praktijken

effect hebben gehad op de handel tussen Nederland en andere lidstaten en zodoende effect hebben gehad op de concurrentie in de Europese markt voor wegebouwbitumen?

4

Is het mogelijk dat, in het geval van het ontbreken van (substantiële) grensoverschrijdende effecten, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) deze zaak had moeten behandelen en de geldboetes had moeten opleggen?

5

Waarom is de NMa niet opgetreden in deze zaak?

6

Als vanwege het ontbreken van een grensoverschrijdend effect de Europese Commissie ten onrechte is opgetreden, welke maatregelen neemt u dan?

7

Is er een verband tussen het onderzoek van de Europese Commissie en het onderzoek van de NMa inzake de bouwfraude? Klopt het dat de NMa de betrokken bedrijven reeds eerder heeft beboet en dat het opleggen van een geldboete door de Europese Commissie nu betekent dat deze bedrijven twee keer voor hetzelfde feit worden gestraft?

8

Acht u het niet een vreemde gang van zaken dat wanneer de Europese Commissie stelt dat de benadeelde

van dit kartel met name de Nederlandse regering en dus de Nederlandse belastingbetaler is, de boete op geen enkele manier ten gunste van die Nederlandse belastingbetaler komt? Wat is de bestemming van de extra financiële middelen die de Europese Commissie als gevolg van deze boetes int?

Toelichting:

Deze vragen dienen ter aanvulling op eerdere vragen terzake van het lid Gerkens (SP), ingezonden 22 september 2006 (vraagnummer 2060700190).

¹ de Volkskrant, 14 september 2006 en Persbericht van de Europese Commissie met kenmerk IP/06/1179, 13 september 2006.



15-8-2012

12105707

10.2.e

4

Nota

Ministerie van Economische Zaken

10.2.e

10-2006

Toestelnummer

10.2.e

Uiterlijk bij geadresseerde

Notanummer

EP/MW 608287

Medeparaaf en datum

10.2.e EP/PC

Graag Vjlbrief m VPL zetten

10.2.e

0/10

Datum

9-10-2006

Aan

de Minister

Informatiekopie aan

Archief/ Secr/ MT-MW

10.2.e

KG Mededinging

ohé 11/10

10.2.e

Bijlage(n)

3

Onderwerp

antwoorden op vragen TK-leden Hofstra en Aptroot over de betrokkenheid van acht leveranciers en zes afnemers van wegenbouwbitumen bij een kartel met prijsafspraken

Samenvatting en conclusies

Hierbij leggen wij u de antwoorden voor op de vragen van de TK-leden Hofstra en Aptroot van 26-9-2006 over het artikel "Miljoenenboete voor Nederlands bitumenkartel" uit de Volkskrant van 14-9-2006 (bijgevoegd) en het persbericht van de Europese Commissie (EC) van 13-9-2006, kenmerk IP/06/1179 (bijgevoegd). De vragen zijn alleen aan u gericht, maar we hebben toch het akkoord van ambtelijk V & W gevraagd en gekregen. Ook met de NMa hebben wij de antwoorden afgestemd.

Advies

Bijgevoegde antwoorden aan de TK af te doen.

Toelichting

- De EC heeft onlangs acht leveranciers van bitumen (grondstof voor asfalt) en de grootste zes wegenbouwbedrijven een boete van € 266,717 miljoen opgelegd wegens verboden afspraken over prijzen en kortingen. Onze informatie hierover ontlene wij uitsluitend aan een persbericht van de EC. De EC heeft de boetebeschikking nog niet openbaar gemaakt.

Ontvangen Verzonden Terugontvangen

Paraaf en datum

Eric Wiebes
Hans Vijlbrief

10.2.e

10/10

10.2.e

afgeleverd door Secretariaat Generaal





- De antwoorden komen op het volgende neer:
 - U baseert zich bij de antwoorden uitsluitend op het persbericht van de EC.
 - U spreekt zich niet uit over de vraag of de EC art. 81 EG terecht van toepassing heeft verklaard, maar licht alleen toe hoe de EC bij toepassing van dat artikel te werk gaat.
 - Had interstatelijke werking ontbroken, dan was alleen het nationale kartelverbod van toepassing was geweest en had alleen de NMa kunnen optreden.
 - De NMa is niet opgetreden, omdat een van de kartelleden de zaak al bij de EC had gemeld om boeteverlaging te krijgen.
 - Een beschikking van de EC kan alleen worden aangevochten voor de Europese rechter, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van interstatelijke werking
 - Er is geen verband tussen dit onderzoek van de EC en het onderzoek van de NMa naar kartelgedrag in de bouwsector.
 - Het is niet vreemd dat boetes niet ten gunste komen van degenen die door het kartel zijn benadeeld. Boetes zijn bedoeld als straf voor overtreding van het kartelverbod en niet als schadevergoeding. Hiervoor kunnen benadeelden naar de civiele rechter.

10.2.e

directie Marktwerking



Important legal notice

English

[EUROPA](#) > [European Commission](#) > [Press Room](#) > [Press Releases](#)
[Contact](#) | [Search on EUROPA](#)
[Midday Express](#)
[Recent Press Releases](#)
[Select a topic](#)
[Search](#)


- [Login](#)
- [Register](#)
- [Documentation](#)
- [What's New](#)
- [About](#)

Concurrentie: Commissie legt 14 bedrijven voor in totaal 266,717 miljoen EUR geldboeten op wegens prijsafspraken in Nederlandse sector wegnbouwbitumen

Reference: IP/06/1179 Date: 13/09/2006

HTML: [EN](#) [FR](#) [DE](#) [NL](#)
 PDF: [EN](#) [FR](#) [DE](#) [NL](#)
 DOC: [EN](#) [FR](#) [DE](#) [NL](#)

IP/06/1179

Brussel, 13 september 2006

Concurrentie: Commissie legt 14 bedrijven voor in totaal 266,717 miljoen EUR geldboeten op wegens prijsafspraken in Nederlandse sector wegnbouwbitumen

(Zie ook [MEMO/06/324](#))

De Europese Commissie is tot de bevinding gekomen dat 8 leveranciers en 6 afnemers van wegnbouwbitumen in Nederland in de periode 1994-2002 betrokken waren bij een kartel met prijsafspraken. Dergelijke afspraken zijn in strijd met het verbod uit het EG-Verdrag op concurrentiebeperkende praktijken van ondernemingen (artikel 81). Deze 14 ondernemingen kregen daarom voor in totaal €266,717 miljoen boeten opgelegd. Bitumenleveranciers (BP, Esha, Klöckner Bitumen, Kuwait Petroleum, Nynäs, Shell, Total en Wintershall) en bouwondernemingen (Ballast Nedam, Dura Vermeer, Heijmans, Hollandsche Beton Groep (thans een onderdeel van Koninklijke BAM Groep), Koninklijke BAM Groep en Koninklijke Volker Wessels Stevin) spraken de brutoprijs af van alle in Nederland verkochte wegnbouwbitumen. Daarnaast spraken zij uniforme minimumkortingen af voor de bouwondernemingen die lid waren van het kartel, en een lagere maximumkorting voor alle overige wegnbouwers. Daardoor werd de prijsconcurrentie beperkt en werden kleinere wegnbouwers benadeeld. Shell en KWS zagen hun geldboeten verhoogd wegens hun rol als aanstichters en kopstukken van het kartel. De geldboete van Shell werd ook verhoogd omdat er sprake was van recidive. KWS zag zijn geldboete dan weer verhoogd omdat het probeerde het onderzoek van de Commissie te dwarsbomen.

Bitumen is een bijproduct bij de productie van brandstof. Het wordt in hoofdzaak gebruikt bij de productie van asfalt, waar het als bindmiddel wordt gebruikt om de overige materialen samen te voegen. Dit kartel betrof alle wegnbouwbitumen dat in Nederland wordt gebruikt, een markt die in 2002 goed was voor zo'n 62 miljoen EUR.

In juni 2002 diende BP bij de Commissie een verzoek om boete-immuniteit in. In oktober 2002 voerde de Commissie inspecties uit bij diverse bitumenleveranciers en wegnbouwers. In oktober 2004 deed zij een mededeling van punten van bezwaar uitgaan. In juni 2005 vond een hoorzitting plaats.

Het kartel

Minstens vanaf 1994 en dit tot 2002 kwam een delegatie van de bitumenleveranciers bijeen met de zes grootste wegebouwers in Nederland in wat het "bitumenoverleg" heette. Meestal was er ook apart vooroverleg van de leveranciers en van de zes grootste wegebouwers; voor die laatsten werden meestal de afkortingen WO5 of WO6 gebruikt (Wegenbouw Overleg, waarbij de cijfers 5 of 6 aangeven hoeveel grote wegebouwers bij het systeem betrokken waren).

Op de gezamenlijke bijeenkomsten spraken de deelnemers de brutoprijs van wegebouwbitumen af die aan de asfaltcentrales werd gefactureerd, maar ook de twee kortingen voor de bouwondernemingen die eigenaar zijn van deze asfaltcentrales: een uniforme minimumkorting voor de wegebouwers die lid waren van het kartel, en een lagere maximumkorting voor de overige wegebouwers die geen lid waren. Die laatsten moesten dus hogere prijzen betalen. Voor de bouwondernemingen die bij het kartel betrokken waren, was niet zozeer het absolute prijsniveau voor bitumen van belang, zolang zij maar hogere kortingen kregen dan hun kleinere concurrenten. Daardoor gingen de prijzen voor bitumen in Nederland - zelfs mét de kortingen voor de grote wegebouwers - geleidelijk uitstijgen boven die in buurlanden. Alle kartelliden - zowel leveranciers als afnemers - hadden er belang bij aan het kartel deel te nemen.

De naleving van de afspraken werd op regelmatige basis gecontroleerd en leveranciers konden "boetes" (retroactieve extra kortingen) opgelegd krijgen indien bleek dat zij kleinere wegebouwers te hoge kortingen hadden gegeven.

Geldboeten

De Commissie hield bij het vaststellen van de geldboeten rekening met de bijzondere ernst van de inbreuk, de beperkte omvang van de markt, de lange looptijd van het kartel en de omvang van de betrokken ondernemingen. De Commissie verhoogde de geldboeten voor de ondernemingen bij wie er sprake was van recidive: Shell kreeg een verhoging van 50% wegens zijn rol in de polypropreen- en PVC (II)-kartels (zie voor dit laatste, [IP/94/732](#)). Verder zagen ondernemingen hun geldboete verhoogd wegens hun rol als aanstichter en kopstuk van het kartel (50% verhoging voor Shell en KWS) en wegens pogingen het onderzoek van de Commissie te dwarsbomen (10% verhoging voor KWS). Tijdens de inspectie in oktober 2002 had KWS de inspecteurs van de Commissie de toegang tot het bedrijf geweigerd, waardoor de Commissie de hulp van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Nederlandse politie moest inroepen.

Een aantal ondernemingen werkte mee aan het onderzoek en verschaft belangrijke informatie over het kartel: dit werd gehonoreerd in lijn met de clementieregeling van de Commissie (zie [IP/02/247](#) and [MEMO/02/23](#)). BP kreeg boete-immuniteit van de geldboete die anders 30,78 miljoen EUR zou bedragen, terwijl Kuwait Petroleum zijn geldboete met 30% verlaagd zag. Ook Nynäs, Shell en Total claimden een boetevermindering, maar bleken, gezien het bewijsmateriaal waarover de Commissie al beschikte, niet in aanmerking te kunnen komen. Geen van de bouwondernemingen diende een clementieverzoek in.

Ballast Nedam sloot zich pas in 1996 bij het kartel aan, toen het een grote wegebouwer in Nederland werd. Wintershall deed zijn bitumendivisie eind 1999 aan Veba (thans BP) over.

De geldboeten in deze zaak werden vastgesteld op basis van de richtsnoeren boetetoemeting van 1998; die zijn in deze zaak toegepast omdat zij van kracht waren op het ogenblik dat de mededeling van punten van bezwaar werd verzonden.

Schadeclaims

Iedereen (particulieren of ondernemingen) die van concurrentiebeperkende praktijken zoals in deze zaak te lijden heeft, kan voor de nationale rechter

schadevergoeding eisen en daarbij de gegevens van de bekendgemaakte beschikking als bewijs aanvoeren dat de betrokken praktijken hebben plaatsgevonden en dat zij onwettig waren. Zelfs indien de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten heeft opgelegd, kunnen toch schadevergoedingen worden toegekend zonder dat deze hoeven te worden verlaagd omdat de Commissie al een geldboete heeft opgelegd. Over private handhaving is een groenboek gepubliceerd (zie [IP/05/1634](#) and [MEMO/05/489](#)).

Voor meer informatie over de strijd van de Commissie tegen kartels, zie [MEMO/06/326](#).

Overzicht van de in deze zaak door de Commissie oplegde geldboeten en toegekende kortingen:

	Naam	Korting geldboete %	Geldboete* (in mln EUR)
	BITUMENLEVERANCIERS		
1.	BP	100 %	0
2.	Esha		11,5
3.	Klöckner Bitumen		10
4.	Kuwait Petroleum	30 %	16,632
5.	Nynäs		13,5
6.	Shell		108
7.	Total		20,25
8.	Wintershall		11,625
	BITUMENAFNEMERS		
9.	Ballast Nedam		4,65
10.	Dura Vermeer		5,4
11.	Heijmans		17,1
12.	Hollandsche Beton Groep		7,2
13.	Koninklijke BAM		13,5
14.	Koninklijke Volker Wessels Stevin		27,36
	TOTAAL		266,717
* = aan de onderneming opgelegde geldboete; sommige van de betrokken rechtspersonen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de hele (of een deel van de) opgelegde geldboete			

15-8-2012

12 W 5707

Minute

Ministerie van Economische Zaken

5

10.2.e

Toestelnummer

Classificatienummer

10.2.e

9-10-2006

Datum

Ouderste verzenddatum

Verzendwijze

9-10-2006

Aan

Informatiekopie aan

Medeaafdoening van ons kenmerk

de Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal

Archief/ Secr/

Medeparaaf en datum

10.2.e

Binnenhof 4

MT-MW 10.2.e

10.2.e

2513 AA 's-Gravenhage

KG Mededinging

Bur, S
Ontv.
11

10.2.e

10/10

10.2.e

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk 10.2.e

Bijlage(n)

2 OKT 2006

EP/MW
6083204

Onderwerp

Vragen van de leden Hofstra en Aptroot over de betrokkenheid van acht leveranciers en zes afnemers van wegebouwbitumen bij een kartel met prijsafspraken

Hierbij zend ik u de antwoorden op de vragen die zijn gesteld door de leden Hofstra en Aptroot over de betrokkenheid van acht leveranciers en zes afnemers van wegebouwbitumen bij een kartel met prijsafspraken. Deze vragen zijn mij toegezonden met brief van 26 september 2006, onder nummer 2060700290.

Vraag 1

Bent u op de hoogte van het feit dat de Europese Commissie tot de bevinding is gekomen dat acht leveranciers en zes afnemers van wegebouwbitumen in Nederland in de periode 1994-2002 betrokken zijn geweest bij een kartel met prijsafspraken?

Vraag 2

Bent u op de hoogte van het feit dat de Europese Commissie deze week heeft besloten deze veertien bedrijven geldboetes met een totale waarde van 266.717 miljoen euro op te leggen, vanwege het strijdig zijn van dergelijke prijsafspraken met het verbod ex Artikel 81 van het EU-Verdrag op concurrentiebeperkende praktijken van ondernemingen?

Antwoord op de vragen 1 en 2

Ja, via het persbericht van de Europese Commissie van 13 september 2006, kenmerk IP/06/1179.

Vraag 3

Deelt u de mening dat de Europese mededingingsregels en in het bijzonder Artikel 81 van het EU-Verdrag hier inderdaad van toepassing zijn? Zo ja, kunt u toelichten op welke wijze deze concurrentiebeperkende praktijken effect hebben gehad op de handel tussen

Bezoekadres

Doorkiesnummer

Telefax

Bezuidenhoutseweg 30, Den Haag

(070) 10.2.e

(070) 10.2.e

Gelypt

Gecoll.

Verzonden

Rappel

Paraaf en Datum 10.2.e

Behandeld door

Eric Wiebes

10.2.e

Hans Vijlbri

12 OKT 2006

10/10





Nederland en andere lidstaten en zodoende effect hebben gehad op de concurrentie in de Europese markt voor wegebouwbitumen?

Antwoord

Omdat de boetebeschikking nog niet openbaar is gemaakt, kan alleen in algemene zin op deze vraag worden geantwoord. In het algemeen geldt dat de Europese Commissie bij de toetsing aan het kartelverbod van artikel 81 EG onderzoekt of ondernemingen een afspraak maken die de mededinging merkbaar beperkt en of die afspraak de handel tussen EU-lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden (interstatelijke werking). Voordat de Europese Commissie hierover een beschikking neemt, raadpleegt zij een adviescomité waarin de mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten, dus ook de NMa, vertegenwoordigd zijn. Kennelijk is de Europese Commissie ook in dit geval tot het oordeel gekomen dat de afspraken de handel tussen EU-lidstaten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden. Dat prijsafspraken in één land toch de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden is op zichzelf niet denkbeeldig: zie bijvoorbeeld HvJEG 17 oktober 1972, zaak C-8/72, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, Jurispr. 1972, 991, r.o. 29, of recenter HvJEG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters t. Commissie, jurispr. 2002, I-577, r.o. 95. Zo geeft de Commissie in haar persbericht aan dat de bij het kartel aangesloten wegebouwers op grond van de afspraken in kwestie extra kortingen kregen. Wegbouwers die geen lid waren van het kartel moesten aanzienlijk hogere prijzen voor bitumen betalen. Een dergelijke handelwijze stelt een landelijk dekkend kartel in staat om de eigen positie te versterken ten opzichte van concurrenten – zowel binnenlandse als buitenlandse.

Vraag 4

Is het mogelijk dat, in het geval van het ontbreken van (substantiële) grensoverschrijdende effecten, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) deze zaak had moeten behandelen en de geldboetes had moeten opleggen?

Antwoord

Artikel 81 EG is van toepassing op een mededingingsbeperkende afspraak tussen ondernemingen, als deze de handel tussen EU-lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden. Is hiervan sprake, dan is zowel de Europese Commissie als de nationale mededingingsautoriteit, in Nederland de NMa, bevoegd dat verdragsartikel toe te passen. Is er een mededingingsbeperkende afspraak zonder interstatelijke werking, dan is alleen het nationale mededingingsrecht van toepassing. Was dit in deze zaak het geval geweest, dan had alleen de NMa de afspraken kunnen toetsen aan het nationale kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet. Overigens is zowel in het Europese als in het Nederlandse mededingingsrecht sprake van een bevoegdheid tot optreden en niet van een verplichting.



Vraag 5

Waarom is de NMa niet opgetreden in deze zaak?

Antwoord

Volgens het persbericht van de Europese Commissie heeft BP in juni 2002 bij de Europese Commissie een verzoek om boete-immuniteit ingediend. Naar aanleiding daarvan is de Europese Commissie met de procedure begonnen die uiteindelijk tot de beschikking in kwestie heeft geleid. Daarmee was de NMa, ingevolge artikel 11, zesde lid, van verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, niet meer bevoegd artikel 81 EG in deze zaak toe te passen.

Vraag 6

Als vanwege het ontbreken van een grensoverschrijdend effect de Europese Commissie ten onrechte is opgetreden, welke maatregelen neemt u dan?

Antwoord

Geen. De enige manier waarop een beschikking van de Europese Commissie aangevochten kan worden, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van interstatelijke werking, is via een beroepsprocedure voor de Europese rechter.

Vraag 7

Is er een verband tussen het onderzoek van de Europese Commissie en het onderzoek van de NMa inzake de bouwfraude? Klopt het dat de NMa de betrokken bedrijven reeds eerder heeft beboet en dat het opleggen van een geldboete door de Europese Commissie nu betekent dat deze bedrijven twee keer voor hetzelfde feit worden gestraft?

Antwoord

Volgens het persbericht van de Europese Commissie had haar onderzoek betrekking op de afspraken tussen leveranciers en afnemers van bitumen over prijzen en kortingen. Daarop waren de onderzoeken van de NMa naar kartelgedrag in de bouwsector niet gericht. Bij de boetes die de NMa heeft opgelegd gaat het dan ook om andere overtredingen dan bij de boetebeschikking die de Europese Commissie nu oplegt. Er kan daarom niet gesteld worden dat ondernemingen die bij beide overtredingen waren betrokken en voor beide overtredingen zijn beboet, twee keer voor hetzelfde feit zijn gestraft.

Vraag 8

Acht u het niet een vreemde gang van zaken dat wanneer de Europese Commissie stelt dat de benadeelde van dit kartel met name de Nederlandse regering en dus de Nederlandse belastingbetaler is, de boete op geen enkele manier ten gunste van de



Nederlandse belastingbetaler komt? Wat is de bestemming van de extra financiële middelen die de Europese Commissie als gevolg van deze boetes int?

Antwoord

Neen, dit is geen vreemde gang van zaken. Boete en schadevergoeding hebben elk een andere doelstelling. De boete in kwestie is bedoeld als straf voor overtreding van het Europese kartelverbod en niet als compensatie van de schade die als gevolg van die overtreding eventueel wordt geleden. Daarom komen de opbrengsten uit boetes ten goede aan het EU-budget en niet aan degenen die als gevolg van die overtreding zijn benadeeld. Willen die benadeelden die schade van kartelleden vergoed krijgen, dan zullen zij daartoe in een procedure voor de civiele rechter een eis tot schadevergoeding moeten indienen. Indiening van een zodanige eis door Rijkswaterstaat is niet uitgesloten. De opbrengsten uit de door de Europese Commissie opgelegde boetes worden niet vooraf voor een bepaald type uitgave bestemd, maar kunnen uiteenlopende bestemmingen hebben.

mr. drs. J.G. Wijn
Minister van Economische Zaken

Publicatieblad

van de Europese Unie

C 20

50e jaargang
27 januari 2007

Uitgave in de
Nederlandse taal

Mededelingen en bekendmakingen

-
- | | | |
|----------------------------------|---|---------------------------|
| (2007/C 20/14) | Zaak C-480/06: Beroep ingesteld op 24 november 2006 — Commissie van de Europese Gemeenschappen/Bondsrepubliek Duitsland | <u>10</u> |
| (2007/C 20/15) | Zaak C-483/06: Beroep ingesteld op 24 november 2006 — Commissie van de Europese Gemeenschappen/Italiaanse Republiek | <u>11</u> |
| (2007/C 20/18) | Zaak C-488/06 P: Hogere voorziening ingesteld op 27 november 2006 door L & D, S.A. tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Vierde kamer) van 7 september 2006 in zaak T-168/04, L & D, S.A./BHIM | <u>12</u> |
| (2007/C 20/20) | Zaak C-494/06 P: Hogere voorziening ingesteld op 30 november 2006 door Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 6 september 2006 in de gevoegde zaken T-304/04 en T-316/04, Italiaanse Republiek en Wam SpA/Commissie van de Europese Gemeenschappen | <u>13</u> |
| Gerecht van eerste aanleg | | |
| (2007/C 20/22) | Zaak T-336/06: Beroep ingesteld op 27 november 2006 — 2K-Teint e.a./EIB en Commissie | <u>15</u> |
| (2007/C 20/23) | Zaak T-343/06: Beroep ingesteld op 1 december 2006 — Shell Petroleum e.a./Commissie | <u>16</u> |
| (2007/C 20/24) | Zaak T-344/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Total/Commissie | <u>17</u> |
| (2007/C 20/25) | Zaak T-345/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Complejo Agrícola/Commissie | <u>18</u> |
| (2007/C 20/26) | Zaak T-346/06: Beroep ingesteld op 6 december 2006 — IMS/Commissie | <u>18</u> |

(2007/C 20/27)	Zaak T-347/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Nynäs Petroleum en Nynas Belgium/Commissie	<u>19</u>
(2007/C 20/28)	Zaak T-348/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Total Nederland/Commissie	<u>20</u>
(2007/C 20/29)	Zaak T-349/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Duitsland/Commissie	<u>20</u>
(2007/C 20/30)	Zaak T-351/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Dura Vermeer Groep/Commissie	<u>21</u>
(2007/C 20/31)	Zaak T-352/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Dura Vermeer Infra/Commissie	<u>21</u>
(2007/C 20/32)	Zaak T-353/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Vermeer Infrastructuur/Commissie	<u>22</u>
(2007/C 20/33)	Zaak T-354/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — BAM NBM Wegenvouw en HBG Civiel/Commissie	<u>22</u>
(2007/C 20/34)	Zaak T-355/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Koninklijke BAM Groep/Commissie	<u>23</u>
(2007/C 20/35)	Zaak T-356/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Koninklijke Volker Wessels Stevin/Commissie	<u>24</u>
(2007/C 20/36)	Zaak T-357/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Koninklijke Wegenvouw Stevin/Commissie	<u>24</u>
(2007/C 20/37)	Zaak T-358/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Wegenvouwmaatschappij J. Heijmans/Commissie	<u>25</u>
(2007/C 20/38)	Zaak T-359/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Heijmans Infrastructuur/Commissie	<u>25</u>
(2007/C 20/39)	Zaak T-360/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Heijmans/Commissie	<u>26</u>
(2007/C 20/40)	Zaak T-361/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Ballast Nedam/Commissie	<u>26</u>
(2007/C 20/41)	Zaak T-362/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Ballast Nedam Infra/Commissie	<u>27</u>
(2007/C 20/42)	Zaak T-363/06: Beroep ingesteld op 5 december 2006 — Honda Motor Europe/BHIM — SEAT (MAGIC SEAT)	<u>27</u>
(2007/C 20/43)	Zaak T-364/06: Beroep ingesteld op 6 december 2006 — Xinhui Alida Polythene/Raad	<u>28</u>
(2007/C 20/44)	Zaak T-366/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Calebus/Commissie	<u>29</u>

(2007/C 20/45)	Zaak T-370/06: Beroep ingesteld op 4 december 2006 — Kuwait Petroleum Corp. e.a./Commissie	<u>29</u>
(2007/C 20/46)	Zaak T-378/06: Beroep ingesteld op 14 december 2006 — IMI e.a./Commissie	<u>30</u>
(2007/C 20/47)	Zaak T-380/06: Beroep ingesteld op 15 december 2006 — Vischim/Commissie	<u>31</u>
(2007/C 20/48)	Zaak T-383/06: Beroep ingesteld op 19 december 2006 — Icuna.com/ Parlement	<u>31</u>
(2007/C 20/49)	Zaak T-384/06: Beroep ingesteld op 13 december 2006 — IBP en International Building Products France/Commissie	<u>32</u>
(2007/C 20/50)	Zaak T-385/06: Beroep ingesteld op 14 december 2006 — Aalberts Industries e.a./Commissie	<u>33</u>
(2007/C 20/51)	Zaak T-386/06: Beroep ingesteld op 15 december 2006 — Pegler/Commissie	<u>34</u>
(2007/C 20/52)	Zaak T-387/06: Beroep ingesteld op 20 december 2006 — Inter-IKEA/BHIM (afbeelding van laadplaat)	<u>35</u>
(2007/C 20/53)	Zaak T-388/06: Beroep ingesteld op 20 december 2006 — Inter-IKEA/BHIM (afbeelding van laadplaat)	<u>35</u>
(2007/C 20/54)	Zaak T-389/06: Beroep ingesteld op 20 december 2006 — Inter-IKEA/BHIM (afbeelding van laadplaat)	<u>35</u>
(2007/C 20/55)	Zaak T-390/06: Beroep ingesteld op 20 december 2006 — Inter-IKEA/BHIM (afbeelding van laadplaat)	<u>36</u>
(2007/C 20/56)	Zaak T-393/06: Beroep ingesteld op 18 december 2006 — Makhteshim Agan Holding/Commissie	<u>36</u>
Gerecht voor ambtenarenzaken van de Europese Unie		
(2007/C 20/57)	Zaak F-124/06: Beroep ingesteld op 31 oktober 2006 — Molina Solano/Europol	<u>38</u>
(2007/C 20/58)	Zaak F-136/06: Beroep ingesteld op 30 november 2006 — Reali/Commissie	<u>38</u>
(2007/C 20/59)	Zaak F-137/06: Beroep ingesteld op 27 november 2006 — Chassagne/Commissie	<u>39</u>
(2007/C 20/60)	Zaak F-139/06: Beroep ingesteld op 11 december 2006 — Kurrer/Commissie	<u>39</u>
(2007/C 20/61)	Zaak F-141/06: Beroep ingesteld op 11 december 2006 — Hartwig/Commissie en Parlement	<u>40</u>

(2007/C 20/62)	Zaak F-142/06: Beroep ingesteld op 28 december 2006 — Bligny/Commissie	<u>40</u>
(2007/C 20/63)	Zaak F-143/06: Beroep ingesteld op 18 december 2006 — Continolo/Commissie	<u>41</u>
(2007/C 20/64)	Zaak F-144/06: Beroep ingesteld op 22 december 2006 — Bleyaert/Raad	<u>41</u>



Concept 02 d.d. 5.9.2008

Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
DJZ/ER 405/08

Betekeningadres:

Ministerie van Buitenlandse Zaken
Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
10.2.e
Postbus 20061
2500 EB 's-Gravenhage
Nederland

Aan:

het Gerecht van Eerste
Aanleg van de
Europese Gemeenschappen
te Luxemburg

Betekening per fax aan +31 70 348 55 22

VERZOEKSCRIFT

ingediend op grond van artikel 230 EG
door

STAAT DER NEDERLANDEN

te dezer zake vertegenwoordigd door 10.2.e, respectievelijk
hoofd en medewerkster van de Afdeling Europees recht van het Ministerie van Buitenlandse
Zaken te 's-Gravenhage
gericht tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen

(hierna: Commissie)

streckende tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 30 juni 2008 met
als kenmerk SG.E3/MV/psi D(2008)5364.

Met opmaak: Links

Concept 02 d.d. 5.9.2008

Inhoudsopgave

I.	Inleiding	blz. 3
II.	Feitelijk Kader	blz. 3
III.	Juridisch Kader	blz. 5
IV.	Middelen	blz. 5
	– Eerste middel	blz. ...
	– Tweede middel	blz. ...
V.	Conclusie	blz. 17
VI.	Staat van Bijlagen	blz. 18

I. Inleiding

1. De Staat der Nederlanden (hierna: verzoeker) verzoekt hierbij om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 30 juni 2008 met als kenmerk SG.E3/MV/psi D(2008)5364. In deze beschikking bevestigt de Commissie de afwijzing van het verzoek van verzoeker om op de voet van artikel 6 lid 1 van Verordening 1049/2001 toegang te krijgen tot de volledige, ongecensureerde versie van de beschikking van de Commissie van 13 september 2006 (Zaak nr. COMP/ 38.456 Bitumen NL; documentnummer C(2006)4090).
2. In het onderstaande zullen eerst de relevante feiten en achtergronden worden vermeld. Daarna zullen de middelen worden aangevoerd. Aan het slot zal worden verzocht de beschikking van de Commissie van 30 juni 2008 nietig te verklaren.
3. Een kopie van de bestreden beschikking is als bijlage I bij dit verzoekschrift gevoegd.

II. Feitelijk kader

Algemeen

4. Bij beschikking van 13 september 2006 heeft de Commissie een groot aantal ondernemingen, leveranciers en afnemers van wegebouwbitumen boetes opgelegd, omdat zij inbreuk hebben gepleegd op artikel 81 van het Verdrag door gedurende de periode van 1 april 1994 tot 15 april 2002 regelmatig gezamenlijk voor de verkoop en afname van wegebouwbitumen in Nederland de brutoprijs, een standaardkorting op de brutoprijs voor de deelnemende wegebouwers en een lagere maximale korting op de brutoprijs voor de overige wegebouwers vast te stellen (hierna: de beschikking van 13 september 2006).
5. In totaal waren er XXXX(PM van de hoeveel) ondernemingen betrokken bij het Bitumen- kartel. Van deze deelnemers heeft slechts één boete-immuniteit (leverancier BP) gekregen op basis van de clementieregeling van de Commissie. Verder heeft nog één deelnemer (leverancier Kuwait Petroleum) boetevermindering gekregen in het kader van dit programma. Andere verzoeken om boetevermindering zijn niet gehonoreerd

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

door de Europese Commissie. (zie ook persbericht van 13/9/06 met kenmerk IP/06/1179)]

5.6. De Commissie heeft een openbare versie van de beschikking van 13 september 2006 gepubliceerd (hierna: de openbare versie van de beschikking van 13 september 2006).

7. Verschillende, al dan niet openbare, rechtspersonen, waaronder verzoeker, hebben ten gevolge van het handelen van de beboete ondernemingen ernstige schade geleden. Verzoeker is voornemens de schade op de betrokken ondernemingen te verhalen. Ten behoeve van zulk schadeverhaal zou het uiterst nuttig zijn kennis te nemen van de gegevens in de beschikking van 13 september 2006 die niet openbaar zijn gemaakt. Het gaat hierbij met name om informatie betreffende:

- * de aard en omvang van de marktverstoring (overweging 4- 6);
- * de organisatie en werking van het kartel (overweging 48 – 86; 350 -354, voetnoten 519 - 521)
- * de rol van bepaalde partijen als aanstichter of leider van het kartel (overweging 342 – 347);
- * de concrete prijsafspraken die binnen het kartel werden gemaakt (overweging 87 – 126);
- * verschillen tussen het prijspeil van bitumen in Nederland en het prijspeil in buurlanden als gevolg van de kartelvorming (overweging 150, voetnoten 343 – 344; 174, voetnoten 371 – 376; 314, voetnoot 489);
- * het belang dat bij het kartel betrokken wegebouwers hadden bij een verhoging van de prijs van bitumen waar zij onder het zogenoemde “mechanisme van de prijsindex” prijsstijgingen vergoed kregen van hun klanten (overweging 149, voetnoten 340 -341; 151, voetnoten 345 – 349);
- * marktaandeelen en omzetgegevens bitumenverkoop in Nederland van karteldeelne­mers (overweging 7 – 29; 321);
- * namen van de natuurlijke personen die karteldeelne­mers vertegenwoordigden bij overleg in het kader van het kartel (overweging 187; 205; 236; 252; 265; 268; 273; 279; 286; 291; 293; 298).

Procesverloop

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Concept 02 d.d. 5.9.2008

7-8. Vanwege het feit dat het voor het schadeverhaal uiterst nuttig zou zijn om van deze informatie kennis te nemen heeft verzoeker bij brief van 7 maart 2008 op de voet van artikel 6 lid 1 van Verordening 1049/2001 de Commissie verzocht haar een afschrift tot te zenden van de volledige, ongecensureerde versie van de beschikking van 13 september 2006 (hierna: “de vertrouwelijke versie van de beschikking van 13 september 2006”).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

8-9. De Commissie heeft het verzoek bij brief van 27 maart 2008 afgewezen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

9-10. In vervolg hierop heeft verzoeker bij brief van 17 april 2008 een confirmatief verzoek als bedoeld in artikel 7 lid 2 van Verordening 1049/2001 ingediend.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

10-11. Bij beschikking van 30 juni 2008 heeft de Commissie het confirmatieve verzoek afgewezen (hierna: de bestreden beschikking). De afwijzing berust op artikel 4 lid 1, onder b en 4 lid 2, eerste en derde streepje, van Verordening 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

III. Juridisch kader

Communautair kader

Verdrag betreffende de Europese Unie

Artikel 1 EU luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“(…) Dit Verdrag markeert een nieuwe etappe in het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa, waarin de besluiten in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen. (...)”

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap

Artikel 255 EG luidt als volgt:

“1. Iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft recht op toegang tot documenten

van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, volgens de beginselen en onder de voorwaarden die overeenkomstig de leden 2 en 3 worden bepaald.

2. Binnen twee jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam bepaalt de Raad volgens de procedure van artikel 251 de algemene beginselen en de beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende dit recht op toegang tot documenten.

3. Elk van bovengenoemde instellingen neemt in haar eigen reglement van orde specifieke bepalingen betreffende de toegang tot haar documenten op.”

Verordening 1049/2001/EG (Openbaarheidsverordening)

~~11-12.~~ Blijkens artikel 1, sub a, regelt de Openbaarheidsverordening een zo ruim mogelijke toegang tot de documenten van de instellingen (Europees Parlement, Raad en Commissie).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~12-13.~~ Artikel 4 van de Openbaarheidsverordening luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

“1. De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

a) het openbaar belang, wat betreft:

- de openbare veiligheid,*
- defensie en militaire aangelegenheden,*
- de internationale betrekkingen,*
- het financieel, monetair of economisch beleid van de Gemeenschap of van een lidstaat;*

b) de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, in het bijzonder gelet op de Gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens.

2. De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

- de commerciële belangen van een natuurlijke of rechtspersoon, met inbegrip van intellectuele eigendom,*
 - gerechtelijke procedures en juridisch advies,*
 - het doel van inspecties, onderzoeken en audits,*
- tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.*

3. (...)

6. *Indien het gevraagde document slechts ten dele onder de uitzonderingen valt, worden de overige delen ervan wel vrijgegeven.*

7. *De uitzonderingen van de leden 1 tot en met 3 zijn slechts van toepassing gedurende de periode waarin bescherming op grond van de inhoud van het document gerechtvaardigd is. De uitzonderingen gelden voor ten hoogste 30 jaar. In geval van documenten die vallen onder de uitzonderingen op grond van de persoonlijke levenssfeer of van commerciële belangen en in geval van gevoelige documenten, kunnen de uitzonderingen zo nodig na afloop van deze periode van toepassing blijven.*

IV. Middelen

~~13-14.~~ De Nederlandse regering verzet zich met drie middelen tegen de bestreden beschikking en de onderbouwing daarvan. Zij is van mening dat de beschikking in strijd is met het recht op toegang, het proportionaliteitsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

15. Alvorens in te gaan op de verschillende middelen zal verzoeker eerst in het algemeen haar visie geven op de onderliggende belangen. In zijn algemeenheid klinkt uit de bestreden beschikking de wens door om de publieke handhaving van de artikel 81 EG zoveel mogelijk te verzekeren. Verzoeker stelt voorop, dat ook zij grote waarde hecht aan een daadkrachtige publieke handhaving van de EG mededingingsregels behouden moet blijven. Hiervoor is het met name essentieel dat clementieregelingen aantrekkelijk zijn en blijven. Clementieregelingen zijn immers een belangrijk onderdeel van het mededingingstoezicht, omdat zij een sterke stimulans zijn voor ondernemingen bedrijven die deelnemen aan een kartel om als eerste een kartel aan te geven in ruil voor boetes~~straf~~vermindering of nadat een kartel is ontdekt, vlot mee te werken aan het onderzoek. Binnen het Europese en nationale mededingingsbeleid zijn clementieregelingen niet weg te denken: er zijn speciale richtsnoeren en procedures voor ontwikkeld die moeten bijdragen aan de effectiviteit van dit instrument (zie richtsnoeren van de Commissie) en uit de jaarlijkse mededingingsverslagen van de Europese Commissie blijkt ook de belangrijke rol van de clementieregeling (zie bijv. het Verslag over het mededingingsbeleid 2006, paragraaf 1.1.2, punt 8 op blz. 14). Deze rol van clementieregelingen in het kader van het mededingingstoezicht wordt wereldwijd erkend (zie uitspraak van het US Supreme Court in de zaak Hoffman-La

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Roche Ltd. vs. Empagran S.A. waarin onder andere expliciet wordt verwezen naar de clementiepraktijk van andere landen om de extraterritoriale werking van het federale aansprakelijkheidsrecht bij kartelschendingen af te wijzen).

15-16. Voor de effectiviteit van de clementieregeling is het van groot belang, dat de initiatieven van (potentiële) deelnemers niet worden ontmoedigd doordat de door hen in het kader van het clementieprogramma gegeven informatie wordt vrijgegeven en hierdoor bijvoorbeeld hun positie in civiele zaken wordt verslechterd ten opzichte van hen die niet hebben meegewerkt (vergelijk de paragrafen 6, 33 en 34 van de Clementieregeling Mededeling 2006/C 298/11 **pm** voluit). ~~Verder dient er bij de toegang tot informatie ten behoeve van (civiele) schadevergoedingsacties voor worden gewaakt dat de publieke handhaving met behulp van clementieregelingen niet wordt doorkruist. Verzoeker heeft dan ook, zoals bij de Commissie bekend, in haar reactie op het witboek, onderstreept dat zij kan instemmen met het voorstel om ondernemersverklaringen van elementieverzoekers te beschermen. Dit is in lijn met Mededeling 2006/C 298/11 van de Commissie waar in de paragrafen 33 en 34 expliciet wordt aangegeven dat geen toegang tot de ondernemersverklaringen en de daarin vervatte informatie zal worden verstrekt.~~ Verder is het van belang heeft verzoeker aangegeven dat andere informatie (niet zijnde clementiemateriaal) bij de mededingingsautoriteiten pas opvraagbaar moet zijn wanneer het publiekrechtelijk onderzoek is afgerond. Daarmee wordt de aantrekkelijkheid van de clementieregeling en de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving gewaarborgd (**dit laatste punt snap ik niet van verder ... gewaarborgd. EZ graag toelichten**). ~~[EZ: je wilt niet dat er informatie openbaar wordt over een lopend kartelonderzoek, omdat er dan een aanzienlijke kans is dat de onderzoeken spaak lopen. Als informatie al bekend wordt buiten de mededingingsautoriteiten is er een grote kans dat een karteldeelnehmer hiervan lucht krijgt en er stappen worden ondernomen om het onderzoek te frustreren. Vandaar de opmerking dat de info pas openbaar kan worden gemaakt nadat het onderzoek is afgerond. Je geeft ook geen af zo min mogelijk informatie vrij gedurende een opsporingsonderzoek door de politie. Dit is daarmee te vergelijken]~~

17. Op basis van het bovenstaande kan verzoeker zich dus goed indenken, dat de Commissie zich terughoudend op stelt met het verstrekken van informatie die er toe zou kunnen dat de goede werking van de clementieregeling in gevaar gebracht zou kunnen

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

worden. Dit betekent echter niet, dat op het moment dat in een bepaald kartelonderzoek de clementieregeling is toegepast dit automatisch de toegang tot alle informatie van dat onderzoek zou moeten blokkeren. Het feit dat een clementieregeling in het geding is, ontslaat de Commissie er niet van om nauwkeurig te onderzoeken of het vrijgeven van bepaalde informatie de effectiviteit van de clementieregeling in het gedrang brengt. Anders gezegd: er is geen beginsel van de "fruit of the poisonous tree" die alle andere informatie besmet en ontoegankelijk maakt.

18. Meer algemeen vormt het feit dat het belang van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht mogelijk in het geding ~~is~~ geen vrijbrief om andere belangen die bij een verzoek tot openbaarmaking spelen buiten beschouwing te laten. Verzoeker heeft ~~echter~~ op basis van de beschikking van de Commissie de indruk dat de Commissie de andere belangen dan die bij het onderhavige verzoek tot openbaarmaking een rol spelen van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht uit het oog is verloren. Zo gaat het hier ook om het belang van transparantie en het fundamentele recht op de toegang tot documenten (artikel 255 EG en artikel 1 EU). Verder gaat het om een effectieve rechtsbescherming tegen schendingen van het gemeenschapsrecht. Voorts speelt ook nog een rol dat private acties eveneens van groot belang zijn in de strijd tegen kartelvorming (private handhaving). Verzoeker wijst in dit verband op het Witboek (paragraaf 1.2, blz. 3, vierde alinea), waarin staat dat een effectieve vorm van civiele handhaving en schadevergoedingsrecht een afschrikwekkende werking ten aanzien van toekomstige inbreuken heeft en zorgt voor een betere naleving van de communautaire mededingingsregels. ~~Private handhaving is dan ook een volwaardige vorm van handhaven en niet slechts een subsidiaire vorm van handhaving ten opzichte van publiek handhaving.~~ Aldus vervult private handhaving ook een functie ten behoeve van het publieke belang.

14. Tot slot verdient vermelding dat in deze zaak de financiële belangen van de lidstaat Nederland een rol spelen. Nederland heeft schade geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de karteldeelnemers. Om deze schade te kunnen verhalen is er geen andere weg dan een civiele schadevergoedingsactie. De civiele aard van deze actie doet echter niet af aan het feit dat een publiek belang wordt gediend, te weten het terughalen van verloren middelen ten gevolge van schending van het gemeenschapsrecht uit de Nederlandse staatskas.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Markeren

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Eerste middel: schending van het recht op toegang

A. Algemeen

~~17-19.~~ Verzoeker roept allereerst in herinnering, dat de toegankelijkheid van documenten van de instellingen de regel en is een weigeringsbesluit slechts geldig is wanneer het steunt op één van de uitzonderingen van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~18-20.~~ Volgens vaste rechtspraak moeten deze uitzonderingen eng worden uitgelegd en toegepast, opdat de toepassing van het in deze verordening verankerde algemene beginsel van recht op toegang niet in het gedrang komt (zie onder andere arrest van der Wal, punt 27, en arrest van het Gerecht van 7 februari 2002, Kuijjer/Raad, T-211/00, Jurispr. blz. II-485, punt 55, en de daar aangehaalde rechtspraak). De Commissie beroept zich op artikel 4(1) en 4 (2). Verzoeker zal op beide leden ingaan en beginnen met het tweede lid aangezien dit de belangrijkste grond van de Commissie lijkt te zijn.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B. Artikel 4(2)

~~19-21.~~ De Commissie heeft twee weigeringsgronden uit hoofde van artikel 4(2) ingeroepen, namelijk de bescherming van commerciële belangen en de bescherming van de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~20-22.~~ Uit de vaste jurisprudentie van het Hof blijkt, dat de Commissie bij de toepassing van de verschillende weigeringsgronden van artikel 4(2) een drietal stappen dient te doorlopen. Allereerst dient gekeken te worden of sprake is van een belang genoemd in de weigeringsgronden van artikel 4(2). Ten tweede dient te worden onderzocht of de toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het beschermde belang. Ten derde moet het gaan om een gevaar op afbreuk aan een belang dat redelijkerwijze voorzienbaar is. Het gevaar mag niet louter hypothetisch zijn. ~~Ten derde moet het gaan om een belang dat redelijkerwijs voorzienbaar is. Het belang mag niet louter hypothetisch zijn.~~ Hierna zal verzoeker de tweede en de derde voorwaarde gezamenlijk ook wel noemen de eis van een "reëel gevaar van afbreuk op". Daarnaast geldt dat geen sprake mag zijn van een hoger belang dat openbaarmaking gebiedt (zie onder meer zaak Technische Glaswerke, punt 77, zaak T-2/03, VKI, punt 69). Bij alle voorwaarden geldt dat sprake moet zijn van een concreet en individueel onderzoek.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~21-23.~~ In het volgende zal verzoeker betogen, dat de Commissie artikel 4(2) onjuist heeft toegepast. Ze heeft voor de toepassing van deze bepaling noodzakelijke stappen overgeslagen en op punten de bepalingen onjuist uitgelegd. Hierdoor heeft de Commissie het recht op toegang geschonden. Verzoeker zal per uitzonderingsgrond aangeven waarom deze niet konden worden toegepast. Subsidiair, voorzover de gronden wel konden worden toegepast zal verzoeker betogen dat sprake is van een hoger belang, dat openbaarmaking gebiedt.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.1 Artikel 4(2) eerste streepje "de bescherming van commerciële belangen"

~~22-24.~~ In hoofdstuk 3 van de beschikking heeft de Commissie geoordeeld dat op grond van artikel 4 lid 2, eerste streepje van Verordening 1049/2001 openbaarmaking van de gevraagde informatie moet worden geweigerd. De motivering hiervoor is summier en weinig concreet. De Commissie overweegt slechts het volgende:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

"De gespecificeerde onderdelen van het gevraagde document bevatten onder andere een gedetailleerde beschrijving van het product en de betrokken ondernemingen, een omschrijving van het functioneren van het kartel en de beoordeling van de Commissie. De gespecificeerde onderdelen van de vertrouwelijke versie van het gevraagde document bevatten gedetailleerde zakelijk informatie inzake activiteiten en marktgedrag van de onderzochte partijen, te weten hun afspraken en vaste praktijken binnen de sector. Zij bevatten gedetailleerde en marktgevoelige informatie betreffende financiën en verkoop van de betrokken ondernemingen, waaronder zakenstrategieën.

Openbaarmaking van deze commerciële en marktgevoelige informatie met betrekking tot de betrokken ondernemingen zou de bescherming van de commerciële belangen van laatstgenoemde ondernemingen. "

Commissie past niet alle voorwaarden toe

~~25.~~ Uit deze passages blijkt niet, dat de toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan de commerciële belangen van de betrokken ondernemingen. Voorts blijkt niet dat het gaat om belangen die redelijkerwijze voorzienbaar zijn. Om die redenen had de Commissie artikel 4(2) eerste streepje niet kunnen toepassen. Uit deze passages blijkt niet, dat de toegang tot delen van het document concreet en daadwerkelijk afbreuk

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

doet aan de commerciële belangen van de betrokken ondernemingen. Voorts blijkt niet dat het gaat om redelijkerwijze voorzienbaar gevaar op afbreuk aan die belangen is. Om die redenen had de Commissie artikel 4(2) eerste streepje niet kunnen toepassen.

Commissie oordeelt ten onrechte dat sprake is van Geen commerciële belangen in het geding

26. Daar komt nog bij, dat de Commissie ten onrechte aanneemt dat sprake is van commerciële belangen in de zin van artikel 4(2) eerste streepje. Hoewel het niet expliciet blijkt uit de tekst van artikel 4(2) is verzoeker van mening dat een redelijke uitleg van artikel 4(2) eerste streepje meebrengt, dat het moet gaan om *legitieme of rechtmatige* commerciële belangen. Belangen die samenhangen met illegale praktijken verdienen geen bescherming. Evenmin valt de bescherming tegen het risico op schadeclaims wegens schending van EG recht onder commerciële belangen uit hoofde van artikel 4(2) eerste streepje.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

25-27. In deze zaak gaat om ondernemingen die zich schuldig hebben gemaakt aan kartelvorming. De belangen van deze dit soort ondernemingen kunnen in deze context niet worden aangemerkt als legitiem en evenmin als commerciële belangen in de zin van de openbaarheidsverordening. Reeds om die reden kan artikel 4(2) eerste streepje niet worden toegepast. Verzoeker wijst in dit verband op punt 72 van het arrest van het Gerecht van 12 oktober 2007, Pergan Hilfsstoffe/ Commissie, zaak T-474/04 waarin het Gerecht als volgt overweegt:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

“Het Gerecht herinnert eraan dat het belang van een onderneming waaraan de Commissie een geldboete heeft opgelegd wegens schending van het gemeenschapsrecht, dat de details van het aan deze onderneming verweten inbreukmakend gedrag niet aan het publiek worden bekendgemaakt, geen bijzondere bescherming verdient, gelet op het belang van het publiek om zo ruim mogelijk kennis te kunnen nemen van de gronden van elk optreden van de Commissie, op het belang van de marktdeelnemers om te weten welke gedragingen hen aan sancties kunnen blootstellen, en op het belang van de door de inbreuk gelaedeerde personen om kennis te nemen van de details van de inbreuk teneinde in voorkomend geval hun rechten jegens de bestrafte ondernemingen te kunnen doen gelden, en gelet op de mogelijkheid van deze onderneming om een dergelijke beschikking te onderwerpen

aan rechterlijke toetsing (arrest Bank Austria Creditanstalt/Commissie, punt 46 supra, punt 78).(…)”

~~26-28.~~ Voorzover voor ~~deze~~ ~~soort~~ ondernemingen niet zonder meer kan worden uitgesloten dat sprake is van commerciële belangen in de zin van artikel 4(2) eerste streepje geldt dat de Commissie zich zeer kritisch moet opstellen. De belangen van (de organisatie van) het kartel vallen in ieder geval niet onder het begrip “commerciële belangen”. Hiervan heeft de Commissie zich in deze zaak onvoldoende rekenschap gegeven. Met name kent de Commissie in de beschikking ten onrechte geen betekenis toe aan de omstandigheid dat sprake is van informatie over verboden gedragingen. Zo bestempelt de Commissie de volgende informatie als commercieel en marktgevoelige informatie:

“(…)een omschrijving van het functioneren van het kartel en de beoordeling van de Commissie. De gespecificeerde onderdelen van de vertrouwelijke versie van het gevraagde document bevatten gedetailleerde zakelijk informatie inzake activiteiten en marktgedrag van de onderzochte partijen, te weten hun afspraken en vaste praktijken binnen de sector.”

Verzoeker meent dat dit soort kartelgerelateerde belangen geen bescherming genieten onder artikel 4(2) eerste streepje.

Subsidiair: Geen reëel gevaar voor afbreuk van commerciële belangen wegens gedateerde informatie.

~~27-29.~~ Tot slot is de Commissie ten onrechte voorbij gegaan aan de omstandigheid dat sprake is van gedateerde informatie. De Commissie volstaat met de opmerking dat nauwkeurig onderzoek van de gespecificeerde onderdelen van de beschikking van 13 september 2006 heeft uitgewezen dat de daarin vervatte informatie nog altijd moet worden beschouwd als commercieel gevoelige informatie, maar licht dat niet verder toe voor de afzonderlijke onderdelen van de gevraagde informatie.

~~29-30.~~ De Commissie gaat er hiermee aan voorbij, dat het feit dat sprake is van gedateerde informatie relevant is voor de vraag of de toegang tot de informatie concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan de commerciële belangen van de betrokken ondernemingen. Hierboven onder punt ... is reeds vastgesteld, dat de Commissie deze voor de toepassing van artikel 4(2) noodzakelijke stap in het geheel heeft overgeslagen.

heeft opmaak toegepast: Markeren

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief, Niet onderstrepen

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief

heeft opmaak toegepast: Niet onderstrepen

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Echter, nu het gaat om gedateerde informatie is het onwaarschijnlijk dat aan deze eis zou zijn voldaan.

~~29-31.~~ Verzoeker wijst erop dat het gaat om informatie van 6 tot 14 jaar oud én die betrekking heeft op verboden gedragingen, waarvan moet worden aangenomen dat die thans niet meer plaatsvinden. Verzoeker acht het niet aannemelijk dat daadwerkelijk nog sprake is van commercieel gevoelige informatie. Zo valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom bijvoorbeeld moet worden geoordeeld dat de marktaandelen of omzetgegevens van de betrokken deelnemers nog zo actueel zijn dat zij niet openbaar gemaakt zouden kunnen worden. Daarnaast is onduidelijk waarom de concrete prijsafspraken binnen het kartel nu nog zo actueel zouden zijn dat openbaarmaking vanwege de commerciële belangen van de karteldeelnemers achterwege zou moeten blijven. Ook is onaannemelijk dat de algemene informatie die betrekking heeft op de werking van het kartel nog zodanig commercieel gevoelig is dat openbaarmaking daarvan achterwege zou moeten blijven.
Hetzelfde geldt voor de informatie over de prijseffecten.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~30-32.~~ In de opvatting van verzoeker moet hierbij mede worden betrokken dat volgens de vaste jurisprudentie van het Hof financiële gegevens die wat ouder zijn als regel niet langer als bedrijfsvertrouwelijke worden beschouwd (President GvEA 1 maar 2007, zaak T-336/04, TvDanmark A/S par. 56 en President GvEA 4 maart 2005, zaak T-289/03, BUPA e.a., par. 38). De rechtspraak heeft weliswaar betrekking op de vertrouwelijkheid van procedurele stukken tussen procesvoerende partijen, maar uit de betrokken uitspraken blijkt niet dat die omstandigheid een rol heeft gespeeld in de beoordeling of sprake was van commercieel gevoelige informatie. Daarom is de rechtspraak ook voor het onderhavige geval relevant.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Van wie is het gevaar te verwachten?

33. De Commissie heeft niet aangegeven van wie het gevaar van aantasting van commerciële belangen te verwachten is. Ten eerste is relevant dat alle Bitumenleveranciers deelnamen aan het kartel. Hierdoor kan in deze verhouding niet meer gesproken worden van daadwerkelijke concurrentie en kan vanuit die hoek dan ook geen sprake zijn van een reëel gevaar voor aantasting van de commerciële belangen. Zulks nog los van het feit dat de vertrouwelijk versie van beschikking van 13 december 2006 al bekend is bij de leden van het Bitumenkartel. De Commissie heeft niet aangegeven uit welke hoek dan wel

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

aantasting van de commerciële belangen is te verwachten die het gevolg zou zijn van openbaarmaking.

B.2 Artikel 4(2) derde streepje “de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits”

Algemeen

~~31-34.~~ In hoofdstuk 3 van de bestreden beschikking doet de Commissie een beroep op artikel 4(2) derde streepje. Voor de toepassing van artikel 4, lid 2, derde streepje, maakt de Commissie onderscheid tussen de volgende drie categorieën van documenten: (1)(verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie, (2) inspectiedocumenten en (3) documenten aangeleverd in het kader van het clementieprogramma. Voorts gaat de Commissie apart in op het vrijgeven van de namen van werknemers van de betrokken ondernemingen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~32-35.~~ Verzoeker zal de eerste en tweede categorie van documenten gezamenlijk en de derde apart behandelen. Daarna zal apart worden ingegaan op het vrijgeven van de namen van personen. Alvorens dit te doen worden een aantal opmerkingen van algemene aard gemaakt.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~33-36.~~ Ten eerste slaat de Commissie te weinig acht aan het onderhavige verzoek niet ziet op de onderliggende documenten, maar enkel op de vertrouwelijke passages uit de beschikking van 13 september 2006 die, zo neemt verzoeker aan, aan de hand van die documenten tot stand zijn gekomen. Het gaat dus niet om de bescherming van het onderzoeksmateriaal zelf maar om hetgeen de Commissie zelf daaruit heeft gedestilleerd. Dit vergt een ander beoordeling. De Commissie had niet mogen volstaan te onderzoeken of de toegang tot de *documenten* concrete en daadwerkelijk afbreuk doet aan het belang van de bescherming van het onderzoek. Ze had moeten kijken of zulks gold voor de toegang tot de betreffende *passages*. Het is zeer wel denkbaar dat de toegang tot bepaalde documenten gerechtvaardigd kan worden geblokkeerd maar dat hetzelfde niet kan worden gezegd van de passages uit beschikking na 13 december 2006 die volgen uit de documenten. Dit geldt bijvoorbeeld als de passages niet herleidbaar zijn tot informatie die door een specifieke partij is verstrekt. Dat zal met name het geval kunnen zijn bij de informatie over de werking van het kartel.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~34-37.~~ Ten tweede geldt voor alle categorieën van documenten, dat uit de jurisprudentie van het Gerecht volgt, dat artikel 4, lid 2, derde streepje van verordening nr. 1049/2001 aldus worden uitgelegd dat deze bepaling, die ertoe strekt „het doel van inspecties, onderzoeken en audits” te beschermen, slechts van toepassing is wanneer de openbaarmaking van de betrokken documenten de voltooiing van de inspecties, onderzoeken of audits in gevaar kan brengen (punt 109 Byk). Hiervoor is vereist, dat er -ten tijde van het besluit- nog inspecties en onderzoeken liepen die door de openbaarmaking van de gevraagde documenten in gevaar konden worden gebracht (punt 113 Byk). De uitzondering strekt er niet toe toekomstige onderzoeken te beschermen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

(Verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie en inspectiedocumenten

~~35-38.~~ Met deze categorie bedoelt de Commissie de informatie die de deelnemers van het kartel ten tijde van het onderzoek (verplicht) hebben gegeven of die de Commissie zelf bij inspecties heeft gevonden. Het gaat om informatie die de Commissie heeft verworven in het kader van de onderzoeksbevoegdheden van de artikelen 17 t/m 21 van Vo. 1/2003. Deze bevoegdheden bestaan terzake van een concreet onderzoek naar (vermoede) schendingen van de artikelen 81 en 82 EG (zie artikel 17, lid 1, Vo. 1/2003 lid 1). Wat je hier moet opschrijven is dat de aangeleverde informatie bij het elementieverzoek inderdaad niet toegankelijk kan en moet zijn, maar dat de informatie die de EC vervolgens op basis van deze informatie heeft verzameld (bijv. door een gerichte inspectie) of reeds in zijn bezit had, maar niet in context kon plaatsen, in beginsel wel verstrekt moet kunnen worden. Er is dus geen leerstuk van de “fruit of the poisonous tree” die alle andere informatie besmet en ontoegankelijk maakt.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~36-39.~~ De Commissie stelt niet dat de openbaarmaking van de betrokken documenten de voltooiing van het onderzoek in het Bitumen kartel in gevaar kan brengen. Dit kan ook niet, nu het onderzoek naar het Bitumen-kartel immers reeds geruime tijd afgerond was en het doel van het onderzoek was bereikt.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~37-40.~~ De Commissie wijst wel op de gerechtvaardigde verwachting van de verstrekkers van de informatie dat de informatie niet openbaar wordt gemaakt en voor andere doeleinden wordt gebruikt dan met het oog op de werkzaamheden van de Commissie in verband met artikel 81 EG en het klimaat van wederzijds vertrouwen. Nog afgezien van de vraag in hoeverre in de context van een kartelonderzoek kan worden gesproken van

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

gerechtvaardigde verwachtingen of van een klimaat van wederzijds vertrouwen, geldt dat er geen weigeringsgrond in de Openbaarheidsverordening is die dit soort verwachtingen en deze verstandhouding beschermd.

~~38-41.~~ De Commissie verwijst in dit verband naar artikel 28 van Verordening 1/2003 (voorheen: artikel 20 van Verordening 17/62), waarin is bepaald dat informatie die is verkregen op grond van onderzoeksbevoegdheden van deze verordeningen, enkel wordt gebruikt voor het doel waarvoor zij is verkregen. Voorts is bepaald dat informatie verstrekt aan de Commissie op grond van de verordeningen onder het beroepsgeheim valt. De Commissie werkt niet uit hoe deze bepalingen zich verhouden met de Openbaarheidsverordening.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

42. De Commissie gaat hier ten onrechte voorbij aan het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen enerzijds de bepalingen die regelen op welke wijze de Commissie de door haar verkregen gegevens mag gebruiken en met wie de Commissie de informatie mag uitwisselen en anderzijds de bepalingen uit Verordening 1049/2001 waaruit een fundamenteel recht op openbaarmaking voortvloeit. Die bepalingen zijn nevensgeschikt. Uit artikel 18, derde lid, van Verordening 1049/2001 vloeit voort dat in geval zich een tegenstrijdigheid voordoet het bepaalde in Verordening 1049/2001 prevaleert. Zie ook het arrest van het Gerecht van 12 oktober 2000, zaak T-123/99 JT's corporation/ Commissie:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

“50 Evenmin kan de Commissie haar weigering om toegang te verlenen tot de in het verzoeksters verzoekschrift bedoelde documenten rechtvaardigen op basis van verordening nr. 1468/81 of verordening nr. 515/97, die uitgaan van het beginsel dat de in het kader van enquêtes op douanegebied verkregen inlichtingen vertrouwelijk zijn. De gedragscode, waarvan de tekst als bijlage bij besluit 94/90 is opgenomen, verleent een essentieel recht, namelijk de toegang tot documenten. Die code is vastgesteld met het doel de Gemeenschap doorzichtiger te maken, omdat de doorzichtigheid van het besluitvormingsproces een middel is om het democratisch karakter van de instellingen en het vertrouwen van het publiek in het bestuur te versterken (verklaring nr. 17). Verordening nr. 1468/81 mag, voor zover zij moet worden toegepast als *lex specialis*, niet worden uitgelegd op een wijze die in strijd is met besluit 94/90, waarvan de fundamentele doelstelling is om de burgers de mogelijkheid te geven beter toe te zien op de wettigheid van de uitoefening van het overheidsgezag (arrest Interporc/Commissie, reeds

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief

aangehaald, punten 37-39 en 43-47; arresten Gerecht van 19 juli 1999, Rothmans/Commissie, T-188/97, Jurispr. blz. II-2463, punt 53, en 14 oktober 1999, Bavarian Lager/Commissie, T-309/97, Jurispr. blz. II-3217, punten 36 en 37). Verder bepalen artikel 19, lid 2, van verordening nr. 1468/81 en artikel 45, lid 3, van verordening nr. 515/97, die geldt vanaf 13 maart 1998, dat het vertrouwelijke karakter van de betrokken gegevens niet belet dat de krachtens deze verordening verkregen gegevens worden gebruikt bij gerechtelijke procedures of rechtsvervolgingen die later worden ingesteld wegens niet-naleving van de douane- of landbouwvoorschriften".
Zoals verzoekster terecht heeft beklemtuond, valt haar verzoek om toegang nu juist in het kader van een gerechtelijke procedure.

~~40-43.~~ De gevolgen die de Commissie verbindt aan artikel 28 van Vo. 1/2003 komen er op neer dat openbaarmaking van alle documenten die in het kader van een onderzoek op grond van Verordening 1/2003 of Verordening 17/62 worden verkregen met een beroep op artikel 4 lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 zou kunnen worden geweigerd. Daarmee zou het bepaalde in de Verordeningen 1/2003 en 17/62 als het ware fungeren als een bijzondere geheimhoudingsregeling die de toepassing van Verordening 1049/2001 opzij zet. Zowel de Verordeningen 1/2003 en 17/62 als Verordening 1049/2001 bieden geen aanknopingspunten op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat eerst genoemde Verordeningen derogeren aan Verordening 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~41-44.~~ Verzoeker wijst op het arrest van het Gerecht van 13 april 2005 (Verein für Konsumenteninformation/ Commissie, T-2/03, Jurispr. Blz.II-1121) waarin het Gerecht het meer algemene standpunt van de Commissie dat openbaarmaking van de gevraagde informatie moest worden geweigerd vanwege het belang van de bescherming van het doel van kartelonderzoeken, heeft verworpen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~42-45.~~ Verder wijst de Commissie op de weerslag die het verstrekken van deze documenten kan hebben op toekomstige kartelonderzoeken. Zoals gezegd, valt de bescherming van toekomstige kartelonderzoeken echter niet onder artikel 4(2) derde streepje.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~43-46.~~ Tot slot voorzover de Commissie bedoelt te wijzen op de gevolgen van openbaarmaking voor de opsporing en onderzoek van kartels in het algemeen in gevaar, brengt verzoeker het volgende naar voren. Zoals gezegd volgt uit de jurisprudentie dat

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

sprake moet zijn van een reëel gevaar voor het onderzoek. De Commissie duidt als gevaar dat de ondernemingen zouden aarzelen om samen te werken en hun medewerking tot een minimum zouden beperken. Verzoeker vindt dit argument niet overtuigend. Bedacht moet worden dat het terzake gaat om Het gaat hier nota bene om informatieverstrekking in het kader van een plicht van ondernemingen tot het verstrekken van informatie die niet deelnemen aan een clementieregeling. Dit zijn ondernemingen zullen per definitie de neiging hebben om hun samenwerking tot het minimum te beperken. De kans dat ze meer informatie verstrekken dan waartoe zijn verplicht zijn is uitermate klein. Voorts kan de Commissie de mate van medewerking beïnvloeden door het instrument van boetevermeerdering of boetevermindering. Onder deze omstandigheden kan in redelijkheid niet gesproken worden van een reëel gevaar voor het onderzoek. Daarentegen zou het voor de effectiviteit van het clementieprogramma juist goed zijn om deze karteldeelneemers niet te beschermen en succesvolle clementiedeelneemers wel, zodat het nog aantrekkelijker wordt om deel te nemen aan het clementieprogramma. Tenslotte is er geen enkel gevaar te duchten voor de zelf door de Commissie uit te voeren inspecties. Daar speelt het aspect van medewerking immers geen rol.

heeft opmaak toegepast: Niet Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

Documenten aangeleverd in het clementieprogramma

~~44.47.~~ Met deze categorie bedoelt de Commissie de informatie die is gegeven in het kader van het clementieprogramma en waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat deze informatie voldoet aan de eisen voor een succesvol beroep op clementie (boete-immuniteit of boetevermindering).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~45.48.~~ Op zichzelf genomen worden succesvolle deelnemers van het clementieprogramma zelf niet beschermd door artikel 4(2). In het verlengde hiervan is het ook niet zo dat deelname aan het clementieprogramma vrijwaart van civiele claims. Dit wordt overigens ook niet door de Commissie gesteld. De Commissie beroept zich uit hoofde van artikel 4(2) op haar eigen onderzoeksbelangen. Nu het hier weer niet gaat om de bescherming van het reeds voltooide onderzoek naar het Bitumen kartel, is de vraag welk nog niet voltooid onderzoek de Commissie dan inroept.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~46.49.~~ Verzoeker begrijpt de Commissie aldus, dat wordt gerefereerd aan onderzoek in het kader van het clementieprogramma. Zoals gezegd heeft het Gerecht in het eerder

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

genoemde arrest VKI aangegeven, dat de Commissie artikel 4 (2) derde streepje lid niet kan invoeren voor de bescherming van de uitoefening van toekomstige onderzoeksbevoegdheden uit hoofde van Vo. 17. De vraag die in deze zaak rijst is of de Commissie artikel 4(2) wel kan invoeren voor de bescherming van toekomstige clementieverzoeken. Verzoeker meent van wel. Doorslaggevend zou moeten zijn of het ingeroepen onderzoek toekomstig is of niet. In de zaak VKI ging het om de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden die toekomstig of hypothetisch waren. Het onderzoek in het kader van de clementieregeling is niet toekomstig of hypothetisch maar is een huidig lopend onderzoek. De vraag is of dit moet worden gezien als een lopend onderzoek of als een toekomstig onderzoek. Verzoeker meent, dat het clementieprogramma moet worden gezien als een lopend onderzoek. En wel een lopend (opsporings)onderzoek naar kartelvorming in het algemeen waarbij voortdurend een uitnodiging openstaat aan karteldeelneemers om zich te melden. Dit is voldoende voor middel. Verdere uitwijdingen zou ik willen bewaren voor repliek. Eerst kijken waar de cie meekomt voordat we ons ingraven. Op dit punt delen we nl belang met Cie. [EZ: eens. Niet verder op ingaan] Het clementieprogramma kan ook los worden gezien van een (vermoeden van) een specifiek kartel. Dit is een belangrijk verschil met informatie die wordt gegeven uit hoofde van de artikelen 17 e.v. van verordening 1/2003. Deze informatie wordt namelijk gegeven in het kader van een specifiek kartelonderzoek. Tot het moment dat daadwerkelijk een vermoeden van kartelvorming bestaat is deze bron van informatie slechts hypothetisch. [EZ: Passage vanaf "Dit is een belangrijk verschil t/m hypothetisch klopt niet helemaal: er kan wel degelijk al een onderzoek (ambtshalve) van de Commissie lopen waarbij op een gegeven moment door middel van de elementieregeling informatie binnenkomt die het voor de EC mogelijk maakt om de zaak rond te krijgen. Ook hier kan ik wijzen op de elementierichtsnoerenhet dan in feite gaat om een permanent lopend onderzoek: de deur staat altijd open voor het eenzijdig verstrekken van de ondernemersverklaring en de daarin vervatte informatie aan de Commissie. Dat er mogelijk al sprake is van een lopend onderzoek door de Commissie (de eerste situatie) is in dat kader irrelevant: als de Commissie zijn geheimhoudingsverplichtingen goed naleeft is dat feit niet of nauwelijks bekend. Pas nadat de ondernemer zijn ondernemersverklaring heeft ingeleverd, kan hij door de vragen en beoordeling van de Commissie een beeld krijgen of er al een lopend onderzoek is en zo ja in welk stadium."]

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

50. Voorzover het clementieprogramma moet worden geduid als een lopend onderzoek, is het mede gezien de aard van het programma ook begrijpelijk dat het geven van informatie afkomstig uit dit programma het onderzoek in gevaar kan brengen. Potentiële clementieverzoekers zouden immers kunnen worden afgeschrikt als ze het risico lopen dat de door hen verstrekte informatie in een latere fase openbaar wordt. Verzoeker verwijst terug naar punt ***.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

48-51. Dit neemt natuurlijk niet weg dat hierdoor automatisch de toegang naar alle informatie die door de deelnemers van het clementieprogramma is verstrekt kan worden geblokkeerd. Relevant is of het gaat om het vrijgeven van het soort informatie waarvan redelijkerwijze voorzienbaar is, dat het *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma zou kunnen afschrikken (vergelijk Turco punt 50). In die zin heeft de Commissie niet aangetoond, dat aan alle vereisten voor toepassing zoals genoemd in punt ... van dit verzoekschrift is voldaan. Naar de mening van verzoeker had de Commissie in ieder geval een knip moeten maken tussen de [EZ: Deze alinea is wat ons betreft qua gekozen lijn en formulering onwenselijk: je moet aangeven dat de EC geen knip heeft gemaakt en al helemaal niet heeft aangetoond dat de openbaarmaking van de andere (1) informatie rechtstreeks verkregen uit het clementieprogramma, (2) informatie die het mogelijk indirect volgt verkregen heeft naar aanleiding van een uit het clementieverzoek (bijv. door een gerichte inspectie nav informatie uit het clementieprogramma) en (3) informatie die in het geheel geen band heeft met het clementieprogramma. - zou leiden tot aantasting van het clementieprogramma. Hieronder maakt paragraaf 56 heel mooi een vergelijkbare knip.] Alleen informatie uit de eerste categorie zou naar de mening van verzoeker in beginsel in aanmerking komen voor bescherming.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

52. Tot slot moet ook hier weer een rol spelen, dat verzoeker niet heeft gevraagd naar het onderliggende dossier, maar om openbaarmaking van de vertrouwelijke beschikking van de Commissie.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Onderstrepen

Namen van werknemers van betrokken ondernemingen en verwijzing naar specifieke functies die herleidbaar zijn tot personen

49-53. In hoofdstuk 5 van de bestreden beschikking weigert de Commissie openbaarmaking van de namen van natuurlijke personen die in het kartelonderzoek betrokken ondernemingen hebben vertegenwoordigd en de verwijzing naar specifieke functies

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

binnen de betrokken ondernemingen die rechtstreeks herleidbaar zijn tot natuurlijke personen. De Commissie roept ook hier artikel 4 (2) derde streepje in, maar verzuimt om aan te tonen dat voldaan is aan de eisen voor toepassing. Met name wordt niet duidelijk op welke wijze daadwerkelijk afbreuk wordt gedaan aan een onderzoek. Er wordt ook niet gespecificeerd om welk onderzoek het gaat.

~~50-54.~~ Hier geldt weer, dat het niet kan gaan om het reeds voltooide onderzoek naar het Bitumen kartel. Evenmin kan, in het kader van Verorening (EG) nr. 1049/2001, worden gerefereerd aan de bescherming van toekomstige kartelonderzoeken. Zoals gezegd komt in beginsel wel in aanmerking voor bescherming het belang van onderzoek in het kader van de clementieregeling. Dit betekent, dat op grond van artikel 4(2) derde streepje alleen openbaarmaking van de werknemers en specifieke functies van de deelnemers aan de clementieregeling kan worden geweigerd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~51.~~ Dit mag echter geen niet automatisme zijn. Hier dient het redelijkerwijs voorzienbaar te zijn dat het vrijgeven van de namen en/of specifieke functies *latere potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma zou kunnen afschrikken (vergelijk Turco punt 50). Dit heeft de Commissie niet aangetoond. ~~[Ez-gring commissie zie opmerking bij par. 54]~~

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~46-55.~~

B.3 Artikel 4(2): de uitzondering van hoger openbaar belang

~~52-56.~~ Subsidiar, voorzover de weigeringsgronden in beginsel van toepassing zijn wijst verzoeker erop dat de Commissie heeft miskent dat terzake sprake is van een hogere belangen die openbaarmaking gebieden.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~56.~~ Verzoeker wijst ten eerste op het belang van de private handhaving van het mededingingsrecht. Verzoeker gaf al aan dat civiele acties een belangrijke rol hebben in de handhaving van de artikelen 81 en 82 EG. In die zin is een private actie dus wel degelijk een openbaar belang. ~~Private handhaving is niet ondergeschikt aan publieke handhaving.~~ Dit betekent dat de Commissie dit belang zal moeten meewegen. Hetgeen niet betekent, dat het belang van private handhaving voorrang zou moeten hebben. Het omgekeerde is evenmin waar. Daar waar de Commissie een beroep doet op het belang van het onderzoek zal dus in feite een belangenafweging moeten plaatsvinden tussen private en publieke handhaving. In het geval van de bescherming van de effectiviteit

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

van de clementieregeling kan verzoeker zich goed voorstellen dat dit belang moet prevaleren boven die van de private handhaving. Als het gaat om het de bescherming van de onderzoeksbevoegdheden in het kader van Vo 1/2003 bestrijden van het gevaar dat onwillige karteldeelnemers binnen de grenzen van hoe onwillig zij kunnen zijn nog iets onwilliger worden, lijkt het verzoeker dat het belang van publieke handhaving niet zonder meer kan prevaleren boven private handhaving moet prevaleren, zeker in het geval wanneer het publiekrechtelijke onderzoek door de Commissie is afgerond.

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

heeft opmaak toegepast: Markeren

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

57.58. Uit het bovenstaande volgt reeds dat private handhaving moet worden aangemerkt als een openbaar belang. In deze casus kan naar de opvatting van verzoeker niet worden tegengeworpen - naar analogie van punt 138 arrest Byk -, dat dit belang zich heeft geconcretiseerd in een subjectief particulier belang. Verzoeker is immers geen private partij maar de lidstaat Nederland die, als beheerder van de Nederlandse schatkist en de financiële belangen van de Staat dienende, genoegdoening voor geleden verliezen nastreeft. De weg van de private schadevergoedingsactie is de enige mogelijkheid.

59. Bovendien is het in het publieke belang dat de verzoeker, in de uitoefening van haar plicht tot loyale samenwerking uit hoofde van artikel 10 EG door middel van een civiele schadevergoedingsactie, de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde tracht te realiseren.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

54. Uit het bovenstaande volgt reeds dat private handhaving een openbaar belang is. In het geval van verzoeker kan naar analogie van punt 138 arrest Byk niet worden gezegd, dat dit belang zich heeft geconcretiseerd in een subjectief particulier belang. Verzoeker is immers geen private partij maar de lidstaat Nederland die in de uitoefening van haar plicht tot loyale samenwerking uit hoofde van artikel 10 EG door middel van een civiele schadevergoedingsactie de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde tracht te realiseren.

55. Tot slot voorzover verzoeker ook financiële genoegdoening van door haar geleden nastreeft dient te worden bedacht dat ook dit aspect van openbaar belang is. Het gaat immers om publieke gelden, de financiële belangen van lidstaat Nederland.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

C. Artikel 4(1) sub b: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu

~~56-60.~~ Zoals gezegd heeft de Commissie in hoofdstuk 5 van de beschikking geweigerd de in de beschikking van 13 september 2006 genoemde namen van de werknemers van de betrokken ondernemingen openbaar te maken.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~57-61.~~ Deze weigering berust mede op artikel 4 lid 1, onder b van Verordening 1049/2001. Volgens de Commissie is aan de betrokken natuurlijke personen toegezegd dat hun identiteit geheim zou blijven. Openbaarmaking zou leiden tot schending van hun privacy en integriteit. Daarom zou de informatie onder de bescherming van artikel 4 lid 1, onder b, van Verordening 1049/2001 vallen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~58-62.~~ In de opvatting van verzoeker heeft de Commissie hiermee onvoldoende aangetoond dat openbaarmaking van de namen van de betrokken natuurlijke personen ertoe leidt dat de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokkenen concreet en daadwerkelijk wordt ondermijnd. De Commissie is daar wel toe verplicht. Zie opnieuw GvEA 8 november 2007, zaak T-194/04:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

“Overigens zij eraan herinnerd dat de uitzonderingen op het beginsel van toegang tot documenten restrictief moeten worden uitgelegd. De in artikel 4 lid 1 sub b van verordening 1049/2001 neergelegde uitzondering heeft enkel betrekking op persoonsgegevens die de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu concreet en daadwerkelijk kunnen ondermijnen.”

~~62-63.~~ Daarvan is in de opvatting van verzoeker bijvoorbeeld geen sprake indien hij of zij vaker namens de onderneming naar buiten treedt of in het geval hij of zij een zodanig hoge positie binnen de onderneming bekleedt dat het handelen uitsluitend als beroepsmatig handelen kan worden gekwalificeerd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

D. Schending van artikel 4(6) “gedeeltelijke toegang”

~~63-64.~~ De Commissie heeft in hoofdstuk 7 van de beschikking geweigerd gedeeltelijke toegang te verlenen tot de vertrouwelijke versie van de beschikking van de Commissie. De Commissie voert daarbij aan dat uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 van de beschikking blijkt dat de gespecificeerde onderdelen van het gevraagde document volledig vallen onder de uitzonderingsgronden als bedoeld in artikel 4, tweede lid, eerste en derde streepje van Verordening 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~64-65.~~ Verzoekster heeft hiervoor uiteen gezet dat de Commissie de uitzonderingsgronden als bedoeld in artikel 4, tweede lid, eerste en derde streepje van Verordening 1049/2001 onjuist heeft toegepast. Zou het al zo zijn dat bepaalde onderdelen uit de beschikking van 13 september 2006 wel onder de genoemde uitzonderingsgronden vallen, dan moeten de overige delen op grond van artikel 4, zesde lid van Verordening 1049/2001 wel openbaar gemaakt worden.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~65-66.~~ De Commissie heeft dat ten onrechte niet gedaan.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

E. Schending van artikel 4(7) "duur beschermingsperiode"

~~66-67.~~ Tekstvoorstel V&W/landsadvocaat

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Tweede middel: Schending proportionaliteitsbeginsel

~~69-68.~~ Uit hoofde van het proportionaliteitsbeginsel had de Commissie moeten onderzoeken of er minder beperkende maatregelen mogelijk waren dan algehele afwijzing van het verzoek tot toegang. Dit heeft ze niet gedaan. Meer in het bijzonder valt niet in te zien waarom de Commissie bijvoorbeeld daar waar het gaat om omzetgegevens en marktaandeelen (bijv. hoofdstuk II, paragraaf 2 en 3.2 van de beschikking van 13 september 2006) niet met bandbreedtes zou kunnen werken, zodat langs die weg in ieder geval een deel van de gevraagde informatie alsnog openbaar zou kunnen worden gemaakt. De Commissie doet dit wel bij concentratiecontrole. In de gepubliceerde versie van de beschikkingen worden marktaandeelen van de partijen bij de concentraties doorgaans met een bandbreedte vermeld. Kennelijk levert dat vanuit het oogpunt van vertrouwelijkheid geen problemen op. Er is geen objectieve grond om in geval van een boetebeschikking het begrip 'vertrouwelijk' ruimer uit te leggen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

NB V&W gaf twijfel aan. Naar mijn mening bijt het niet met de primaire stellingen, alleen moet opnemen wel nuttig zijn met oog op doel verzoek. EZ plaats hier kritische kanttekeningen bij onder verwijzing naar artikel 6:166 BW. V&W wordt verzocht om de knoop door te hakken, maar moet bij handhaven punt wel een goed verhaal hebben waarom het dienstig is voor schadeverhaal. Het is te zien bantwoord aan het verzoek van V&W

heeft opmaak toegepast: Markeren

Derde middel: motiveringsgebreken

Passages in de overwegingen 4-6 van de beschikking van 13 september 2006

~~61-69.~~ In de beschikking heeft de Commissie opgemerkt dat wat betreft de overwegingen 4-6 er geen verschillen zijn tussen de gepubliceerde en vertrouwelijke versie van de beschikking van 13 september 2006. De Commissie gaat hier echter voorbij aan de voetnoten. In de gepubliceerde versie is de tekst van de voetnoten 7 tot en met 12 weggelaten. Het verzoek van verzoeker heeft betrekking op alle als vertrouwelijke aangemerkte passages uit de beschikking van 13 september 2006 en daarmee ook op de als vertrouwelijke aangemerkte tekst van de voetnoten.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~62-70.~~ Hieruit volgt dat de Commissie ten onrechte niet heeft gemotiveerd waarom het verzoek om openbaarmaking van de als vertrouwelijke aangemerkte passages in de overwegingen 4-6 van de beschikking van 13 september 2006 moet worden afgewezen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Te algemeen

~~63-71.~~ De Commissie heeft zowel het belang van de bescherming van commerciële belangen (artikel 4 lid 2, eerste streepje van Verordening 1049/2001) als het belang van de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits (artikel 4 lid 2, derde streepje van Verordening 1049/2001) steeds op alle als vertrouwelijke aangemerkte passages uit de beschikking van 13 september 2006 van toepassing verklaard. Daardoor is de motivering niet toegesneden op de verschillende, vertrouwelijke passages, terwijl moet worden aangenomen dat het steeds om andere informatie gaat (zie de opsomming hiervoor onder punt 2.3).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~64-72.~~ De wijze van motivering van de Commissie is volgens verzoeker niet in overeenstemming met het in de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg aanvaarde uitgangspunt dat de Commissie, ook in geval een beroep wordt gedaan op de zjuist genoemde weigeringsgronden, voor de toepassing van een uitzondering een concreet onderzoek moet verrichten dat in de motivering van het besluit tot uitdrukking komt. Zie het arrest van het Gerecht van 8 november 2007, zaak T-194/04, Bavarian Lager en de daarin genoemde eerdere rechtspraak van het Gerecht:
“151. Dienaangaande zij eraan herinnert dat de behandeling van een verzoek om toegang tot documenten volgens vaste rechtspraak een concreet onderzoek vereist. De enkele omstandigheid dat een document een door een uitzondering beschermd belang betreft, is op zich immers niet voldoende om de toepassing van deze uitzonderingsgrond te rechtvaardigen (zie in die zin arrest Denkvit Nederland/ Commissie, T-20/99,

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Jurispr. Blz. II-3011, punt 45). Verder moet er een redelijkerwijze voorzienbaar en niet louter hypothetisch gevaar bestaan dat aan een beschermd belang afbreuk wordt gedaan. Bijgevolg moet de instelling voor de toepassing van een uitzondering een concreet onderzoek verrichten dat in de motivering van het besluit tot uitdrukking komt (arresten Gerecht van 6 april 2000, Kuijer/ Raad, T-188/98, Jurispr. Blz. II-1959, punt 38; 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/ Commissie, T-2/03, Jurispr. Blz. II-1121, punten 69 en 72, en Franchet en Byk/ Commissie, T-391/03 en T-70/04, Jurispr. Blz. II-2023, punt 115)."

65-73. In de beschikking (voetnoot 10) heeft de Commissie in dit verband gewezen naar rechtspraak van het Gerecht waaruit volgt dat het de Commissie is toegestaan een specifiekere motivering achterwege te laten indien anders de inhoud van het betrokken document moet worden onthuld. Verzoeker betwist echter dat de Commissie geen nadere motivering zou kunnen geven zonder meteen de inhoud van de vertrouwelijke informatie te onthullen. Meer in het bijzonder valt niet in te zien waarom de Commissie in de motivering niet specifiek kon zijn over de aard van de als vertrouwelijk aangemerkte gegevens.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

66-74. Hieruit volgt dat de beschikking in zijn geheel onvoldoende concreet is en daarom ook onvoldoende gemotiveerd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

CONCLUSIE

PM punten 1, 2, 4 en 5 EZ

PM Staat der NL (verzoek ingediend door Staat) of Koninkrijk NL

PM conclusies trekken na elk midde

PM. samenvatting

67-75. Op grond van het bovenstaande concludeert verzoeker tot:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

1. Nietigverklaring van de beschikking van de Commissie met als kenmerk SG.E3/MV/psi D(2008)5364 van 30 juni 2008.
2. Veroordeling van de Commissie in de kosten van de procedure.

Concept 02 d.d. 5.9.2008

gemachtigden

's-Gravenhage, ...

Met opmaak: Links

STAAT VAN BIJLAGEN Aanwijzing 33 - 36

Bijlage 1

... van ... (datum), opgesteld door ... (auteur), gericht tot ... (geadresseerde), getiteld: Op bladzijde ... van het verzoekschrift wordt naar het ... verwezen. Het ... telt ... bladzijden.

Bijlage 2

... van ... (datum), opgesteld door ... (auteur), gericht tot ... (geadresseerde), getiteld: Op bladzijde ... van het verzoekschrift wordt naar het ... verwezen. Het ... telt ... bladzijden.

: ...

NB 1: Indien verzoek tot nietigverklaring: bestreden handeling als bijlage toevoegen

NB 2: Kopieën van rechterlijke beslissingen, rechtsleer of wetgeving die als bijlage worden overgelegd, worden van de andere bijlagen gescheiden. (zie aanwijzig 35)

NB 3: Bijlagen altijd nummeren, elke verwijzing naar de bijlage vermeldt het bijlagenummer (aanwijzing 35)

NB 4: eventueel als bijlage toevoegen: maximaal 2 pagina's tellende samenvatting van de middelen en voornaamste argumenten t.b.v. de griffie (zie aanwijzing 12 HvJ). Het Gerecht van eerste aanleg heeft het opstellen van een dergelijke samenvatting verplicht gesteld (zie aanwijzing III, lid 5 GEA)

(maximaal 20 à 50 pagina's)

10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: donderdag 19 februari 2009 08:59
Aan: 10.2.e
CC: 10.2.e
Onderwerp: Verweerschrift EC - Memorie van Repliek NL - Bitumen
Bijlagen: T-380-08 verweer CIE0001.pdf; repliek.02.doc

Beste 10.2.e

Inmiddels zijn we in het stadium belang in de bitumenzaak van verweer en repliek.

Bijgevoegd tref je twee documenten aan:

1. het verweerschrift van de EC
2. een concept memorie van repliek op het verweer van de EC.

Ik heb deze redelijk uitgewerkte versie van het concept van de memorie pas gisterenmiddag ontvangen en heb nog niet de punten waarvoor een mening van EZ wordt gevraagd kunnen invullen. Dat ga ik vandaag doen, ik stuur je deze versie al op zodat je je kunt inlezen.

Ik stuur vanmiddag een aangepaste/aangevulde memorie van repliek en ik zou je willen vragen of je vanuit EMC eind van de middag een oordeel kunt geven of de tekst in orde is.

BZ heeft flinke vertragingen opgelopen bij de behandeling van deze zaak 10.2.e

en kon pas in een heel laat stadium met een uitgewerkte conceptmemorie aanleveren.

Ik probeer de termijnen nog iets op te rekken, maar volgens moet het stuk uit as. vrijdag. Vandaar alle haast.

Mijn excuses voor deze "overval". BZ en ik zijn er ook niet blij mee, maar het kon niet anders.

Met vriendelijke groet,

10.2.e

Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
DJZ/ER 405/08

Betekeningadres:

Ministerie van Buitenlandse Zaken
Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
10.2.e
Postbus 20061
2500 EB 's-Gravenhage
Nederland

Aan:

het Gerecht van Eerste
Aanleg van de
Europese Gemeenschappen
te Luxemburg

Betekening per fax aan +31 70 348 55 22

MEMORIE VAN REPLIEK

in de zaak T-380/08

van

HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN

te dezer zake vertegenwoordigd door 10.2.e, respectievelijk
hoofd en medewerkster van de Afdeling Europees recht van het Ministerie van Buitenlandse
Zaken te 's-Gravenhage
gericht tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen

(hierna: Commissie)

betreffende het verzoek van Nederland tot nietigverklaring van de beschikking van de
Commissie van 30 juni 2008 met als kenmerk SG.E3/MV/psi D(2008)5364 (bijlage 1 bij het
verzoekschrift. Hierna: de bestreden beschikking).

Naar aanleiding van het verweerschrift van de Commissie wenst de Nederlandse regering in aanvulling op het Verzoekschrift de volgende opmerkingen te maken.

I. Middelen

Algemene opmerkingen

Wijze van interpretatie van Verordening 1049/2001

1. De Commissie en de Nederlandse regering zijn het eens over het centrale thema in deze zaak. Deze is, openbaarheid in mededingingszaken.¹ De Commissie en de Nederlandse regering zijn het ook eens over het gegeven, dat hierbij verschillende belangen een rol spelen. De Commissie noemt de effectiviteit van het gemeenschapsrecht en de rechten van derden, zoals het recht op bescherming van vertrouwelijke informatie.² De Nederlandse regering heeft gewezen op het belang van transparantie en het fundamentele recht op toegang tot documenten (artikel 255 EG en artikel 1 EU) en het belang van een effectieve rechtsbescherming tegen schendingen van het gemeenschapsrecht.³
2. Wat de Commissie echter uit het oog lijkt te verliezen, en dit vormt het principiële punt van verschil tussen partijen, is dat het belang van de publieke handhaving van het mededingingsrecht geen vrijbrief is om de toepassingsvereisten van (de uitzonderingen van) Verordening 1049/2001 buiten beschouwing te laten.
3. Naar de mening van de Nederlandse regering kan de vraag of de Commissie terecht toegang tot de gevraagde informatie heeft geweigerd alleen worden beantwoord op basis van Verordening 1049/2001. Relevant hierbij is, dat de communautaire wetgever bij Verordening 1049/2001 de fundamentele keuze heeft gemaakt om als uitgangspunt de toegang tot informatie te laten gelden. Dit betekent, dat er op voorhand een keuze is gemaakt om het belang van transparantie zwaar te wegen. Hetgeen niet betekent, dat andere belangen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Verordening 1049/2001

¹ Punten 4 en 31 Verweerschrift.

² Punt 33 Verweerschrift.

³ Punt 20 Verzoekschrift.

houdt immers expliciet rekening met andere (algemene en particuliere) belangen. Deze belangen heeft de communautaire wetgever echter verdisconteerd in de bij Verordening 1049/2001 voorziene uitzonderingen op het recht van toegang. Gewezen wordt op punt 11 uit de preambule:

“(11) In beginsel dienen alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk te zijn. Dit neemt niet weg dat de bescherming van bepaalde openbare en particuliere belangen door een uitzonderingenregeling dient te worden gewaarborgd. De instellingen dienen het recht te hebben om hun interne raadplegingen en beraadslagingen te beschermen, wanneer dat voor het behoud van hun vermogen om hun taken uit te voeren, noodzakelijk is. Bij het beoordelen van de uitzonderingen dienen de instellingen rekening te houden met de beginselen van de communautaire wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens, op alle terreinen van de activiteiten van de Unie.”

4. De belangen die door de Commissie worden ingeroepen kunnen dus alleen binnen de grenzen van de bij Verordening 1049/2001 voorziene uitzonderingen worden meegenomen. De Commissie lijkt zich hier ook van bewust te zijn, ze spreekt immers steeds van de wijze waarop Verordening 1049/2001 (“harmonisch”) moet worden geïnterpreteerd en ze erkent dat de materie binnen de werkingssfeer van Verordening 1049/2001 valt⁴. Echter het resultaat van de door de Commissie voorgestelde interpretatie is, dat voor informatie met betrekking tot kartelzaken een ander regime zou gelden en wel door een flexibele en ruime toepassing van de uitzonderingsgronden van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Illustratief voor de zienswijze van de Commissie is de algemene stelling, dat de uitzonderingsgronden niet op zodanige wijze kunnen worden geïnterpreteerd dat deze de effectiviteit van mededingingsregels ondermijnen.⁵ Dit suggereert, dat het belang van effectiviteit van mededingingsrecht te allen tijde prevaleert. Deze benadering past niet in het systeem van Verordening 1049/2001 die uitgaat van een stelsel van limitatieve weigeringsgronden waarbij per concreet geval moet worden onderzocht of voldaan is aan de vereisten voor weigering.

⁴ Punt 34 en 69 Verweerschrift.

⁵ Punt 36, laatste zin en punt 44, laatste zin en punt 46 Verweerschrift.

5. De Commissie leunt zwaar op het arrest *My Travel*.⁶ Dit is opvallend, omdat het door de Nederlandse regering voorgestelde toetsingskader juist naadloos aansluit op het arrest *My Travel*. Zo wordt in de inleidende opmerkingen van het arrest expliciet overwogen, dat een weigeringsbesluit slechts geldig is indien het berust op een van de uitzonderingen waarin artikel 4 van Verordening 1049/2001 voorziet (punt 31). Verder wordt in diezelfde inleidende opmerkingen bevestigd, dat Verordening 1049/2001 ertoe strekt om het publiek een zo ruim mogelijke toegang tot documenten te verlenen en dat uitzonderingen op dit recht strikt moeten worden uitgelegd en toegepast (punt 32). Tot slot wordt in het arrest herhaald, dat de toepassing van een uitzonderingsgrond slechts gerechtvaardigd is indien het te beschermen belang binnen de werkingssfeer van een uitzonderingsgrond valt en
- “33. (...) indien de instelling vooraf heeft beoordeeld, ten eerste, of de toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het beschermde belang en, ten tweede, of in de in artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde gevallen geen hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt. Bovendien moet het gevaar van afbreuk aan een beschermd belang redelijkerwijze voorzienbaar zijn en mag het niet louter hypothetisch zijn. Dit onderzoek moet tot uitdrukking komen in de motivering van het besluit (arrest Gerecht van 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/Commissie, T-2/03, Jurispr. blz. II-1121, punt 69).”* De hierboven genoemde uitgangspunten komen ook terug in de wijze waarop het Gerecht het beroep heeft getoetst.
6. Volgens de Commissie kan uit het arrest *My Travel* (punt 49) worden afgeleid dat het transparantiebeginsel in mededingingszaken minder zwaar weegt dan in zaken waarin de Commissie als wetgever optreedt. Het is juist dat het Gerecht in punt 49 van het arrest *My Travel* heeft geoordeeld het transparantiebeginsel niet even zwaar weegt met betrekking tot documenten die zijn opgesteld in het kader van een administratieve procedure als met betrekking tot documenten betreffende een procedure waarin de betreffende instelling optreedt als wetgever. Het Gerecht heeft hier echter niet het

⁶ Punt 32 en 66 Verweerschrift.

gevolg aan verbonden dat dit soort documenten buiten de werkingssfeer van Verordening 1049/2001 vallen.⁷ Evenmin leidt deze vaststelling ertoe dat de toepassingsvereisten van de uitzonderingen zoals hierboven weergegeven in punt *** niet meer gelden. Dit blijkt ook uit het onderzoek van het Gerecht (zie bijvoorbeeld punt 44, 50, 54 en 68).

7. Overigens is het maar de vraag of punt 49 van het arrest *My Travel* zonder meer kan worden toegepast in de onderhavige zaak. Immers, zoals de Commissie zelf ook al opmerkt, ging het in punt 49 om de bescherming van het besluitvormingsproces. In de onderhavige zaak gaat het om de bescherming van commerciële belangen en bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits. Deze laatst genoemde grond komt eveneens terug (punten 71 ev.) in het arrest *My Travel*. In deze context wordt evenwel niet verwezen naar punt 49 van hetzelfde arrest.

8. Tot slot wijst verzoeker op het voorstel van de Commissie tot aanpassing van Verordening 1049/2001 (COm (2008) 229 final). De Commissie heeft hier voorgesteld om aan artikel 2 getiteld "beneficiaries and scope" een zesde lid toe te voegen die luidt als volgt:

"6. Without prejudice to specific rights of access for interested parties established by EC law, documents forming part of the administrative file of an investigation or of proceedings concerning an act of individual scope shall not be accessible to the public until the investigation has been closed or the act has become definitive. Documents containing information gathered or obtained from natural or legal persons by an institution in the framework of such investigations shall not be accessible to the public. (cursivering door gemachtigden)"

8. Het voorgestelde zesde lid sluit derhalve bepaalde informatie uit van de werkingssfeer van Verordening 1049/2001. Het gaat om een tijdelijke en een permanente uitsluitingsgrond. De tijdelijke grond ziet op alle onderzoeksdocumenten en is alleen gedurende het onderzoek van toepassing. De permanente uitsluitingsgrond (cursief

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

heeft opmaak toegepast: Engels (Verenigd Koninkrijk)

heeft opmaak toegepast: Lettertype: Cursief, Engels (Verenigd Koninkrijk)

heeft opmaak toegepast: Engels (Verenigd Koninkrijk)

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

⁷ Dit lijkt de Commissie zelf ook te erkennen in punt 34.

weergegeven) heeft betrekking op de onderzoeksdocumenten die informatie over natuurlijke of rechtspersonen bevatten en is ook na afloop van het onderzoek van toepassing.

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

heeft opmaak toegepast: Nederlands (standaard)

heeft opmaak toegepast: Onderstrepen

9. Verzoeker krijgt stellig de indruk dat de Commissie in de onderhavige zaak al vooruit loopt op de permanente uitsluitingsgrond uit haar eigen voorstel. Voorts kan worden vastgesteld, dat ook de Commissie van mening is dat haar benadering een aanpassing van Verordening 1049/2001 vergt en dat de onderhavige procedure zich niet leent om op informatie uit medededingszaken te onttrekken aan Verordening 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Verwijzingen naar vertrouwelijkheid en geheimhouding onder Vo. 1/2003 en Vo. 773/2004

10. Op verschillende punten in het verweerschrift wordt gewezen op de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004. Het is niet altijd even duidelijk met welk doel de Commissie de genoemde bepalingen aanhaalt. De indruk wordt echter gewekt, dat de Commissie van mening is dat daar waar de genoemde bepalingen voorzien in vertrouwelijkheid en geheimhouding ook geen sprake zou moeten zijn van openbaarmaking op grond van Verordening 1049/2001.

11. De Nederlandse regering acht het dan ook nuttig om hierover enkele algemene opmerkingen te maken. Allereerst stelt de Nederlandse regering nog eens vast, dat het niet zo is dat de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004 prevaleren boven Verordening 1049/2001.⁸ De Nederlandse regering wijst op punt 31 uit het arrest *My Travel* die luidt als volgt:

“31 Er zij aan herinnerd dat het recht van toegang tot documenten van de Commissie het beginsel is, en dat een weigeringsbesluit slechts geldig is indien het berust op een van de uitzonderingen waarin artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 voorziet.”

12. Het bovenstaande betekent, dat als de Commissie vertrouwelijkheid onder de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004 heeft toegekend, dit niet automatisch het groene licht betekent voor vertrouwelijkheid onder

⁸ De Commissie erkent zulks in punt 69 Verweerschrift.

Verordening 1049/2001. De Commissie zal steeds opnieuw moeten onderzoeken of sprake is van de toepassingsvereisten onder Verordening 1049/2001.

13. In dit verband is het ook weinig zinvol om te wijzen op de eis van doelgebondenheid onder de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004⁹ of om op te merken, dat de bescherming van commerciële belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001 ruimer is dan de bescherming van zakengeheimen en/of vertrouwelijke informatie in de zin van Verordening 1/2003.¹⁰ Doorslaggevend zijn immers de toepassingsvereisten van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Daar komt nog bij dat kanttekeningen te plaatsen zijn bij de wijze waarop de Commissie verwijst naar de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004.
14. Zo lijkt de Commissie daar waar ze wijst op de eis van doelgebondenheid uit hoofde van artikel 28 lid 1 van Verordening 1/2003, uit het oog te verliezen dat deze eis op zichzelf genomen niet aan openbaarmaking in de weg staat. Artikel 28, lid 1, eist immers dat de *op basis van de artikelen 17 tot en met 22 verkregen inlichtingen* slechts voor het doel mogen worden *gebruikt* waarvoor zij zijn ingewonnen. Artikel 28, lid 1, ziet dus op *alle* informatie (dat wil zeggen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie) die de Commissie heeft verkregen bij de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden en beperkt alleen het *gebruik* door de Commissie. Het is echter niet zo dat al deze informatie onder Vo. 1/2003 geheim moet blijven. In de praktijk gebeurt dit ook niet.

~~14.~~15. Verder is de stelling, dat de bescherming van commerciële belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001 ruimer is dan de bescherming van zakengeheimen en/of vertrouwelijke informatie in de zin van Verordening 1/2003 niet alleen irrelevant maar ook onjuist. De Nederlandse regering wijst op punt 13 van de preambule van Verordening 773/2004, waarin staat:

“(13) Wanneer toegang tot het dossier wordt verleend, moet de Commissie zorg dragen

⁹ Punt 28 en 54 Verweerschrift.

¹⁰ Punten 40 en 55 Verweerschrift.

voor de bescherming van zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. De categorie "andere vertrouwelijke gegevens" omvat andere gegevens dan zakengeheimen, die als vertrouwelijk kan worden beschouwd voorzover de openbaarmaking ervan een onderneming of persoon aanzienlijk zou schaden. De Commissie moet ondernemingen of ondernemersverenigingen die documenten overleggen of hebben overgelegd dan wel verklaringen afleggen of hebben afgelegd, kunnen verzoeken aan te geven welke gegevens vertrouwelijk zijn."

+5-16. In deze context lijkt het dus te gaan om het schaden van de onderneming in algemene zin, terwijl het bij artikel 4 van Verordening 1049/21001 alleen gaat om het schaden van commerciële belangen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

+6-17. Tot slot stelt de Commissie in dit verband, dat betrokkenen in een kartelonderzoek op grond van artikel 28 van Verordening 1/2003 mogen aannemen, dat de gedetailleerde antwoorden die zij aan de Commissie verschaffen in een kartelonderzoek enkel zullen worden gebruikt om de naleving van de mededingingsregels af te dwingen. Bijgevolg zouden ze mogen aannemen dat deze informatie niet tot in detail publiek toegankelijk zal worden gemaakt.¹¹ Verzoeker deelt dit standpunt niet. Nog afgezien van de vraag of deze conclusie op basis van Verordening 1/2003 juist is, worden ondernemingen ook geacht om Verordening 1049/2001 te kennen. Uit deze laatstgenoemde verordening valt een verwachting zoals geschetst door de Commissie niet af te leiden. Zoals eerder opgemerkt valt informatie die valt onder artikel 28 van Verordening 1/2003 namelijk niet automatisch onder de uitzonderingen van Verordening 1049/2001.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Positie lidstaat Nederland¹²

+7-18. Het is juist, dat de rechtspositie van de lidstaat Nederland bij de toepassing van Verordening 1049/2001 dezelfde is als van ieder ander die zich op de verordening kan beroepen. Dit betekent echter niet, dat de hogere openbare belangen die een rol spelen bij openbaarmaking buiten beschouwing moeten worden gelaten.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

¹¹ Punt 70 Verweerschrift.

¹² Punten 14-16 en 39 Verweerschrift.

Rol van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa)¹³

~~18-19.~~ Het is juist, dat de NMa als lid van het raadgevend Comité is geconsulteerd over de vertrouwelijk versie van de ontwerp Bitumenbeschikking. Hieruit kan echter niet worden geconcludeerd, dat de lidstaat Nederland reeds toegang heeft gehad tot de vertrouwelijke versie van de definitieve versie van de Bitumen beschikking. Nog afgezien van het feit, dat de ontwerp beschikking niet gelijk kan worden gesteld aan de definitieve versie, geldt dat de NMa in dit geval niet kan worden vereenzelvigd met de lidstaat Nederland.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

19-20. Uitleg van waarom niet tekstvoorstel EZ

~~19.~~ Daar komt nog eens bij, dat de NMa op grond van artikel 28, lid 2, van Verordening 1/2003 verplicht is tot geheimhouding. ~~PM~~

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

21. Anders, dan in het arrest Agricast (T-151/2003) het geval was, kan terzake niet worden geconcludeerd dat het verzoek tot toegang zonder voorwerp is.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Eerste middel: schending van het recht op toegang als bedoeld in artikel 255 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 4 van Verordening 1049/2001

A. Algemeen

~~21-22.~~ In het volgende zal het zelfde behandelplan worden aangehouden als in het verzoekschrift. Achtereenvolgens zullen derhalve aan de orde komen de schending van artikel 4, lid 2 (hierna te bespreken onder B), de schending van artikel 4, lid 1, sub b (hierna te bespreken onder C), en schending van artikel 4, lid 7 (hierna te bespreken onder D).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B. Het eerste onderdeel van het eerste middel: schending artikel 4, lid 2 van Verordening 1049/2001

¹³ Punten 17-18 Verweerschrift.

B.1 Schending van artikel 4, lid 2, eerste streepje, van Verordening 1049/2001 (“de bescherming van commerciële belangen”)

B. 1.1 en 1.2 een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen

Eis van een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen

~~22-23.~~ In het verzoekschrift heeft de Nederlandse regering zich op het standpunt gesteld, dat niet is voldaan aan de eis, dat sprake is van *een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen* van de betrokken ondernemingen. Bij het verzoek tot toegang van Nederland gaat het immers om de volgende informatie:

- de aard en omvang van de marktverstoring (overweging 4- 6);
- de organisatie en werking van het kartel (overweging 48 – 86; 350 -354, voetnoten 519 - 521)
- de rol van bepaalde partijen als aanstichter of leider van het kartel (overweging 342 – 347);
- de concrete prijsafspraken die binnen het kartel werden gemaakt (overweging 87 – 126);
- verschillen tussen het prijspeil van bitumen in Nederland en het prijspeil in buurlanden als gevolg van de kartelvorming (overweging 150, voetnoten 343 – 344; 174, voetnoten 371 – 376; 314, voetnoot 489);
- het belang dat bij het kartel betrokken wegenbouwers hadden bij een verhoging van de prijs van bitumen waar zij onder het zogenoemde “mechanisme van de prijsindex” prijsstijgingen vergoed kregen van hun klanten (overweging 149, voetnoten 340 -341; 151, voetnoten 345 – 349);
- marktaandeel en omzetgegevens bitumenverkoop in Nederland van karteldeelneemers (overweging 7 – 29; 321);
- namen van de natuurlijke personen die karteldeelneemers vertegenwoordigden bij overleg in het kader van het kartel (overweging 187; 205; 236; 252; 265; 268; 273; 279; 286; 291; 293; 298).

~~23-24.~~ Een groot deel van de gevraagde informatie ziet derhalve op de werking en de organisatie van het kartel. Dit doet reeds vermoeden dat niet voldaan zal zijn aan deze eis

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

dat sprake is van *een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen* van de betrokken ondernemingen.¹⁴

~~24-25.~~ De Commissie erkent, dat informatie over het bestaan van het kartel niet beschermenswaardig is,¹⁵ maar verbindt hier geen conclusies aan. Integendeel, zonder verdere onderbouwing wordt staande gehouden, dat de betwiste passages voor een groot deel betrekking hebben op gevoelige commerciële informatie van de betrokken ondernemingen.¹⁶ Deze vaststelling is onbegrijpelijk. Bovendien erkent de Commissie hiermee, dat er dus ook een deel is dat géén gevoelige commerciële informatie bevat. Ze laat echter in het midden welk deel van de gevraagde informatie dit betreft en op welke wijze dit deel onder de uitzondering van artikel 4, lid 2, eerste streepje, van Verordening 1049/2001 (“de bescherming van commerciële belangen”) kan worden gebracht.

Concrete toetsing

~~25-26.~~ Voorts volstaat de Commissie niet te stellen, dat ze concreet heeft getoetst of sprake is van een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen. Deze stelling wordt echter in het geheel niet onderbouwd.¹⁷ Daar komt bij, dat uit andere passages van het verweerschrift blijkt dat de Commissie uitgaat van onjuist criteria. In punt 50, eerste zinsnede immers wordt gesproken van dat rekening moet worden gehouden met de “belangen” van de betrokken ondernemingen. In punt 51 stelt de Commissie zonder verdere uitleg, dat openbaarmaking “*ernstige schade*” zou opleveren voor de betrokken ondernemingen. De Commissie gaat er aldus aan voorbij, dat de werkingssfeer van de onderhavige uitzondering is beperkt tot de bescherming van (legitieme) *commerciële* belangen. Dit betekent dat niet *alle* belangen van de betrokken ondernemingen kunnen worden meegewogen. Dit betekent ook dat niet *elke* vorm van schade in dit verband relevant is, maar alleen schade die samenhangt met de inbreuk op legitieme commerciële belangen.

¹⁴ Zie verder punten 31-33 Verzoekschrift.

¹⁵ Punt 54 Verweerschrift.

¹⁶ Punt 54 Verweerschrift.

¹⁷ Punt 49 Verweerschrift.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~26-27.~~ In deze passages wordt dan ook heel duidelijk, wat de door de Commissie voorgestelde “harmonische” interpretatie inhoudt. De Commissie heeft hier voor ogen om, de informatie die als vertrouwelijk is aangemerkt in de mededingingsprocedure te onttrekken aan de werking van Verordening 1049/2001. Onder de punten *** is reeds uiteengezet dat deze benadering onjuist is.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.1.3 Geen reëel gevaar van afbreuk aan commerciële belangen wegens gedateerde informatie

~~27-28.~~ Als onderbouwing voor dat de gespecificeerde onderdelen van de beschikking van 13 september 2006 nog altijd moeten worden beschouwd als commercieel gevoelige informatie, brengt de Commissie naar voren, dat het gaat om een stabiele markt waarin zich nog geen wezenlijk veranderingen hebben voorgedaan.¹⁸ De Nederlandse regering vindt dit standpunt opmerkelijk. In herinnering wordt gebracht dat de gevraagde informatie betrekking heeft op een periode waarin alle Bitumenleveranciers verenigd waren in een kartel. Het is dan ook niet aannemelijk, dat sindsdien zich op de markt geen wezenlijke veranderingen hebben voorgedaan. Zulks tenzij de Commissie bedoelt te zeggen, dat het kartel nimmer is beëindigd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.1.4 Geen reëel gevaar wegens ontbreken van concurrentie

~~28-29.~~ De Nederlandse regering heeft naar voren gebracht, dat het niet aannemelijk is dat er sprake is van een reëel gevaar van afbreuk aan commerciële belangen nu alle Bitumenleveranciers deelnamen aan het kartel. Hierdoor kan in deze verhouding niet meer gesproken worden van daadwerkelijke concurrentie en kan vanuit die hoek dan ook geen sprake zijn van een reëel gevaar voor aantasting van de commerciële belangen. De Commissie merkt alleen op, dat zulks niet uitsluit dat sprake is van commerciële belangen. De Commissie onderbouwt echter niet welke dit nu precies zijn en op welke wijze aantasting van commerciële belangen is te verwachten, die het gevolg zou zijn van openbaarmaking.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.1.5 Tussenconclusie ten aanzien van B.1 (schending van artikel 4, lid 2, eerste streepje)

¹⁸ Punt 57 Verweerschrift.

~~29-30.~~ Het is geheel onduidelijk welk gevaar voor aantasting van welke commerciële belangen de Commissie op het oog heeft. Zulks terwijl juist in een situatie als de onderhavige (een horizontaal kartel waaraan alle Bitumenleveranciers deelnamen) het allerminst evident is dat sprake is van gevaar van de aantasting van de commerciële belangen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.2 Schending van artikel 4, lid 2, derde streepje ("de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits")

B.2.1 Algemeen

Onderzoek van passages

~~30-31.~~ Verzoeker heeft naar voren gebracht, dat de Commissie te weinig acht heeft geslagen op het feit dat het onderhavige verzoek niet ziet op de onderliggende *documenten*, maar enkel op de vertrouwelijke *passages* uit de beschikking van 13 september 2006. Verzoeker heeft gesteld, dat de Commissie had niet mogen volstaan te onderzoeken of de toegang tot de *documenten* concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het belang van de bescherming van het onderzoek en dat onderzocht had moeten worden of zulk gold voor de toegang tot de betreffende *passages*.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~31-32.~~ De Commissie volstaat met te stellen, dat zulks wel is gebeurd.¹⁹ Dit blijkt echter niet uit de bestreden beschikking. Voorts wordt naar voren gebracht, dat de passages niet los gezien kunnen worden van de achterliggende documenten. Dit is waar, echter dit betekent niet dat de passages met de documenten kunnen worden vereenzelvigd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Toekomstige onderzoeken

~~32-33.~~ Naar de mening van verzoeker strekt artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 er niet toe om toekomstige onderzoeken te beschermen. De Commissie betwist dit. Naar de mening van de Commissie ziet de bepaling ook op de bescherming van toekomstige (gelijksortige) onderzoeken. De Commissie brengt ter onderbouwing naar voren, dat het door verzoeker aangehaalde arrest Franchet & Byck niet ziet op een

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

¹⁹ Punt 63 Verweerschrift.

mededingingsonderzoek.²⁰ Ook hier valt weer op het uitgangspunt van de Commissie, dat voor mededingingszaken een ander regime zou moeten gelden. Zoals eerder door verzoeker opgemerkt is voor deze benadering geen steun te vinden in verordening 1049/2001. Daar komt nog bij, dat de door de verzoeker aangehaalde passages uit het arrest Franchet & Byck –zoals overigens ook het verzoekschrift blijkt- zijn aangehaald in het arrest Bavarian Lager. Dit arrest waar de Commissie zelf ook op wijst gaat wel over een mededingingsonderzoek. Verzoeker stelt blijft bij haar standpunt dat het bij de toepassing van artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 moet gaan om een lopend onderzoek.

~~33-34.~~ Het betoog van de Commissie, dat terzake sprake is van een lopend onderzoek, omdat het onderzoek naar aanleiding van uitspraken van de gemeenschapsrechter mogelijk nog moet worden heropend is niet overtuigend.²¹ **PM check verwijzing naar zaak Compagnie Maritime Belge ** (zaak T-267/04)**

PM EZ kan zo'n heropening leiden tot een heel nieuw onderzoek? dzw tot opnieuw "mewderking "nodig hebben ondernemingen

Daar komt nog bij, dat de Commissie hier in de bestreden beschikking niet op heeft gewezen. Het beroep van de Commissie op artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001, zag immers op de zorg van de Commissie dat openbaarmaking in toekomstige kartelonderzoeken zou leiden tot verlies van medewerking van betrokken ondernemingen. Over een heropening van de Bitumen-zaak wordt in de bestreden beschikking niet gesproken. Overigens zal het aspect van verminderde medewerking in een eventueel heropende Bitumenzaak niet spelen, omdat dit stadium hoe dan ook reeds is gepasseerd.

~~34-35.~~ Tot slot is de verwijzing van de Commissie naar de punten 100 en 124-127 van het arrest My Travel²² onbegrijpelijk nu deze betrekking hebben op de uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces en de uitzondering betreffende de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies.

²⁰ Punt 64 Verweerschrift.

²¹ Punt 65 Verzoekschrift.

²² Punt 66 Verweerschrift.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.2.2 (Verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie en inspectiedocumenten

(Verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie

~~35-36.~~ Voor wat betreft de algemene opmerkingen die zien op de “harmonische” interpretatie van Verordening 1049/2001 met het mededingingsrecht wijst verzoeker op de **punten **** hierboven. In deze context volstaat verzoeker ermee om vast stellen dat de Commissie in het geheel niet aannemelijk maakt dat openbaarmaking een reëel gevaar voor lopend(e) onderzoek(en) oplevert.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~36-37.~~ Het gaat al mis met het uitgangspunt van de Commissie, dat aan de zijde van karteldeelnemers op basis van artikel 28 van Verordening 1/2003 sprake zou zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen van eeuwigdurende en totale geheimhouding. Verzoeker verwijst naar de **punten **** hierboven. De tweede hobbel is zoals hierboven besproken het feit dat het bij artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 moet gaan om lopende onderzoeken. Zelfs al zou deze twee hobbels buiten beschouwing mogen worden gelaten –quod non!-, dan nog overtuigt het door de Commissie in punt 71 van het verweerschrift geschetste gevaar niet. De hoofdreden hiervoor is, dat het terzake gaat om informatieverstrekking in het kader van *een plicht* van ondernemingen tot het verstrekken van informatie die *niet deelnemen aan een clementieregeling*. Niet valt in te zien op welke wijze een verplichting kan worden uitgehold door openbaarmaking.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Inspectiedocumenten

~~37-38.~~ Verzoeker stelt vast dat de Commissie niet heeft onderbouwd op welke wijze openbaarmaking de inspecties van de Commissie zelf in gevaar brengt. Dit valt ook niet te onderbouwen, omdat het hier gaat om de eigen inspanningen van de Commissie.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.2.3 Documenten aangeleverd in het clementieprogramma

~~38-39.~~ Verzoeker heeft zich op het standpunt gesteld, dat ter bescherming van het clementieprogramma een beroep op artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 in beginsel mogelijk is. Het gaat hier immers om een lopend opsporingsonderzoek en er speelt het gevaar van het afschrikken van potentiële

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

kandidaten. Ten aanzien van deze uitgangspunten zitten partijen op één lijn.²³ Partijen verschillen wel van mening over de gevolgen van deze uitgangspunten.

~~39-40.~~ Zoals in het verzoekschrift is gesteld vormt het clementieprogramma geen vrijbrief, maar moet ook hier worden gekeken of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. De Commissie slaat deze concrete toetsing stap over en gaat er automatisch vanuit, dat de openbaarmaking van alle informatie (direct of indirect) afkomstig uit het clementieonderzoek mag worden geweigerd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~40-41.~~ Deze benadering is onjuist. Doorslaggevend zou steeds weer moeten zijn of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. Bij informatie die rechtstreeks is verkregen uit het clementieprogramma zal aan deze eis vermoedelijk altijd zijn voldaan. Voor informatie die indirect volgt uit het clementieverzoek ligt dit al weer veel minder voor de hand. Anders dan punt 59 van het verzoekschrift wellicht doet vermoeden, meent verzoeker niet dat voor de categorie van indirect informatie (2.a) per definitie geldt dat artikel 4, lid 2, derde streepje van Verordening 1049/2001 niet kan worden toegepast.²⁴ Het is wel zo dat het omgekeerde evenmin waar is en dat dus steeds moet worden onderzocht of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~41-42.~~ Tot slot stelt de Commissie in punt 75 dat het in de praktijk moeilijk is om onderscheid te maken tussen clementie en niet-clementie. **PM EZ tekstvoorstel**

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~42-43.~~ **EZ zie punt 71, deel 2, Cie, hoe kijken wij tegen info aan die wel in clementie is gegeven maar niet heeft geleid tot kort gezegd immuniteit: in beginsel wel/geen bescherming mogelijk?**

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

²³ Punten 73-74 Verzoekschrift.

²⁴ Vergelijk punt 72 Verzoekschrift.

B.2.4 Namen van werknemers van betrokken ondernemingen en verwijzing naar specifieke functies die herleidbaar zijn tot personen

~~43-44.~~ In feite geldt ook hier weer hetzelfde als onder B.2. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen namen van vertegenwoordigers van clementieverzoekers en namen van de overige karteldeelnemers. Voor de eerst genoemde categorie geldt dat is voldaan aan de eis van een lopend onderzoek en dat het inderdaad mogelijk is dat het openbaarmaken van namen op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. Het standpunt van de Commissie komt erop neer, dat alle namen en functies die door clementiedeelnemers zijn gegeven vertrouwelijk mogen blijven. Zulks omdat het risico van het individuele aansprakelijkheden of strafvervolgning afschrikwekkend kan werken.

EZ: zijn we het hier eens met de commissie?

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~44-45.~~ Voor de categorie van namen en functies die niet zijn verstrekt door de clementieverzoekers geldt hetzelfde als gesteld onder B.2.2. ten aanzien van de verplichte antwoorden op vragen en de inspecties. De kern is dat bij deze namen en functies niet is voldaan aan de eis dat sprake moet zijn van een lopend onderzoek en is voorts volstrekt niet aannemelijk is dat openbaarmaking toekomstige onderzoeken en inspecties in gevaar zou brengen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

B.2.5 Tussenconclusie met betrekking B.2 (schending van artikel 4, lid 2, derde streepje)

~~45-46.~~ De Commissie heeft ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen informatie die rechtstreeks herleidbaar is tot het clementieprogramma en informatie die hier los van staat. Voor informatie die los van het clementieprogramma geldt dat niet is voldaan aan de eis dat sprake moet zijn van een lopend onderzoek en is voorts volstrekt niet aannemelijk dat openbaarmaking toekomstige onderzoeken en inspecties in gevaar zou brengen. Voor informatie gerelateerd aan het clementieprogramma is wel voldaan aan de eis dat sprake moet zijn van een lopend onderzoek. Voorts is daar ook aannemelijk dat sprake is van een reëel gevaar bij openbaarmaking. De Commissie is hier echter tekortgeschoten in de concrete toets of openbaarmaking van de betreffende passages op

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma.

B.3 Schending van artikel 4, lid 2, laatste zinsnede (de uitzondering van hoger openbaar belang)

~~46-47.~~ Naar aanleiding van het verweerschrift acht verzoeker het nuttig om aan de hand van de systematiek van Verordening 1049/2001 uiteen te zetten welke belangen wanneer relevant zijn.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~47-48.~~ Het uitgangspunt is het recht op toegang. Bij dit recht op toegang is niet relevant waarvoor de verzoeker de informatie gaat *gebruiken*. In dit verband wordt gewezen op punt 87 van het arrest *My Travel* waarin nog eens wordt bevestigd, dat het recht op toegang toekomt aan iedere burger van de Unie en aan iedere rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat, zonder dat enige andere voorwaarde wordt gesteld. Anders dan de Commissie beweert kan dus ook om toegang worden verzocht met het oog op gebruik in een civiele procedure.²⁵ Bij het recht op toegang zijn evenmin relevant de *belangen* die *verzoeker* heeft bij toegang. Dus ook al wordt het verzoek louter wegens een eigen privébelang gedaan dan nog wordt het recht op toegang hierdoor niet beïnvloed. Evenmin hoeft te worden onderzocht of het publiek belang heeft bij openbaarmaking.²⁶

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~48-49.~~ De tweede stap is de vraag of sprake is van een belang op grond waarvan artikel 4 een uitzondering op het recht op toegang toestaat. Ook in deze context is het irrelevant het door de verzoeker beoogde gebruik en de belangen van verzoeker. Hier staan immers centraal de particuliere belangen van derden (zoals de commerciële belangen van (recht)personen) of de met naam genoemde algemene belangen (zoals het doel van inspecties, onderzoeken en audits).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

²⁵ Vergelijk de laatste zin van punt 38 en punt 85 Verweerschrift.

²⁶ Vergelijk punt 92 Verweerschrift.

~~49-50.~~ De derde stap is of sprake is van een hoger belang die openbaarmaking gebiedt. De uitzondering van hoger openbaar belang vormt derhalve de uitzondering op de uitzondering. Bij de toepassing van de uitzondering van hoger openbaar belang vindt een belangen afweging plaats met de in artikel 4 genoemde belangen(zoals de commerciële belangen van (rechst)personen het doel van inspecties, onderzoeken en audits) en eventuele ander hogere belangen. Nederland is het met de Commissie eens, dat het belang van verzoeker en de hoedanigheid van slachtoffer niet hoeft te worden meegewogen bij de toepassing van artikel 4 van Verordening 1049/2001.²⁷

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~50-51.~~ Het is echter onjuist, dat het bestaan van particuliere of privébelangen van verzoeker uitsluit dat sprake kan zijn van een hoger belang uit hoofde van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Anders dan de Commissie stelt, volgt zulks ook niet uit punt 65 van het arrest *My Travel*. Hieruit volgt immers niets meer en minder dan dat het bij het in artikel 4 van Verordening 1049/2001 bedoelde hogere belang moet gaan om een objectief en algemeen belang en dat deze belangen niet mogen worden verward met particuliere of privébelangen. Uit punt 65 volgt met name niet, dat indien privébelangen in het spel zijn er nimmer sprake kan zijn van hogere belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Evenmin volgt uit punt 65, dat het voeren van een gerechtelijke (civiele) procedure op voorhand uitsluit dat er sprake kan zijn van hogere belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001. De Nederlandse regering wijst op de punten 66 en 67 waaruit naar voren komt, dat de aanwezigheid van privébelangen geen beletsel is om te onderzoeken of sprake is van een hoger belang.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~51-52.~~ Indien de bovenstaande systematiek wordt toegepast op de onderhavige zaak leidt dit tot de volgende conclusies. Het is juist, dat het de bedoeling is om de gevraagde informatie te gebruiken in een civiele procedure. Dit is echter geen grond om toegang te weigeren. Het is ook geen grond die maakt aan toepassing van de in artikel 4 genoemde uitzonderingen per definitie onmogelijk maakt. Dit is ook niet wat Nederland heeft betoogd. Wat Nederland wel heeft betoogd is, dat in het onderhavige geval de civiele procedure een middel is om publieke belangen zeker te stellen. De Nederlandse staat

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

²⁷ Punten 84 en 86 Verweerschrift.

heeft immers in de uitoefening van haar publieke taak, de aanleg van openbare infrastructuur, schade geleden ten gevolge van het Bitumenkartel. Het terughalen van deze publieke gelden is dan ook een objectief en algemeen belang. Naar de mening van de Nederlandse regering is het daarmee ook hoger belang in de zin van artikel 4 van verordening 1049/2001²⁸ en had het moeten worden meegewogen bij de beslissing tot het al dan niet verlenen van toegang.

~~52-53.~~ Daarnaast zijn in deze zaak nog andere belangen die moeten worden gekwalificeerd als hogere belangen in de zin van artikel 4 van verordening 1049/2001. Deze zijn de handhaving van het mededingingsrecht (bij wege van private middelen) en meer in het algemeen voor het verzekeren van de eerbieding van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde. Het staat buiten kijf dat dit algemene en objectieve belangen zijn. Zulks ongeacht door wie de procedures worden gevoerd (overheid of particulieren) en zulks ongeacht de privébelangen van de benadeelden.²⁹ De Commissie heeft er geen blijk van gegeven deze belangen te hebben meegewogen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

C. Het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 4, lid 1, sub b: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu

~~53-54.~~ De Commissie brengt naar voren, dat het gaat om namen van natuurlijke personen die karteldeelnemers vertegenwoordigen bij overleg in het kader van het kartel. Aan een deel van de personen heeft de Commissie in het kader van 1/2003 toegezegd dat hun identiteit geheim zou blijven. De Commissie wijst hier op de geheimhoudingsplicht ten opzichte van informanten in mededingingszaken.³⁰ De Commissie werkt niet uit welke gevolgen verbonden moeten worden aan het al dan niet zijn van informant. Voor de goede orde wordt ook hier weer opgemerkt, dat wel of niet zijn van informant niet relevant is, omdat de doorslaggevend is of voldaan is aan het vereiste dat openbaarmaking van de namen van de betrokken natuurlijke personen ertoe leidt dat de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokkenen concreet en daadwerkelijk wordt ondermijnd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

²⁸ Vergelijk punt 83 Verweerschrift.

²⁹ Vergelijk punt 124 Verweerschrift.

³⁰ Punten 91-92 Verweerschrift.

~~54-55.~~ Overigens betwist de Commissie de toepasselijkheid van dit uit het arrest Bavarian Lager (punt 120) afkomstige vereiste. Zulks omdat de omstandigheden in die zaak wezenlijk zouden verschillen.³¹ Nog afgezien van of de door de Commissie genoemde verschillen terzake doen, valt niet in te zien waarom deze verschillen tot een ander toepassingsvereiste zou moeten leiden. Dit ligt niet voor de hand, zeker niet nu de eis van “concrete en daadwerkelijke ondermijning”terugkomt bij de andere uitzonderingen van artikel 4. Daar komt nog bij dat de Commissie ook niet uitlegt wat dan het relevante vereiste is.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~55-56.~~ Welnu, verzoeker vindt het op basis van de bestreden beschikking en het verweerschrift onaannemelijk, dat sprake is van een concrete en daadwerkelijke ondermijning van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit. Ten eerste gaat het blijkens het verweerschrift om natuurlijke personen die de karteldeelnemers vertegenwoordigden bij overleg in het kader van het kartel. Verzoeker stelt vast, dat het dus gaat om personen die handelden als vertegenwoordigers van de karteldeelnemers en derhalve niet handelden op persoonlijke titel. Dit maakt het onaannemelijk dat de persoonlijk levenssfeer en integriteit zal worden geraakt (zie ook punten 117 en 125 Bavarian Lager).

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~56-57.~~ Ten tweede zijn ook de door de Commissie aangehaalde gevolgen van niet aan te merken als een concrete en daadwerkelijke ondermijning van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit. De Commissie stelt in dit verband, dat openbaarmaking van de namen de genoemde personen in kwestie (1) ernstige schade kan berokkenen, en kan leiden tot (2) represaille maatregelen en (3) sancties. Vervolgens wordt geconcludeerd dat de openbaarmaking van de identiteit van deze personen de belangen van de ondernemingen die aan het kartelonderzoek zijn onderworpen kan schaden als ook de eigen belangen van de betrokkenen.³²

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~57-58.~~ Wat betreft de conclusie, dat de openbaarmaking van de identiteit van deze personen de belangen van de ondernemingen die aan het kartelonderzoek zijn onderworpen kan

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

³¹ Punt 91 Verweerschrift.

³² Punt 92 Verweerschrift.

schaden als ook de eigen belangen van de betrokkenen. Het moge duidelijk zijn, dat het bij de toepassing van artikel 4, lid 1, sub b (de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu) alleen de belangen van individuen kunnen worden opgevoerd en dat de belangen van de ondernemingen hier niet onder vallen. Voor individuen is het voorst onvoldoende dat het gaat om “eigen” belangen, het moet gaan om een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer en integriteit.

~~58-59.~~ Dan nu het gevaar van ernstige schade, represailles en sancties. Opvallend is dat in het geheel niet wordt uitgelegd welke ernstig schade en represailles bedoeld worden.³³

Onduidelijk is dan ook waar de Commissie op doelt. Wat betreft de sancties wordt gewezen op het risico van de persoonlijke aansprakelijkheid van personen in kartelzaken en strafrechtelijke sancties.³⁴

EZ: is dat in NL ook? Indien nee, kunnen we dan zeggen dat dit gevaar in deze kartelzaak dus niet speelt of bestaat er risico op persoonlijke aansprakelijkheid/strafrechtelijke aansprakelijkheid in ander LS?

PM: valt het risico van de persoonlijke aansprakelijkheid van personen in kartelzaken en strafrechtelijke sancties onder persoonlijke levenssfeer en integriteit?

~~59-60.~~ In het verlengde van dit risico op persoonlijke aansprakelijkheid en strafsancities wijst de Commissie op het risico van schending van de rechten van verdediging. Deze zou kunnen ontstaan, doordat het onderzoek op communautair niveau ziet op de onderneming en niet op de personen. Deze personen zouden dan ook niet in gelegenheid zijn om zich te verweren. Verzoeker acht dit een wel zeer hypothetisch gevaar, daar er vanuit mag worden gegaan dat in eventuele nationale procedures tot het vaststellen van persoonlijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid de rechten van verdediging zullen worden gewaarborgd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

³³ Punt 92 Verweerschrift.

³⁴ Punt 94 Verweerschrift.

~~60-61.~~ Tot derde stelt de Commissie dat het publiek geen belang heeft bij het kennen van de identiteit van de personen.³⁵ Voor wat betreft de opmerking dat het publiek geen belang heeft bij het kennen van de identiteit van de personen³⁶, wordt gewezen op **punt **** hierboven. Zoals gezegd is het voor het recht van toegang niet vereist om een belang aan te tonen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~61-62.~~ Ten vierde wijst de Commissie op haar verplichtingen uit hoofde van Verordening 1049/2001 om dergelijke persoonsgegevens niet openbaar te maken.³⁷ Nu de Commissie deze stelling niet onderbouwd kan verzoeker hier niet op reageren.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Tussenconclusie met betrekking tot het tweede onderdeel van het eerste middel (schending van artikel 4, lid 1, sub b)

~~62-63.~~ De Commissie heeft niet aannemelijk gemaakt, dat de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokkenen concreet en daadwerkelijk wordt ondermijnd. Integendeel, in het verweerschrift wordt erkend, dat het gaat om de namen van personen die handelden als vertegenwoordigers van de karteldeelnemers en derhalve niet handelden op persoonlijke titel.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

D. Het derde onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 4, lid 7 ("duur beschermingsperiode")

~~63-64.~~ Verzoeker verwijst terug naar haar reactie onder B.1.3.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

E. Conclusie ten aanzien van eerste middel

~~64-65.~~ XXXXPM

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Tweede middel: schending van artikel 4, lid 6 (recht op gedeeltelijke toegang)

³⁵ Punt 92 Verweerschrift.

³⁶ Punt 92 Verweerschrift.

³⁷ Punt 95 Verweerschrift.

~~65-66.~~ Als de verzoeker de Commissie goed begrijpt wordt de gegrondheid van het tweede middel erkent en daarmee in feite ook de gegrondheid van (delen van) de overige middelen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~66-67.~~ Voor de goede orde wordt opgemerkt, dat de Commissie nog niet met een uitgebreidere versie is gekomen. Overigens, zou pas aan de hand van de uitgebreidere versie kunnen worden beoordeeld of het tweede middel zonder voorwerp is geworden.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Derde middel: Schending proportionaliteitsbeginsel

~~67-68.~~ Voor de goede orde wordt opgemerkt, dat verzoeker nog geen versie met bandbreedtes heeft ontvangen. Overigens, handhaaft verzoeker onverkort het verzoek tot toegang tot de exacte marktaandeelen, met name nu de Commissie niet aannemelijk heeft gemaakt waarom toegang tot deze informatie op basis van Verordening 1049/2001 kan worden geweigerd.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Vierde middel: motiveringsgebreken

Passages in de overwegingen 4-6 van de beschikking van 13 september 2006

~~68-69.~~ PM V&W reactie punt 108

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Te algemeen

~~69-70.~~ PM

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Vijfde middel: schending van artikel 10 EG in samenhang met het proportionaliteitsbeginsel

Ontvankelijkheid

~~70-71.~~ De Commissie brengt naar voren dat verzoeker niet-ontvankelijk zou zijn, omdat de beschikking ziet op een verzoek op grond van Verordening 1049/2001 en niet op grond van artikel 10 EG. Het zou in deze zaak alleen gaan om de vraag of de Commissie Verordening 1049/2001 correct heeft toegepast. Het verweer faalt, omdat het vijfde middel wel degelijk ziet op de toepassing van Verordening 1049/2001. Verzoeker wijst in dit verband met name op punt 91 van het verzoekschrift die luidt als volgt:

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

“91. De toepassing van Verordening 1049/2001 mag niet in strijd komen met het primaire recht en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Verordeningen mogen immers geen afbreuk doen aan het primaire recht en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Daarnaast schrijft verordening 1049/2001 expliciet voor, dat hogere openbare belangen openbaarmaking kunnen gebieden.”

~~71-72.~~ Overigens, meent de Nederlandse regering, dat de Commissie op het moment dat zij tot de slotsom kwam dat toegang op basis van Verordening 1049/2001 moest worden geweigerd, zij ambtshalve had moeten onderzoeken of de uitwisseling van informatie op basis van artikel 10 EG noodzakelijk was.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

Gegrondheid middel

~~72-73.~~ De Commissie acht het vijfde middel ongegrond, omdat het beroep op Verordening 1049/2001 maakt dat de gevraagde informatie voor iedereen toegankelijk wordt.³⁸ Verzoeker kan de Commissie hier niet goed volgen.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~73-74.~~ Als verzoeker het goed begrijpt reageert de Commissie op de stelling van verzoeker, dat op basis van de in artikel 4, lid 2, van Verordening 1049/2001 genoemde uitzondering van hoger openbaar belang in samenhang met artikel 10 EG toegang had moeten worden gegeven. In dit verband ziet de verwijzing naar artikel 10 op de plicht van de lidstaat Nederland, om alle dienstige maatregelen te nemen om de draagwijdte en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Terzake gaat het om de handhaving van artikel 81 EG bij wege van een civiele schadevergoedingsactie.

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

~~74-75.~~ Indien het beroep van verzoeker slaagt leidt dit inderdaad tot vrijgave ten bate van éénieder. Dit is inherent aan het systeem van Verordening 1049/2001 en het valt dan ook niet in te zien waarom dit gevolg moet leiden tot ongegrondheid van het middel. Daar komt nog bij dat bezien vanuit het hogere algemene belang in deze zaak –private handhaving van artikel 81 EG- het voor een ieder toegankelijk maken juist valt toe te

Met opmaak: opsommingstekens en nummering

³⁸ Punt 121 Verweerschrift.

juichen. Immers dit betekent, dat ook de andere slachtoffers van het kartel naar de rechter kunnen gaan.

V. CONCLUSIE

De Nederlandse regering handhaaft haar conclusie zoals verwoord in haar verzoekschrift.

10.2.e

10.2.e

gemachtigden

's-Gravenhage, 25 februari 2009.



21b

Ministerie van Buitenlandse Zaken

10.2.e (V&W)

10.2.e (EZ)

Postbus 20061
2500 EB Den Haag
Nederland
www.minbuza.nl

Contactpersoon

10.2.e

T 070 - 10.2.e

zendbrief

Datum

11 juni 2009

Deze bijlagen worden u aangeboden:

- ter kennisneming
 - ter doorzending
 - ter behandeling
 - met verzoek om advies
 - met verwijzing naar
-
- De bijlagen worden niet terugverwacht
 - De bijlagen worden wel terugverwacht

Hierbij stuur ik u de dupliek van de Commissie in zaak T-380/08.
Zodra meer bekend is, wordt u nader geïnformeerd over het vervolg in de procedure.





LUXEMBOURG

ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΚΟ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΑΣ
TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SUD PRVNÍHO STUPNĚ EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
GERICHT ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS
ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF FIRST INSTANCE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CŪIRT CHÉADCHÉIME NA gCOMHGHOBAL EORPACH
TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EUROPAS KOPIENU PIRMĀS INSTANCES TIESA

EUROPOS BENDRIŲ PIRMOSIOS INSTANCIOS TEISMAS
EURÓPAI KÖZÖSSÉG EK ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-PRIMĪSTANZA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
SĄD PIERWSZEJ INSTANCIJ WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEAS
TRIBUNALUL DE PRIMĂ INSTANȚĂ AL COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SŮD PRVÉHO STUPNĚA EURÓPSKÝCH SPOLEČENSTEV
SODIŠČE PRVE STOPNJE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS FÖRSTAINSTANSRÄTT

AANGETEKEND m.b.v.o.
- 397609 -

10.2.e
10.2.e

Ministerie van Buitenlandse Zaken
Directie Juridische Zaken
Afdeling Europees Recht
Postbus 20061
2500 EB 's-Gravenhage
Nederland

Zaak T-380/08

Koninkrijk der Nederlanden
tegen
Commissie van de Europese Gemeenschappen

De griffier van het Gerecht van eerste aanleg zendt u in bijlage:

– Een eensluidend gewaarmerkt afschrift van de **memorie van dupliek** (reg. nr. 397600).

De schriftelijke behandeling is met het neerleggen van deze memorie afgesloten, onder voorbehoud van een latere beslissing van het Gerecht.

De griffier deelt u mee dat de kamerpresident heeft beslist om de dupliek, buiten termijn ingediend op 26/05/2009, aan het procesdossier toe te voegen.

Het vervolg van de procedure zal u op een later tijdstip worden meegedeeld.



10.2.e

Griffier

Luxemburg, 05/06/2009
T-380/08-32

Ingekomen
10 JUN 2009

Voor eensluidend afschrift



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

(Origineel ontvangen op 26/05/2009)
(Fax/Mail ontvangen op 15/05/2009)
INGESCHREVEN IN HET REGISTER VAN
VAN EERSTE AANLEG
onder het nummer 397600
Luxemburg, 05/06/2009
De Griffier:
(handtekening)

Brussel, 15 mei 2009
JURM(2009) 6033 ABO/ag

AAN DE PRESIDENT EN DE LEDEN
VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG
VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

DUPLIEK

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door
10.2.e en 10.2.e, leden van de Dienst, als
10.2.e cilie gekozen hebbende te Luxemburg, bij 10.2.e eveneens lid
van naar Juridische Dienst, Bâtiment BECH, 11 rue A. Wecker, rg

in de zaak T-380/08

Koninkrijk der Nederlanden,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen

betreffende een beroep tot de nietigverklaring, op grond van artikel 230 EG, van de beschikking van de Commissie van 30 juni 2008, houdende de afwijzing van verzoekers verzoek om toegang tot documenten op grond van Verordening 1049/2001 (GestDem 1343/2008 – D(2008)5364).

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING.....	4
1. IN RECHTE	4
1.1. Voorafgaande algemene opmerkingen en beschouwingen.....	4
1.1.1. Opmerking betreffende de positie van een lidstaat in verzoeken op grond van de Transparantieverordening	4
1.1.2. Beschouwingen betreffende de coherente wijze van interpretatie van Verordening 1049/2001	5
1.1.2.1. De centrale vraag opgeworpen door het geschil.....	5
1.1.2.2. Het belang van de <i>My Travel</i> uitspraak.....	7
1.1.2.3. Het belang van het voorstel tot wijziging van de verordening.....	8
1.1.3. Verwijzingen naar verordeningen 1/2003 en 773/2004.	8
1.1.4. Opmerking betreffende de omstandigheid dat een geleding van de Nederlandse Staat (de Nederlandse Mededingingsautoriteit) in een ander kader toegang heeft gehad tot een ontwerp van het gevraagde document in zijn vertrouwelijke versie	10
1.2. Eerste middel betreffende het recht op toegang	11
1.2.1. Eerste onderdeel betreffende de uitzonderingsbepalingen op het recht op toegang (commerciële belangen en inspecties, onderzoeken en audits) (onderdeel B).....	11
1.2.1.1. Eerste sub-onderdeel: bescherming van commerciële belangen (onderdeel B.1.).....	11
1.2.1.2. Tweede sub-onderdeel: bescherming van inspecties, onderzoeken en audits (onderdeel B.2).	13
1.2.1.3. Derde sub-onderdeel: de afweging van een hoger openbaar belang tot vrijgave (onderdeel B.3)	17
1.2.2. Tweede onderdeel betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van individuen	19
1.2.3. Derde onderdeel betreffende de duur van de bescherming	22
1.2.4. Conclusie betreffende het eerste middel.....	22
1.3. Tweede middel betreffende gedeeltelijke toegankelijkheid	22
1.4. Derde middel betreffende het proportionaliteitsbeginsel en toegankelijkheid tot bandbreedtes van marktaandelen	23
1.5. Vierde middel betreffende de motiveringsplicht	23

1.6. Vijfde middel betreffende het samenwerkingsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.....	24
CONCLUSIE.....	25
STAAT VAN DE DOOR DE COMMISSIE NEERGELEGDE STUKKEN.....	26

INLEIDING

1. In repliek gaat de verzoeker, het Koninkrijk der Nederlanden (hierna “de verzoeker” of “de Nederlandse staat”), verder in op een aantal argumenten uit het verzoekschrift.
2. De Commissie handhaaft haar betwisting van hetgeen verzoeker in verzoekschrift en repliek heeft gesteld, met uitzondering van de stellingen waarvan zij hieronder uitdrukkelijk de juistheid erkent. Uit het feit dat de Commissie hieronder bepaalde feitelijke of juridische stellingen niet bespreekt, mag niet worden afgeleid dat de Commissie de juistheid van dergelijke stellingen erkent. De Commissie biedt uitdrukkelijk aan haar stellingen nader te bewijzen door desgewenst de in deze dupliek genoemde documenten over te leggen.
3. Ter staving van zijn beroep voerde verzoeker vijf middelen aan, gesteund op artikel 255 EG, artikel 4, lid 2, eerste en derde streepje Verordening 1049/2001¹, artikel 4, lid 1, sub b, artikel 4, lid 7 (eerste middel betreffende het recht op toegang, onderverdeeld in drie onderdelen), artikel 4, lid 6 (tweede middel betreffende het recht op gedeeltelijke toegang), het proportionaliteitsbeginsel (derde middel), de motiveringsverplichting (vierde middel) en artikel 10 EG in samenhang met het proportionaliteitsbeginsel (vijfde middel). In de Repliek blijft het onderscheid tussen deze middelen soms onduidelijk, zij het in mindere mate dan in het Verzoekschrift.

1. IN RECHTE

1.1. Voorafgaande algemene opmerkingen en beschouwingen

1.1.1. Opmerking betreffende de positie van een lidstaat in verzoeken op grond van de Transparantieverordening

4. De Commissie heeft erop gewezen dat het verzoek van de Nederlandse Staat behandeld werd als ieder ander verzoek dat wordt ingediend bij toepassing van de Transparantieverordening en niet op grond van een mogelijke ruimere toegang bij

¹ Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PB L 145 van 31.5.2001, blz. 43, hierna “Verordening 1049/2001” of de “Transparantieverordening”.

toepassing van de samenwerkingsplicht zoals voorzien door artikel 10 EG (punten 14 tot 16 Verweerschrift). De Nederlandse staat bevestigd dat de aanvraag op grond van Verordening 1049/2001 werd gedaan, maar trekt hieruit geen gevolgen betreffende het vijfde middel.

1.1.2. Beschouwingen betreffende de coherente wijze van interpretatie van Verordening 1049/2001

1.1.2.1. De centrale vraag opgeworpen door het geschil

5. De Nederlandse staat is het eens met de Commissie dat de centrale vraag in onderhavig geschil is hoe de Transparantieverordening dient te worden toegepast bij verzoeken tot toegang tot mededingingsdossiers of documenten uit mededingingsdossiers (zoals *in casu* betreffende de vertrouwelijke versie van de beschikking in een kartelzaak), waarbij verschillende belangen in het geding zijn. De Nederlandse staat verwijst hierbij onder meer naar het belang van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Net dat belang heeft gespeeld bij de beoordeling door de Commissie van de vraag tot toegang en de beslissing om een deel van de kartelbeschikking niet publiek toegankelijk te maken
6. De Nederlandse staat begrijpt het pleidooi van de Commissie om een coherente toepassing na te streven als een poging om een soort “vrijbrief” te bekomen om de toepassingsvereisten van de Transparantieverordening buiten beschouwing te laten (punt 2 Repliek) en om “een ander regime” na te streven voor mededingingsdossiers (punt 4 Repliek), terwijl de verzoeker bepleit om de vraag uitsluitend op grond van de Transparantieverordening te beoordelen (punt 3 Repliek). Deze lezing berust op een misvatting, daar de Commissie zich perfect bewust is dat de uitzonderingen op het principe van openbare toegankelijkheid moeten berusten op één van de uitzonderingen voorzien door deze verordening. Daarom heeft de Commissie in onderhavige zaak ook uitdrukkelijk niet betwist dat de Transparantieverordening toepasselijk is op het gevraagde document uit een mededingingsdossier (punt 34 Verweerschrift), wat *de lege ferenda* voor bepaalde documenten en voor een bepaalde tijd voorgesteld werd aan de Raad en het Parlement². Wat de Commissie echter wel *de lege lata* heeft bepleit, en in

² Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en de Raad betreffende de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, Document COM(2008)229 van 30 april 2008.

Dupliek met stelligheid handhaaft, is dat bij de toepassing van de verschillende uitzonderingen op de toegankelijkheid, door een “harmonische interpretatie” van de verschillende bepalingen uit het verdrag en uit secundaire wetgeving, ook terdege rekening zou worden gehouden met de belangen van een juiste toepassing van de mededingingsregels (punten 19 tot 44 Verweerschrift). Met andere woorden, in de huidige stand van de wetgeving, vraagt de Commissie om bij de toepassing van de uitzonderingen van de Transparantieverordening eveneens geval per geval rekening te houden met de mededingingsregels. De Commissie is van oordeel dat de effectiviteit van het mededingingsrecht een gegronde reden vormt om geval per geval de uitzonderingsgrond toe te passen en de volledige toegang tot het document te verantwoorden.

7. De toepasselijkheid van verordening 1049/2001 op mededingingsdossiers, en dus de noodzaak voor de instellingen om zich op één of meerdere van de uitzonderingsgronden te beroepen om de toegang te kunnen weigeren, betekent immers nog niet dat de Transparantieverordening als een volledig geïsoleerde regelgeving moet worden geïnterpreteerd, los van andere bepalingen van het gemeenschapsrecht. De uitdrukkelijke verwijzing naar andere terreinen van de communautaire wetgeving in de consideransen van de Transparantieverordening (considerans 11, geciteerd in punt 32 Repliek) steunt deze interpretatiemethode.
8. Dat door een dergelijke harmonische interpretatie en toepassing van de Transparantieverordening en de mededingingsregels de toegang in de regel kan worden geweigerd wanneer de toegankelijkheid de effectiviteit van de mededingingsregels zou ondermijnen (punt 4 Repliek, verwijzend naar punten 36, 44 en 46 Verweerschrift) hoeft niet te verwonderen, maar is net het gevolg van de keuze van de communautaire wetgever om een aantal uitzonderingen te voorzien op de toegankelijkheid. De door de Nederlandse staat voorgestane interpretatie zou erop neerkomen dat de wetgever in de Transparantieverordening heeft bepaald dat indien toegankelijkheid de effectiviteit van de mededingingsregels zou ondermijnen toch toegang dient te worden verleend tot de gevraagde documenten. Dit zou erop neerkomen dat er rechtstreekse tegenstrijdigheid bestaat tussen de Transparantieverordening en de nochtans recentere mededingingsverordening, en dat deze eerste voorrang zou hebben op de tweede. Naar het oordeel van de Commissie bestaat er in het gemeenschapsrecht geen grond voor een

dergelijke voorrangsregel, zodat een eventuele tegenstrijdigheid tussen twee wetgevende bepalingen in het voordeel van de recentere mededingingsverordening zou dienen te worden beslecht. Dit gesteld zijnde, is de Commissie van oordeel dat er geen tegenstrijdigheid bestaat, net omdat dit door een coherente interpretatie en toepassing kan worden vermeden. Het is slechts indien elke mogelijke interpretatie tot een tegenstrijdigheid leidt, dat er een tegenstrijdigheid juridisch gezien ook echt bestaat en dat deze dan ook dient te worden beslecht met toepassing van voorrangsregels (zoals voorrang te verlenen aan de recentste bepaling, een rangorde van bepalingen of de belangen vast te stellen of het toepassingsgebied af te lijnen door de *lex specialis* regel). Indien echter bij een zekere spanning tussen de regels (transparantieregels en mededingingsregels) een coherente interpretatie de mogelijke tegenstrijdigheid kan vermijden, dient een dergelijke interpretatie te worden gevolgd.

1.1.2.2. Het belang van de *My Travel* uitspraak

9. Wat betreft het arrest *My Travel* (punten 5 tot 7 Repliek) meent de Commissie dat deze uitspraak³ haar standpunt steunt. Na het principe in herinnering te hebben gebracht dat toegang het beginsel is, en dat een weigering slechts geldig is indien deze berust op een van de uitzonderingen van de verordening (punt 31), situeert het Gerecht de verordening in de context van het “democratische systeem” (punt 32), en komt het daarbij tot de conclusie dat er een onderscheid bestaat al naar gelang de Commissie optreedt binnen het wetgevingsproces of in het kader van een zuiver bestuurlijke functie:

“49. Daarbij komt dat, anders dan wanneer de instellingen van de Gemeenschap als wetgever handelen en volgens punt 6 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 een ruimere toegang tot documenten dient te worden verleend, het rapport is opgesteld in het kader van de zuiver bestuurlijke functie van de Commissie. De voorgenomen procedure van hogere voorziening en de in het rapport besproken verbeteringen van de administratieve procedure zijn immers vooral van belang voor de bij de concentratie Airtours/First Choice en bij concentraties in het algemeen betrokken ondernemingen. Het belang van het publiek om mededeling van een document te verkrijgen op grond van het transparantiebeginsel, dat erop is gericht, een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk te maken en een grotere legitimiteit, een grotere doelmatigheid en een grotere verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem te waarborgen, weegt derhalve niet even zwaar met betrekking tot een document dat is opgesteld

³ Thans hangende voor het Hof (zaak C-506/08P, PB C55 van 7 maart 2009).

in het kader van een administratieve procedure inzake de toepassing van de regels betreffende de controle op concentraties van ondernemingen of betreffende het mededingingsrecht in het algemeen, als met betrekking tot een document betreffende een procedure waarin de instelling van de Gemeenschap als wetgever optreedt.”⁴ (onderstreping toegevoegd)

10. Uiteraard heeft de Commissie hieruit niet willen afleiden dat documenten uit bestuurlijke dossiers buiten de toepassing van verordening 1049/2001 zouden vallen, maar wel blijft het zo dat in een karteldossier, zoals *in casu*, het belang tot openbaarmaking niet hetzelfde gewicht heeft als in een wetgevingsprocedure. Dat het Gerecht bij de beoordeling van de uitzondering betreffende bescherming van inspecties, onderzoeken en audits (punten 71 en volgende) niet opnieuw verwijst naar het verschil in belang (punt 49), doet hieraan niets af. Dit is eenvoudig te verklaren door het feit dat inspecties, onderzoeken en audits deel uitmaken van bestuurlijke activiteiten.

1.1.2.3. Het belang van het voorstel tot wijziging van de verordening

11. Tenslotte kan het hangende voorstel tot wijziging van de verordening door een tijdelijke of permanente uitsluiting uit de toepasselijkheid van de verordening te voorzien (*de lege ferenda*) geen invloed hebben op de interpretatie van de uitzonderingen van verordening in zijn huidige versie (*de lege lata*). De voorgestelde wijziging beoogt een efficiëntere behandeling van verzoeken tot toegang van documenten te waarborgen en rechtszekerheid te verhogen, maar bewijst niet dat de door de Nederlandse staat voorgestane al te beperkte interpretatie van de uitzonderingen juist zou zijn. Hieruit kan alleen worden afgeleid dat de Commissie zich bewust is dat documenten uit een mededingingsdossier binnen het toepassingsgebied van de Transparantieverordening vallen (wat de Commissie niet betwist), maar dit voorstel laat onverlet dat de Commissie nu reeds de uitzonderingsgronden kan invoeren.

1.1.3. Verwijzingen naar verordeningen 1/2003 en 773/2004.

12. Verzoeker leidt uit de verwijzingen naar de bepalingen inzake geheimhouding en doelgebondenheid van verordeningen 1/2003 en 773/2004 af dat de Commissie zou streven naar een automatische uitzonderingregeling (punten 11 tot 15 Repliek) en betwist zowel de relevantie als de juistheid van het onderscheid tussen “bedrijfsgeheimen” en

⁴ Arrest van het Gerecht van 9 september 2008, MyTravel Group plc tegen Commissie, Zaak T-403/05 Jur. 2008 blz. II-00000 (nog niet gepubliceerd), punt 49

“commerciële belangen” (punten 16 en 17 Repliek). Verder ontkent verzoeker dat de betrokken ondernemingen ervan uit mochten gaan dat de informatie uit het dossier enkel voor het kartelonderzoek zou mogen worden gebruikt (punt 18 Repliek).

13. In de lijn van het standpunt van de Commissie dat karteldossiers niet als dusdanig buiten het toepassingsgebied van verordening 1049/2001 vallen (zie hoger) klopt het uiteraard wel dat er steeds één of meerdere van de uitzonderingsgronden van deze verordening in aanmerking moeten worden genomen alvorens de toegang tot een bepaald document kan worden geweigerd (of uiteindelijk toch toegestaan). Wat de Commissie met deze verwijzingen heeft willen aanvoeren, en wat de Nederlandse staat zelf lijkt toe te geven (punt 13 Repliek), is dat bij een dergelijke beoordeling van de uitzonderingsbepalingen ook de bepalingen in verband met vertrouwelijkheid en doelgebondenheid uit Verordening 1/2003 en 773/2004 kunnen of moeten worden meegewogen.
14. Het is inderdaad niet zo dat de bepaling van Verordening 1/2003 dat de Commissie inlichtingen alleen mag gebruiken voor het doel waarvoor zij zijn ingewonnen, betekent dat die inlichtingen per definitie in hun geheel geheim moeten blijven. Deze bepaling heeft wel tot gevolg dat de inlichtingen niet publiek toegankelijk moeten worden gemaakt wanneer de Commissie niet kan garanderen dat zij gebruikt worden voor het doel waarvoor zij zijn ingewonnen. Aangezien bij een verzoek op basis van Verordening 1049/2001 het doel waarvoor toegang wordt gevraagd in principe niet aan de orde is, dreigt de doelgebondenheid zoals voorzien in Verordening 1/2003 in het gedrang te komen. Aangezien beide Verordeningen eenzelfde rechtskracht hebben⁵ en de Commissie ze samen moet toepassen, speelt Verordening 1/2003 wel degelijk een rol bij de beoordeling van de verzoeken op basis van 1049/2001. Bij de toepassing van Verordening 1049/2001 kan de Commissie niet gedwongen worden een bepaling van Verordening 1/2003 te miskennen.
15. Tot slot wijst de Commissie er nog op dat bij het verkrijgen van de inlichtingen en later ook bij het samenstellen van de publieke versie, de partijen gewezen werden op de bepalingen van Verordening 1/2003, en niet expliciet op de openbaarmaking bij

⁵ De Nederlandse staat stelt dat de artikelen 27 en 28 Verordening 1/2003 en 15 en 16 Verordening 773/2004 niet prevaleren boven Verordening 1049/2001 (wat de Commissie nooit heeft gesteld), maar omgekeerd prevaleert Verordening 1049/2001 niet boven deze bepalingen.

toepassing van Verordening 1049/2001. De partijen konden er dus van uitgaan dat de aangeleverde informatie werd verschaft met het uitdrukkelijke doel deze enkel voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG te gebruiken.

1.1.4. Opmerking betreffende de omstandigheid dat een geleding van de Nederlandse Staat (de Nederlandse Mededingingsautoriteit) in een ander kader toegang heeft gehad tot een ontwerp van het gevraagde document in zijn vertrouwelijke versie

16. Verzoeker gaat uitgebreid in op de opmerking van de Commissie dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit of NMa, als lid van het Raadgevend Comité, geconsulteerd werd op de vertrouwelijke versie van het ontwerp voor de bitumenbeschikking (punten 19 tot 27 Repliek).
17. Hierbij betwist verzoeker niet dat een geleding van de Nederlandse overheid, de NMa, in het kader van het Raadgevend comité inzage heeft gehad in een document dat omzeggens identiek is aan het document waarvoor thans toegang wordt geëist. Wel wijst de Nederlandse staat erop dat het Raadgevend comité slechts over ontwerpen wordt geconsulteerd, dat de Nederlandse regering geen instructies kan geven aan de NMa en dat de door de NMa verkregen informatie doelgebonden is.
18. Dat *in casu* een vertrouwelijk ontwerp in handen is van een andere geleding van de Nederlandse overheid, de NMa, heeft de Commissie nooit betwist (punten 18 en 18 Verweerschrift). De omstandigheid dat de regering geen instructies kan geven aan de NMa is terzake irrelevant, daar niet kan worden ontkend dat de NMa wel degelijk een geleding van de overheid is (zij het een onafhankelijke geleding), wat maakt dat het onderliggende probleem een intern probleem van vrij gebruik is (eerder dan van eigenlijke toegang) vanwaar de analogie met de rechtspraak inzake *Agricast*⁶. Tenslotte, wat betreft de doelgebondenheid, lijkt het in elk geval niet bepaald consistent zich te verschuilen achter de bepalingen van artikel 28 lid 2 Verordening 1/2003, maar niet toe te staan dat de Commissie artikel 28, lid 1 van diezelfde Verordening zou invoeren.

⁶ Beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van 8 juni 2005, *Nuova Agricast Srl tegen Commissie*, Zaak T-151/03, Jur. 2005 blz. II-1967, punten 33 en 34.

1.2. Eerste middel betreffende het recht op toegang

1.2.1. Eerste onderdeel betreffende de uitzonderingsbepalingen op het recht op toegang (commerciële belangen en inspecties, onderzoeken en audits) (onderdeel B)

1.2.1.1. Eerste sub-onderdeel: bescherming van commerciële belangen (onderdeel B.1.)

19. In verband met de commerciële belangen behandelt verzoeker in Repliek (a) het reële gevaar en (b) de concrete toetsing (punten 29 tot 32, onderdeel B.1.1 en 1.2 Repliek), (c) de ouderdom van bepaalde informatie (punten 33 tot 34, onderdeel B.1.3 Repliek), en (d) het ontbreken van concurrentie (punt 35, onderdeel B.1.4 Repliek).

a) Reële gevaar van inbreuk op legitieme commerciële belangen (eerste deel onderdeel B.1.1 en B.1.2)

20. Verzoeker stelt dat de informatie over de organisatie en de werking van het kartel niet onder de uitzondering kan vallen en uit het vermoeden dat indien een deel van de weggelaten passages gevoelige commerciële informatie bevat, dit betekent dat een ander deel géén dergelijke informatie bevat (punten 29 en 30 Repliek).

21. Zoals werd aangegeven in de discussie van het tweede en derde middel in het Verweerschrift (punten 99 tot 106 Verweerschrift), bereidt de Commissie een versie voor waarbij bepaalde passages betreffende de organisatie en de werking van het kartel worden vrijgegeven, alsook marges van cijfers (zie de voorlopige bijgewerkte versie in **Bijlage D.1**). Voor de overige passages geldt dat één of meerdere uitzonderingsgronden bestaan, waaronder het reële gevaar voor legitieme commerciële belangen.

b) Concrete toetsing (tweede deel onderdeel B.1.1 en B.1.2).

22. Verder blijft verzoeker bij de stelling dat belangen van ondernemingen die betrokken zijn in een kartel niet legitiem zouden zijn (punt 31 Repliek).

23. Zoals in het Verweerschrift aangegeven kan het niet zo zijn dat karteldeelnemers als dusdanig uitgesloten zijn van de bescherming van hun legitieme commerciële belangen, zij het dat deze bescherming niet geldt voor de beschrijving van de organisatie en werking van het kartel (vandaar de nieuwe voorlopige versie in **Bijlage D.1**).

c) Geen uitsluiting van bescherming van gedateerde informatie (onderdeel B.1.3)

24. Met betrekking tot de gedateerde informatie verwondert verzoeker zich doordat de Commissie gewezen heeft op de stabiele marktaandelen om te besluiten dat deze cijfers vertrouwelijk gebleven zijn en insinueert dat het kartel nog zou kunnen voortbestaan (punten 33 en 34 Repliek).
25. De Commissie heeft van haar kant geen uitspraken willen doen over het verder voortbestaan van het kartel, maar het feit blijft dat de marktaandelen vrij stabiel zijn gebleven. Zonder dat dit gegeven op zich een indicatie zou zijn van het voortbestaan van het kartel is het wel een relevant aspect bij de beoordeling van de gevoeligheid van de exacte cijfers ten overstaan van het publiek. Gezien de publieke toegankelijkheid het publiek in het algemeen betreft, en niet enkel de concurrenten die mee in het kartel betrokken waren, is het argument dat de karteldeelnemers elkaars' marktaandelen zouden gekend hebben (punt 34 Repliek), niet relevant.
26. Tenslotte, worden de marktaandelen in de nieuwe voorlopige versie (**Bijlage D.1**) door bandbreedtes weergegeven.

d) Ontbrekende concurrentie (onderdeel B.1.4)

27. De Nederlandse staat meent dat er geen reëel gevaar kon bestaan ten aanzien van de commerciële belangen aangezien alle leveranciers deelnamen aan het kartel (punt 35 Repliek).
28. Vooreerst herinnert de Commissie eraan dat niet alle bitumenleveranciers deelnemers waren (met name Esso werd niet weerhouden als deelnemer) en dat bij de afnemers al de kleine wegebouwers buiten het kartel zijn gebleven. Verder gaat deze argumentatie voorbij aan de omstandigheid dat ingeval van vrijgave derden uit het publiek toegang zouden bekomen tot de gevoelige informatie.

d) Tussenconclusie

29. Als tussenconclusie op dit sub-onderdeel, handhaaft de Commissie haar stelling dat in beginsel commerciële belangen bestaan in hoofde van de karteldeelnemers, dat deze belangen door de gevraagde publieke toegang tot de volledige (vertrouwelijke) versie van de kartelbeschikking zouden worden geschaad, en dat dit gevaar voorzienbaar is en dat er dus geen sprake kan zijn van een volledige uitsluiting van de bescherming wegens de

deelname aan een inbreuk, wegens de ouderdom van een deel van de gegevens, of wegens de uitwisseling van bepaalde gevoelige informatie tussen de karteldeelnemers.

1.2.1.2. Tweede sub-onderdeel: bescherming van inspecties, onderzoeken en audits (onderdeel B.2).

a) Algemene opmerkingen (onderdeel B.2.1)

30. Verzoeker stelt eerst dat een zeker⁷ onderscheid moet worden gemaakt tussen de onderliggende documenten uit het onderzoeksdossier (waarop het verzoek tot toegang niet slaat), en de weggelaten passages van de beschikking, die op deze documenten zijn gebaseerd (waarop het verzoek slaat) (punten 37 en 38 Repliek) en betwist verder dat de bescherming van inspecties, onderzoeken en audits kan slaan op toekomstige onderzoeken en dat het onderzoek *in casu* nog als “lopend” zou kunnen worden beschouwd (punten 39 tot 42 Repliek).
31. Ten eerste blijft de Commissie erbij dat toegang verlenen tot passages die letterlijke citaten bevatten uit de onderliggende documenten of in detail worden weergegeven wel degelijk in feite op hetzelfde neerkomt als toegang verlenen tot deze documenten zelf.
32. Ten tweede kan in principe niet uitgesloten worden dat het Gerecht of het Hof de beschikking vernietigt, niettegenstaande het verweer van de Commissie in de verschillende zaken ten gronde. In een dergelijk geval (dat de Commissie zichzelf uiteraard niet toewenst) zouden partijen waarvan het Gerecht of het Hof zou hebben beschouwd dat hen geen inbreuk ten laste zou kunnen worden gelegd zelfs schadevergoeding kunnen eisen wegens het publiek toegankelijk maken van belastende passages uit de (later vernietigde) beschikking. Verder bestaat de reële mogelijkheid dat de Commissie het onderzoek zou moeten hernemen met het oog op een nieuwe beschikking (voor voorbeelden, zie punt 65 Verweerschrift). Tot de einduitspraak kan het onderzoek dus als “lopend” worden beschouwd.
33. Bovendien meent de Commissie dat het gevaar ook kan slaan op toekomstige onderzoeken (zie punt 64 Verweerschrift).

⁷ Verzoeker erkent wel dat er eveneens een verband bestaat (punt 38 Repliek).

34. In dit verband blijft de Commissies erbij dat de verwijzing, naar analogie⁸, naar het arrest *My Travel*, waarbij inderdaad de duurtijd van andere uitzonderingsgronden ter discussie stond (punt 66 en voetnoot 29 Verweerschrift) (punt 42 Repliek), wel degelijk relevant kan zijn bij de beoordeling van de duurtijd van de bescherming van inspecties, onderzoeken en audits.

b) Antwoorden op verzoeken om inlichtingen en Inspectiedocumenten (onderdeel B.2.2.)

35. De argumentatie van verzoeker dat de verplichting te antwoorden op verzoeken om inlichtingen of zich te onderwerpen aan inspecties volstaat om de stelling van de Commissie te weerleggen (punten 43 tot 45 Repliek), getuigt naar de mening van de Commissie van enige wereldvreemdheid. Realistisch gezien is duidelijk te vrezzen dat de medewerking van de partijen bij verzoeken om inlichtingen of inspecties negatief zal worden beïnvloedt wanneer hen bekend is dat delen van de verzamelde informatie later mogelijk publiek toegankelijk wordt en tegen hen kan worden gebruikt in private schadevorderingen.
36. De Commissie heeft uitgebreid uiteengezet dat een harmonische uitlegging van de uitzonderingsregels van de Transparantieverordening met de mededingingsregels vergt dat de uitzonderingen zo moeten worden toegepast dat de publieke toegang de mededingingsregels niet mag uithollen of hun afdwinging niet mag ondermijnen, wat het geval zou zijn indien ingegaan zou worden op het verzoek van de Nederlandse staat.

c) Clementieregeling (onderdeel B.2.3)

37. Met betrekking tot de Clementieregeling gaat de Nederlandse staat voor een deel akkoord met het standpunt van de Commissie. Zo ziet verzoeker het clementieprogramma als een permanent “lopend” onderzoek, waarbij aanvaard kan worden dat potentiële clementieverzoekers zouden worden afgeschrikt indien in de toekomst de door hen verstrekte informatie zou worden vrijgegeven (punt 46 Repliek). Maar toch blijft verzoeker weigeren om hieraan de passende gevolgtrekkingen te verbinden (punten 47 tot 51 Repliek).

⁸ Dat deze verwijzing naar analogie wordt gedaan blijkt uit de verwijzing: “Vergelijk zaak T-403/05 ...” (voetnoot 29 Verweerschrift).

38. Voor de toegankelijkheid van informatie die rechtstreeks is verkregen door de clementieregeling (te weten de clementieaanvraag en de daarbij gevoegde documenten alsook later door de clementieaanvrager toegezonden documenten of verklaringen) aanvaardt verzoeker dat een afschrikkende werking steeds zal bestaan, en dus een weigeringgrond zal bestaan (punt 48 Repliek). De Commissie is het in grote lijnen eens met dat deel van het standpunt van verzoeker, zij het dat de Commissie hierbij niet van een automatische weigeringgrond uitgaat, maar na een concrete toetsing heeft overwogen dat een dergelijk gevaar bestond. Bijgevolg zijn de letterlijke citaten uit clementieverklaringen en -documenten weggelaten uit de publieke versie van de beschikking, en eveneens niet opgenomen in de nieuwe versie (**Bijlage D.1**).
39. Voor informatie die indirect werd verkregen op grond van het clementieprogramma, past verzoeker zijn standpunt enigszins aan, door nu aan te geven dat een weigeringgrond niet automatisch voorligt, maar evenmin is uitgesloten (punt 48 Repliek, anders dan punt 59 Verzoekschrift). Welnu, gezien de Commissie er niet automatisch van uitgaat dat de openbaarmaking de toekomstige onderzoeken schaadt, maar na een concrete toetsing tot het besluit is gekomen dat dergelijke schade zich zal voordoen bij vrijgave van informatie die indirect werd verkregen op grond van het clementieprogramma, geldt *in casu* deze weigeringgrond. Dit betekent dat bijvoorbeeld bepaalde inspectiedocumenten of antwoorden op verzoeken om inlichtingen die indirect werden verkregen op grond van het clementieprogramma, ook buiten de publieke versie van de beschikking kunnen blijven, omdat er een gevaar bestaat dat een toekomstige clementieaanvrager reëel zou worden afgeschrikt om een bepaald document mede te delen, indien exact dezelfde informatie, die door zijn toedoen bij een andere karteldeelnemer werd verkregen door een inspectie of een verzoek om inlichtingen, zou worden vrijgegeven. Logisch gezien zou verzoeker dit moeten aanvaarden. Overigens is op te merken dat in de nieuwe voorlopige versie een aantal passages werd toegevoegd met relevante informatie over de werking van het kartel, maar waardoor de directe of indirecte clementiedocumenten werden beschermd (zie **Bijlage D.1**).
40. Ook erkent verzoeker nu dat ook voor onsuccesvolle clementiedocumenten de weigeringgrond kan gelden (punten 49 en 51 Repliek).
41. Voor wat betreft informatie die vrijwillig werd gegeven in een antwoord op een verzoek om inlichtingen (meer dan het gevraagde of antwoorden op vragen waarop antwoord niet

verplicht was) is het standpunt van verzoeker onduidelijk (punt 50 Repliek). De Commissie is de mening toegedaan dat ook voor dergelijke vormen van vrijwillige samenwerking (die niet noodzakelijk strikt binnen de clementieregeling valt) toegankelijkheid een afschrikkende werking zou hebben.

42. De Commissie is dan ook van mening dat er een onderzoeksbelang bestaat om de clementieregeling te beschermen, dat toegang tot uitgebreide citaten uit directe of indirecte clementiedocumenten dit belang concreet en daadwerkelijk zou schaden, en dat dit gevaar redelijkerwijs voorzienbaar is. Derhalve is aan de voorwaarden voldaan om de toegang te weigeren.

d) Namen en functies van werknemers (aspect onderzoeksbelang) (onderdeel B.2.4).

43. Voor de toepassing van de uitzonderinggrond van de bescherming van inspecties, onderzoeken en audits op de namen van individuen verdedigt verzoeker hetzelfde onderscheid als tussen clementiedocumenten en de andere documenten uit het onderzoeksdossier (punten 52 en 53 Repliek). Voor namen die door de clementieaanvragers werden meegedeeld zou geen toegang worden verleend, terwijl de namen die door andere onderzoeksmiddelen werden verkregen (inspecties, verzoeken om inlichtingen) toegankelijkheid zou gelden.
44. Dit betekent alvast dat het weglaten van een deel van de namen niet langer betwist wordt (clementienamen)
45. Voor de overige namen kan de Commissie de argumentatie niet volgen. Ten eerste kan het risico dat er een strafrechtelijke dimensie is niet worden uitgesloten, aangezien er in Nederland wel degelijk wordt overwogen om strafrechtelijke vervolging en andere sancties in te voeren voor mededingingsinbreuken. Bovendien kan niet betwist worden dat de betrokken personen civielrechtelijk of anders (carrière mogelijkheden) nadelige gevolgen kunnen vrezen. Wanneer de betrokkenen weten dat de namen vrijgegeven zullen worden zullen ze in de toekomst minder geneigd zijn namen te noemen of om zich te verzetten tegen onderzoeksdaden waarbij de namen in het onderzoeksdossier zouden terechtkomen. Bijgevolg bestaan er bijkomende gronden om ook buiten de clementieregeling de namen van personen weg te laten uit de publiek toegankelijke versie.

d) tussenconclusie (onderdeel B.2.5)

46. Als tussenconclusie op dit sub-onderdeel, handhaaft de Commissie dat in beginsel een onderzoeksbelang bestaat, dat dit belang door de gevraagde publieke toegang tot de volledige (vertrouwelijke) versie van de kartelbeschikking zou worden geschaad, en dat dit gevaar voorzienbaar is. Dit onderzoeksbelang geldt zowel voor de weergave van inspectiedocumenten en antwoorden op verzoeken om inlichtingen, voor documenten die direct of indirect in verband staan met de clementieregeling, alsook voor de directe of indirecte vrijgave van de namen van de personen.

1.2.1.3. Derde sub-onderdeel: de afweging van een hoger openbaar belang tot vrijgave (onderdeel B.3)

47. Bij de discussie over de afweging van een hoger openbaar belang acht verzoeker het nodig een aantal evidenties te herhalen, maar daarnaast worden ook betwistbare stellingen geponeerd (punten 55 tot 63 Repliek).
48. Uiteraard kan de Commissie niet betwisten dat er geen hoger openbaar belang nodig is om in beginsel een recht op toegang te hebben, of dat toegang ook kan worden verkregen met het oog op een private procedure (eerste stap van de redenering, punt 56 Repliek).
49. Ook bij de beoordeling van de uitzonderinggronden is het voorgenomen gebruik voor een private schadeprocedure niet relevant (tweede stap, punt 57 Repliek). Wel is het zo dat als uitzonderinggronden zowel private commerciële belangen van derden als openbare belangen van de bescherming van inspecties kunnen spelen. Hierbij vergt een harmonische interpretatie van de transparantieregels met de mededingingsregels dat de openbare inspectiebelangen alsook het gewettigd vertrouwen van private partijen (waarvan overigens een deel op vrijwillige basis de Commissie hebben geholpen in het kader van de clementieregeling) dat hun commerciële belangen zullen worden beschermd, moeten worden gerespecteerd bij de toepassing van deze uitzonderinggronden (zie hoger).
50. Waar verzoeker niet kan worden gevolgd, is waar wordt bepleit dat, indien een uitzonderinggrond voorligt, de mogelijke schadevordering van de lokale besturen, als ultieme opdrachtgever van wegenwerken, wegens de kartelinbreuken, een hoger openbaar belang zou zijn op grond waarvan documenten alsnog toegankelijk zouden moeten worden gemaakt (derde stap, punten 58 tot 63 Repliek).

51. Zelfs indien een schadelijder van een kartelinbreuk een openbaar bestuur is (lokaal, nationaal of zelfs supranationaal) blijft de compensatie van de schade een zuiver privaat karakter hebben, niettegenstaande de openbare financiële implicaties (compensatie voor verlies van geld van de belastingbetaler). De betwisting van de relevantie van het *My Travel* arrest kan niet overtuigen. Uiteraard kan het zo zijn dat ook wanneer private belangen op het spel staan, er een hoger openbaar belang bestaat tot openbaarmaking, maar uit deze uitspraak volgt wel dat het hoger belang een objectief en algemeen belang dient te zijn, dat niet met privébelangen kan worden verward.
52. Met andere woorden, het feit dat de Nederlandse overheden een belang hebben bij schadevergoeding sluit op zich niet uit dat er elders een hoger algemeen belang zou bestaan, maar kan op zich niet een dergelijk hoger belang uitmaken. Het standpunt van de Nederlandse staat komt erop neer dat de private belangen van de overheid hoger zouden zijn dan deze van andere kartelslachtoffers.
53. Toegepast op de betwiste weigering (zie punt 60 Repliek), merkt de Commissie op dat de intentie de informatie te gebruiken in een civiele procedure geen reden was om elk recht op toegang te weigeren (eerste stap), noch om automatisch de uitzonderinggronden toe te passen (tweede stap), maar eens de uitzonderinggronden toepasselijk werden bevonden, heeft de Commissie niet geoordeeld dat deze omstandigheid een hoger openbaar belang aantoont om de uitzonderinggronden desondanks niet toe te passen en alsnog toegang te verlenen (derde stap).
54. Het verband tussen de slachtofferpositie van Nederlandse locale of nationale besturen en de publieke taak om weginfrastructuur in stand te houden (punt 62 Repliek) is veel te verre gaand en te indirect om te gelden als hoger belang op openbaarmaking. Het is niet doordat deze overheden al dan niet succesvol zullen zijn in een schadeprocedure dat de publieke weginfrastructuur zal worden beïnvloed. Er kan immers van worden, uitgegaan dat deze overheden hun infrastructuur passend zullen onderhouden en uitbreiden, zonder afhankelijk te zijn van een schadevordering.
55. Tenslotte op dit punt wil de Commissie benadrukken dat *in casu* de niet vertrouwelijke versie van de kartelbeschikking, en zeker de nieuwe voorlopige versie hiervan (**Bijlage D.1**) gegevens bevat die zeer nuttig kunnen zijn voor de Nederlandse staat of haar locale besturen, met name om het bestaan en de duurtijd van de inbreuk te bewijzen, waardoor

in essentie nog de schade en het causaal verband te bewijzen is. De indruk dat de niet vertrouwelijke versie waardeloos zou zijn komt niet overeen met de werkelijkheid.

56. Betreffende andere hogere belangen (punt 63 Repliek) volstaat het erop te wijzen dat reeds in het Verweerschrift werd aangegeven dat het bestaan van de mogelijkheid (derhalve het instrument als zodanig) van schadevergoedingsacties in het algemeen wel een doelstelling is waaraan de Commissie belang hecht, maar dat dit geen hoger belang tot toegang impliceert (punt 86 Verweerschrift).

1.2.2. Tweede onderdeel betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van individuen

57. Verzoeker betwist de relevantie van de vraag of de betrokken personen informanten zijn (punt 64 Repliek). Uiteraard is het juist dat niet enkel informanten hun persoonlijke levenssfeer beschermd zien, maar de rechtspraak inzake de geheimhouding van de namen van informanten (zie punt 92 Verweerschrift), die dateert van voor de Transparantieverordening, is wel een belangrijke illustratie van het belang dat de rechtspraak hecht aan de bescherming van persoonlijke belangen van individuen. Voorts verwijst verzoeker, naar het lijkt, naar een verkeerde uitspraak *Bavarian Lager* (T-309/97 betreffende de toegang tot het met redenen omkleed advies, daar waar wellicht T-194/04 werd bedoeld dat betrekking heeft op de namen van de deelnemers aan een vergadering) (punt 65 Repliek). In elk geval blijven belangrijke verschillen, met name dat de *Bavarian Lager*⁹ zaak betrekking had op de deelnemers aan een vergadering van de Commissie waaraan werd deelgenomen door vertegenwoordigers van het diensten van de Commissie, van een ministerie een lidstaat en een confederatie van brouwers. Bovendien had de vraag betrekking op de lijst van namen in een proces-verbaal van deze vergadering, waarbij voor de tussenkomsten in de tekst van het proces verbaal werd verwezen naar de entiteiten namens welke deze personen aan de vergadering hebben deelgenomen, en niet de natuurlijke personen zelf. Onder meer op grond hiervan heeft het Gerecht geoordeeld dat de transparantie moest worden gevrijwaard. *In casu* daarentegen kunnen de de personen die namens ondernemingen bepaalde (verboden) handelingen hebben gesteld, persoonlijk worden geïdentificeerd voor specifieke

⁹ Arrest van het Gerecht van 8 november 2007, *The Bavarian Lager Co. Ltd tegen Commissie*, Zaak T-194/04, Jurispr. 2007 blz. II-04523, punt 121.

handelingen. De Commissie blijft erbij blijft dat *Bavarian Lager* geen uitsluitel geeft voor dit punt in onderhavige zaak.

58. De interpretatie die de Nederlandse staat geeft aan de uitzonderinggrond (punten 68 en 72 Repliek) komt erop neer deze bijna volledig uit te hollen, daar enerzijds ondernemingen in het geheel uitgesloten worden en anderzijds schade aan de individuen niet beschermd wordt wanneer zij deelnamen aan kartelbijekomsten als vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen.
59. In tegenstelling tot de mening van verzoeker (punt 69 Repliek) meent de Commissie dat er wel degelijk een reëel gevaar voor représailles kan bestaan bij vrijgave van de namen van individuen. Gelet op het risico dat de carrièremogelijkheden van de betrokken personen ernstig zouden kunnen worden aangetast wanneer hun betrokkenheid bij een kartel (als “overtreders”) of hun betrokkenheid bij een clementieprogramma (als “verraders”) naar buiten zou worden gebracht, mag worden aangenomen dat de vrijgave van deze namen de persoonlijke levenssfeer aantast. Dat deze personen hierbij hun werkgever vertegenwoordigden doet hieraan niets af.
60. Verzoeker wijst erop dat er geen strafrechterlijke vervolging aan de orde is in Nederland, doch dat er wel een mogelijkheid bestaat van persoonlijke civiele aansprakelijkheid (punten 70 en 71 Repliek). Er werd reeds op gewezen dat strafbaarstelling toch wel overwogen wordt in Nederland en mogelijks reeds bestaat onder gemeenrechtelijke kwalificaties op dezelfde feiten (bijvoorbeeld bij een kartel van vervalsing van aanbestedingen kunnen de feiten ook gekwalificeerd worden als valsheid in geschrifte). Op basis van informatie uit de pers blijkt overigens dat er in Nederland vervolgingen (al dan niet strafrechterlijk) zijn ingesteld tegen deelnemers aan de bouwfraude. Tegen deze achtergrond hebben in het Bitumendossier de betrokkenen ondernemingen dan ook met stelligheid aangedrongen op de geheimhouding van de namen van hun personeelsleden om ze te vrijwaren van (bijkomende) vervolging in parallelle onderzoeken¹⁰, en dit werd

¹⁰ Zo heeft bijvoorbeeld één van de betrokken bitumenleveranciers zich als volgt geuit op dit punt : “[...] is concerned to ensure that the identities of those employees who participated in the infringement are kept confidential. [...] considers strongly that to disclose these identities publicly would prejudice the individuals' future employment prospects, ability to deal with customers and potentially expose certain individuals to criminal sanctions. In addition, [...] considers that it has a duty of care to its employees, in relation to the investigation and should seek anonymity on their employees' behalf. Also, [...] would note that as regards public access to Commission documents as stated in Regulation EC 1049/2001 Article 4, "the institution

door de Commissie *de facto* aanvaard door daarop deze namen weg te laten uit de publieke versie. Ook dit is een verschil met *Bavarian Lager*.

61. Verzoeker spreekt zich ook tegen door eerst te stellen dat de personen niets te vrezen hebben omdat zij optraden als vertegenwoordigers van een onderneming, en vervolgens aan te geven dat de betrokkenen toch persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld (punten 69 en 71 Repliek). Wat betreft de rechten van verdediging is de houding van verzoeker merkwaardig (punt 73 Repliek). Enerzijds had de Commissie hun belang dat hun namen niet worden vrijgegeven moeten terzijdeschuiven (zonder ze zelfs de horen), maar anderzijds zou ervan moeten uitgegaan worden dat de nationale rechter deze rechten zal kunnen vrijwaren. Welnu, indien de schade reputatieschade betreft, ziet de Commissie niet in hoe de rechten van de individuen zouden worden gevrijwaard doordat ze later hun rechten van verdediging in eventuele latere schadegechillen kunnen laten gelden.
62. De Nederlandse staat betwist niet dat er geen enkel belang bestaat om de namen van individuen te kennen maar beperkt zich ertoe te herinneren dat het belang geen voorwaarde is voor een aanvraag (punt 74 Repliek).
63. Tenslotte, voor wat betreft de verplichtingen voor de Commissie die voortvloeien uit Verordening 45/2001¹¹ inzake de bescherming van persoonsgegevens (punt 75 Dupliek) volstaat op te merken dat het de bepalingen van deze verordening in toepasselijk zijn op de Instellingen, waaronder de Commissie, wanneer persoonsgegevens worden verwerkt (artikel 3). In de *Bank Austria* zaak heeft het Gerecht bevestigd dat de raadsadviseur-auditeur deze verordening moet naleven bij zijn beslissingen inzake publicatie¹². Deze verordening bepaalt dat de verwerking van persoonsgegevens adequaat, terzake dienend en niet buitensporig moet zijn, voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en

shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of ... (b) privacy and the integrity of the individual...".

¹¹ Verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, PB L 8 van 12 januari 2001, blz. 1.

¹² Arrest van het Gerecht van 30 mei 2006, *Bank Austria Creditanstalt AG tegen Commissie*, Zaak T-198/03, Jurispr. 2006 blz. II-1429, punt 33.

gerechtvaardigde doeleinden moet worden gebruikt en er waarborgen moeten zijn dat de gegevens niet voor andere doeleinden zullen worden verwerkt. Gezien artikel 28 Verordening 1/2003¹³ expliciet het gebruik beperkt van gegevens, waaronder persoonsgegevens, verkregen door de Commissie tot “*het doel waarvoor zij zijn ingewonnen*”, gaat de verwerking door openbaarmaking tegen de artikelen 4, eerste lid, sub a, 5 en 6 Verordening 45/2001.

1.2.3. Derde onderdeel betreffende de duur van de bescherming

64. Verzoeker voert geen andere argumenten aan dan in het eerste onderdeel (punt 77 Repliek).

1.2.4. Conclusie betreffende het eerste middel.

65. Ingevolge deze beschouwingen handhaaft de Commissie haar standpunt dat het eerste middel, in al haar onderdelen, dient te worden verworpen.

1.3. Tweede middel betreffende gedeeltelijke toegankelijkheid

66. In het tweede middel betoogde verzoeker dat de Commissie een ruimere gedeeltelijke toegang had moeten verlenen (punten 78 tot 81 Verzoekschrift).
67. Zoals aangegeven is de Commissie, in het kader van de praktijk inzake de publicatie van kartelbeschikkingen in het algemeen, de mogelijkheid aan het onderzoeken een uitgebreidere versie van de beschikking publiek toegankelijk te maken (punt 101 Verweerschrift), zodat het tweede middel zonder voorwerp zal worden.
68. Tot spijt van de Commissie is de opstelling van deze nieuwe versie nog niet geheel afgerond, met name doordat de betrokken ondernemingen in de gelegenheid dienden te worden gesteld daarop te reageren. De Commissie biedt haar verontschuldiging aan voor deze vertraging, maar een voorlopige, nieuwe publieke versie, die reeds aanzienlijk ruimere toegang verschaft dan de oorspronkelijke publieke versie, is in bijlage gevoegd in de Engelse taal (**Bijlage D.1**). Zodra de laatste punten zijn beslecht, en de Nederlandstalige versie eveneens zal zijn bijgewerkt, zal de Commissie de Nederlandse staat een definitieve versie doen toekomen en deze ook op het internet publiceren.

¹³ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L 1 van 4 januari 2003, blz. 1.

69. Hierdoor wordt het tweede middel, alsook delen van de andere middelen, zonder voorwerp.

1.4. Derde middel betreffende het proportionaliteitsbeginsel en toegankelijkheid tot bandbreedtes van marktaandelen

70. In het derde middel stelde verzoekster dat de Commissie bandbreedtes voor de marktaandelen (als gangbaar in de gepubliceerde versies van concentratiebeschikkingen) had moeten opnemen, om op een proportionele wijze de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens te waarborgen (punten 82 en 83 Verzoekschrift).

71. De Commissie heeft aangegeven dat ze in het kader van de praktijk inzake de publicatie van kartelbeschikkingen de mogelijkheid om een versie met bandbreedtes publiek toegankelijk te maken, heeft onderzocht, en tot de conclusie is gekomen dat voor een aantal cijfergegevens een bandbreedte kan worden vrijgegeven (punt 105 Verweerschrift), waardoor het derde middel zonder voorwerp zou worden.

72. Door de vertraging bij de opstelling van deze nieuwe versie, is vooralsnog slechts een voorlopige versie beschikbaar, waarbij bandbreedtes worden gebruikt (**Bijlage D.1**). Zodra de laatste punten zijn beslecht, zal de Commissie de Nederlandse Staat een finale versie laten geworden en deze publiceren. Hierdoor wordt het derde middel, alsook delen van de andere middelen, zonder voorwerp.

73. Waar de Commissie verzoeker niet kan volgen, is daar waar deze in het kader van het proportionaliteitsbeginsel ingeroepen in het derde middel, toch nog om openbaarmaking van de exacte marktaandelen verzoekt (punt 80 Repliek).

1.5. Vierde middel betreffende de motiveringsplicht.

74. Met betrekking tot het vierde middel komt de Nederlandse Staat niet terug op de motivering van de vertrouwelijkheid van de voetnoten bij overwegingen 4 tot 6 van de Bitumenbeschikking (punten 108 en 109 Verweerschrift).

75. Wat betreft het risico dat een gedetailleerde motivering met betrekking tot de concrete inhoud van de specifieke onderdelen van het document zou leiden tot openbaarmaking van die inhoud en daarmee het doel van de uitzonderingsgrond teniet zou doen (punten 110 tot 112 Verweerschrift en punt 81 Repliek), beperkt verzoeker zich ertoe te

betwisten dat de Commissie de concrete toetsing heeft verricht, hetgeen geen nadere motivering van de kant van de Commissie behoeft.

76. Bijgevolg blijft de Commissie bij haar standpunt dat het vierde middel dient te worden verworpen.

1.6. Vijfde middel betreffende het samenwerkingsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

77. Verzoeker blijft erbij dat om het primaire recht niet te schenden de Commissie bij de toepassing van Verordening 1049/2001 ambtshalve had moeten onderzoeken of geen toegang diende te worden verleend op grond van artikel 10 EG (punten 82 tot 86 Repliek).

78. De Commissie deelt dit standpunt niet .

79. Verzoeker gaat voorbij aan het fundamentele verschil tussen de (wederzijdse) samenwerkingsplicht tussen lidstaten en gemeenschapsinstellingen (die beperkt is) en de verhoudingen tussen de gemeenschapsinstellingen en het publiek. Zoals aangegeven (punt 3 Repliek) heeft de Nederlandse staat ervoor gekozen om een verzoek op grond van de Transparantieverordening in te dienen, en niet op grond van de samenwerkingsplicht. Dan moet verzoeker zich aan deze keuze houden, en de gevolgen ervan aanvaarden. Enerzijds is bij de toepassing van de Transparantieverordening niet vereist dat een verzoeker zijn belang bij de gevraagde informatie aantoont en kunnen de op grond van deze verordening verkregen documenten voor elk doel worden gebruikt (en kan na een eerste toegankelijkheidsverlening elke andere aanvrager zonder meer hetzelfde document verkrijgen), maar anderzijds bestaan er een aantal uitzonderinggronden.

80. Indien de Nederlandse staat een verzoek op grond van de samenwerkingsplicht had gericht zoals voorzien in artikel 10 EG (hetzij als overheid, hetzij door toedoen van een gerechtelijke autoriteit¹⁴), zouden de weigeringgronden beperkter zijn, maar zouden er anderzijds beperkingen bestaan bij het gebruik van de aldus verkregen documenten.

¹⁴ Beschikkingen van het Hof van 13 juli en 6 december 1990, J. J. Zwartveld e.a., Zaak C-2/88 Imm., Jurispr. 1990 blz. I-3365 en I-4405.

81. Door beide gronden te vermengen, zoals verzoeker doet (zie punt 86 Repliek), ontstaat er een onhoudbare situatie, doordat enerzijds op grond van artikel 10 EG de Commissie documenten aan de Nederlandse staat zou vrijgeven die niet publiek toegankelijk mogen worden gemaakt, terwijl meteen éénieder hetzelfde document zou kunnen opvragen en bekomen bij toepassing van Verordening 1049/2001. Dit is niet consistent en zou erop neerkomen dat de uitzonderinggronden teniet zouden worden gedaan telkens wanneer een lidstaat om toegang tot een document verzoekt op grond van eigen rechten. Dit kan nooit de bedoeling van een wederzijdse loyale samenwerking zijn zoals voorzien door artikel 10 EG.
82. Bijgevolg blijft de Commissie bij haar standpunt dat het vijfde middel onontvankelijk dan wel in elk geval ongegrond is.

CONCLUSIE

Om deze redenen handhaaft de Commissie haar verzoek aan het Gerecht om:

1. het beroep af te wijzen,
2. verzoeker te veroordelen tot de kosten.

10.2.e

10.2.e

Gemachtigden van de Commissie

STAAT VAN DE DOOR DE COMMISSIE NEERGELEGDE STUKKEN

D.1. Voorlopige Engelse versie van de nieuwe niet-vertrouwelijke versie van de Beschikking van de Commissie van 16 september 2006 inzake het Bitumenkartel (C(2006)4090def., Zaak nr. COMP/38.456-Bitumen-NL),

vermeld in punten 21, 23, 26, 38, 39, 55, 68 en 72

Bijlage D.1



Ministerie van Economische Zaken
T.a. 10.2.e
Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

L / 204

Indien dienst gaarne retour aan:
Registratuur en Dynamisch Archief

10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: woensdag 25 februari 2009 19:37
Aan: 10.2.e
CC: 10.2.e
Onderwerp: FW: Bitumen repleik def
Bijlagen: C380-080001.pdf

Beste 10.2.e

Bijgevoegd tref je de definitieve versie aan van de Memorie van Repleik zoals ingediend bij de griffie.

Heel veel dank voor alle hulp en inzet!

De reis naar Luxemburg kun je alvast gaan inboeken....

Met vriendelijke groet,

10.2.e



Directie Juridische Zaken

Afdeling Europees Recht

DJZ/ER 405/08

Betekeningadres:

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Directie Juridische Zaken

Afdeling Europees Recht

10.2.e

Postbus 20061

2500 EB 's-Gravenhage

Nederland

Aan:

het Gerecht van Eerste

Aanleg van de

Europese Gemeenschappen

te Luxemburg

Betekening per fax aan +31 70 348 55 22

MEMORIE VAN REPLIEK

in de zaak T-380/08

van

HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN

te dezer zake vertegenwoordigd door **10.2.e** respectievelijk
hoofd en medewerkster van de Afdeling Europees recht van het Ministerie van Buitenlandse
Zaken te 's-Gravenhage
gericht tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen

(hierna: Commissie)

betreffende het verzoek van Nederland tot nietigverklaring van de beschikking van de
Commissie van 30 juni 2008 met als kenmerk SG.E3/MV/psi D(2008)5364 (bijlage 1 bij het
verzoekschrift. Hierna: de bestreden beschikking).



Naar aanleiding van het verweerschrift van de Commissie wenst de Nederlandse regering in aanvulling op het Verzoekschrift de volgende opmerkingen te maken.

I. Middelen

Algemene opmerkingen

Wijze van interpretatie van Verordening 1049/2001

1. De Commissie en de Nederlandse regering zijn het eens over het centrale thema in deze zaak. Deze is openbaarheid in mededingingszaken.¹ De Commissie en de Nederlandse regering zijn het ook eens over het gegeven, dat hierbij verschillende belangen een rol spelen. De Commissie noemt de effectiviteit van het gemeenschapsrecht, de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de rechten van derden, zoals het recht op bescherming van vertrouwelijke informatie.² De Nederlandse regering heeft eveneens gewezen op het belang van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en heeft voorts gewezen op het belang van transparantie en het fundamentele recht op toegang tot documenten (artikel 255 EG en artikel 1 EU) en het belang van een effectieve rechtsbescherming tegen schendingen van het gemeenschapsrecht.³ Tot slot heeft de Nederlandse regering gewezen op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en, in dit geval, de noodzaak van het gebruik van privaatrechtelijke handhaving ter behartiging van het publieke belang van het vorderen van schade die de Nederlandse staat (en derhalve de staatskas) heeft geleden door het kartel⁴.
2. Wat de Commissie echter uit het oog lijkt te verliezen, en dit vormt het principiële punt van verschil tussen partijen, is dat het belang van de publieke handhaving van het mededingingsrecht geen vrijbrief is om de toepassingsvereisten van (de uitzonderingen van) Verordening 1049/2001 buiten beschouwing te laten.

¹ Punten 4 en 31 Verweerschrift.

² Punt 33 Verweerschrift.

³ Punt 20 Verzoekschrift.

⁴ Punt 21 Verzoekschrift



3. Naar de mening van de Nederlandse regering kan de vraag of de Commissie terecht toegang tot de gevraagde informatie heeft geweigerd, alleen worden beantwoord op basis van Verordening 1049/2001. Relevant hierbij is, dat de communautaire wetgever bij Verordening 1049/2001 de fundamentele keuze heeft gemaakt om als uitgangspunt de toegang tot informatie te laten gelden. Dit betekent, dat er op voorhand een keuze is gemaakt om het belang van transparantie zwaar te laten wegen. Hetgeen niet betekent, dat andere belangen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Verordening 1049/2001 houdt immers expliciet rekening met andere (algemene en particuliere) belangen. Deze belangen heeft de communautaire wetgever echter verdisconteerd in de bij Verordening 1049/2001 voorziene uitzonderingen op het recht van toegang.

Gewezen wordt op punt 11 uit de preambule:

“(11) In beginsel dienen alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk te zijn. Dit neemt niet weg dat de bescherming van bepaalde openbare en particuliere belangen door een uitzonderingenregeling dient te worden gewaarborgd. De instellingen dienen het recht te hebben om hun interne raadplegingen en beraadslagingen te beschermen, wanneer dat voor het behoud van hun vermogen om hun taken uit te voeren, noodzakelijk is. Bij het beoordelen van de uitzonderingen dienen de instellingen rekening te houden met de beginselen van de communautaire wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens, op alle terreinen van de activiteiten van de Unie.”

4. De belangen die door de Commissie worden ingeroepen, kunnen dus alleen binnen de grenzen van de bij Verordening 1049/2001 voorziene uitzonderingen worden meegenomen. De Commissie lijkt zich hier ook van bewust te zijn, ze spreekt immers steeds van de wijze waarop Verordening 1049/2001 (“harmonisch”) moet worden geïnterpreteerd en ze erkent dat de materie binnen de werkingssfeer van Verordening 1049/2001 valt⁵. Echter het resultaat van de door de Commissie voorgestelde interpretatie is, dat voor informatie met betrekking tot kartelzaken een ander regime zou gelden. Illustratief voor de zienswijze van de Commissie is de algemene stelling, dat de uitzonderingsgronden niet op zodanige wijze kunnen worden geïnterpreteerd dat deze

⁵ Punt 34 en 69 Verweerschrift.



de effectiviteit van mededingingsregels ondermijnen.⁶ Dit suggereert, dat het belang van effectiviteit van mededingingsrecht te allen tijde prevaleert. Deze benadering past niet in het systeem van Verordening 1049/2001 dat uitgaat van een stelsel van limitatieve weigeringsgronden, waarbij per concreet geval moet worden onderzocht of voldaan is aan de vereisten voor weigering.

5. De Commissie leunt zwaar op het arrest *My Travel Group* (arrest Gerecht van 9 september 2008, *My Travel Group*, T-403/05, n.n.g.).⁷ Dit is opvallend, omdat het door de Nederlandse regering voorgestelde toetsingskader juist naadloos aansluit op het arrest *My Travel Group*. Zo wordt in de inleidende opmerkingen van het arrest expliciet overwogen, dat een weigeringsbesluit slechts geldig is, indien het berust op een van de uitzonderingen waarin artikel 4 van Verordening 1049/2001 voorziet (*My Travel Group*, punt 31). Verder wordt in diezelfde inleidende opmerkingen bevestigd, dat Verordening 1049/2001 ertoe strekt om het publiek een zo ruim mogelijke toegang tot documenten te verlenen en dat uitzonderingen op dit recht strikt moeten worden uitgelegd en toegepast (*My Travel Group*, punt 32). Tot slot wordt in het arrest herhaald, dat de toepassing van een uitzonderingsgrond slechts gerechtvaardigd is indien het te beschermen belang binnen de werkingssfeer van een uitzonderingsgrond valt en

"33. (...) indien de instelling vooraf heeft beoordeeld, ten eerste, of de toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het beschermde belang en, ten tweede, of in de in artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde gevallen geen hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt. Bovendien moet het gevaar van afbreuk aan een beschermd belang redelijkerwijze voorzienbaar zijn en mag het niet louter hypothetisch zijn. Dit onderzoek moet tot uitdrukking komen in de motivering van het besluit (arrest Gerecht van 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/Commissie, T-2/03, Jurispr. blz. II-1121, punt 69)". De hierboven genoemde uitgangspunten komen ook terug in de wijze waarop het Gerecht het beroep heeft getoetst.

⁶ Punt 36, laatste zin en punt 44, laatste zin en punt 46 Verweerschrift.

⁷ Punt 32 en 66 Verweerschrift.



6. Volgens de Commissie kan uit het arrest *My Travel Group* (My Travel Group, reeds aangehaald, punt 49) worden afgeleid dat het transparantiebeginsel in mededingingszaken minder zwaar weegt dan in zaken waarin de Commissie als wetgever optreedt. Het is juist dat het Gerecht in punt 49 van het arrest *My Travel Group* heeft geoordeeld dat het transparantiebeginsel niet even zwaar weegt met betrekking tot documenten die zijn opgesteld in het kader van een administratieve procedure als met betrekking tot documenten betreffende een procedure waarin de betreffende instelling optreedt als wetgever. Het Gerecht heeft hier echter niet het gevolg aan verbonden dat dit soort documenten buiten de werkingssfeer van Verordening 1049/2001 vallen.⁸ Evenmin leidt deze vaststelling ertoe dat de toepassingsvereisten van de uitzonderingen zoals hierboven weergegeven in punt 5 niet meer gelden. Dit blijkt ook uit het onderzoek van het Gerecht (My Travel Group, reeds aangehaald, zie bijvoorbeeld punt 44, 50, 54 en 68).
7. Overigens is het maar de vraag of punt 49 van het arrest *My Travel Group* zonder meer kan worden toegepast in de onderhavige zaak. Immers, zoals de Commissie zelf ook al opmerkt, ging het in punt 49 om de bescherming van het besluitvormingsproces van de Commissie ter voorbereiding van een eventueel in te stellen beroep, waarbij de verzoekende onderneming zelf partij zou zijn geweest. In de onderhavige zaak gaat het om de bescherming van commerciële belangen en bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits. Deze laatst genoemde grond komt eveneens terug in het arrest *My Travel Group* (My Travel Group, reeds aangehaald, punten 71 ev.). In deze context wordt evenwel niet verwezen naar punt 49 van hetzelfde arrest.
8. Tot slot wijst de Nederlandse regering op het voorstel van de Commissie tot aanpassing van Verordening 1049/2001 (COM (2008) 229 final). De Commissie heeft hier voorgesteld om aan artikel 2 getiteld “beneficiaries and scope” een zesde lid toe te voegen die luidt als volgt:
- “6. *Without prejudice to specific rights of access for interested parties established by*

⁸ Dit lijkt de Commissie zelf ook te erkennen in punt 34.



EC law, documents forming part of the administrative file of an investigation or of proceedings concerning an act of individual scope shall not be accessible to the public until the investigation has been closed or the act has become definitive. Documents containing information gathered or obtained from natural or legal persons by an institution in the framework of such investigations shall not be accessible to the public. (onderstreping door gemachtigden)”

9. Het voorgestelde zesde lid sluit derhalve bepaalde informatie uit van de werkingssfeer van Verordening 1049/2001. Het gaat om een tijdelijke en een permanente uitsluitingsgrond. De tijdelijke grond ziet op alle onderzoeksdocumenten en is alleen gedurende het onderzoek van toepassing. De permanente uitsluitingsgrond (onderstreept weergegeven in punt 8 hierboven) heeft betrekking op de onderzoeksdocumenten die informatie over natuurlijke of rechtspersonen bevatten en is ook na afloop van het onderzoek van toepassing.

10. Hieruit kan worden afgeleid, dat ook de Commissie zich er van bewust is dat de huidige stand van het recht geen mogelijkheid biedt om informatie uit mededingingszaken te onttrekken aan Verordening 1049/2001, en dat haar benadering in de onderhavige zaak een aanpassing van Verordening 1049/2001 vergt. De Nederlandse regering krijgt dan ook stellig de indruk dat de Commissie in de onderhavige zaak al vooruit loopt op de permanente uitsluitingsgrond uit haar eigen voorstel.

Verwijzingen naar vertrouwelijkheid en geheimhouding onder Vo. 1/2003 en Vo. 773/2004

11. Op verschillende punten in het verweerschrift wordt gewezen op de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004. Het is niet altijd even duidelijk met welk doel de Commissie de genoemde bepalingen aanhaalt. De indruk wordt echter gewekt, dat de Commissie van mening is dat daar waar de genoemde bepalingen voorzien in vertrouwelijkheid en geheimhouding, er ook geen sprake zou moeten zijn van openbaarmaking op grond van Verordening 1049/2001.



12. De Nederlandse regering acht het dan ook nuttig om hierover enkele algemene opmerkingen te maken. Allereerst stelt de Nederlandse regering nog eens vast, dat het niet zo is dat de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004 prevaleren boven Verordening 1049/2001.⁹ De Nederlandse regering wijst op punt 31 uit het reeds aangehaalde arrest *My Travel Group* die luidt als volgt:

“31 Er zij aan herinnerd dat het recht van toegang tot documenten van de Commissie het beginsel is, en dat een weigeringsbesluit slechts geldig is indien het berust op een van de uitzonderingen waarin artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 voorziet.”

13. Het bovenstaande betekent, dat als de Commissie vertrouwelijkheid onder de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004 heeft toegekend, dit niet automatisch het groene licht betekent voor vertrouwelijkheid onder Verordening 1049/2001. De Commissie zal steeds opnieuw moeten onderzoeken of sprake is van de toepassingsvereisten onder Verordening 1049/2001. Het gegeven dat er sprake is van vertrouwelijkheid onder de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004 kan binnen de grenzen van deze vereisten worden meegewogen.

14. In dit verband is het ook weinig zinvol om te wijzen op de eis van doelgebondenheid onder de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004¹⁰ of om op te merken dat de bescherming van commerciële belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001 ruimer is dan de bescherming van zakengeheimen en/of vertrouwelijke informatie in de zin van Verordening 1/2003.¹¹ Doorslaggevend zijn immers de toepassingsvereisten van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Daar komt nog bij dat kanttekeningen te plaatsen zijn bij de wijze waarop de

⁹ De Commissie erkent zulks in punt 69 Verweerschrift.

¹⁰ Punt 28 en 54 Verweerschrift.

¹¹ Punten 40 en 55 Verweerschrift.



Commissie verwijst naar de artikelen 27 en 28 van Verordening 1/2003 en de artikelen 15 en 16 van Verordening 773/2004.

15. Zo lijkt de Commissie daar waar ze wijst op de eis van doelgebondenheid uit hoofde van artikel 28 lid 1 van Verordening 1/2003, uit het oog te verliezen dat deze eis op zichzelf genomen niet aan openbaarmaking in de weg staat. Artikel 28, lid 1, eist immers dat de *op basis van de artikelen 17 tot en met 22 verkregen inlichtingen* slechts voor het doel mogen worden *gebruikt* waarvoor zij zijn ingewonnen. Artikel 28, lid 1, ziet dus op *alle* informatie (dat wil zeggen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie) die de Commissie heeft verkregen bij de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden en beperkt alleen het *gebruik* door de Commissie. Het is echter niet zo dat al deze informatie onder Verordening 1/2003 geheim moet blijven. In de praktijk gebeurt dit ook niet.
16. Verder is de stelling dat de bescherming van commerciële belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001 ruimer is dan de bescherming van zakengeheimen en/of vertrouwelijke informatie in de zin van Verordening 1/2003 niet alleen irrelevant maar ook onjuist. De Nederlandse regering wijst op punt 13 van de preambule van Verordening 773/2004, waarin staat:
- “(13) Wanneer toegang tot het dossier wordt verleend, moet de Commissie zorg dragen voor de bescherming van zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. De categorie "andere vertrouwelijke gegevens" omvat andere gegevens dan zakengeheimen, die als vertrouwelijk kan worden beschouwd voorzover de openbaarmaking ervan een onderneming of persoon aanzienlijk zou schaden. De Commissie moet ondernemingen of ondernemersverenigingen die documenten overleggen of hebben overgelegd dan wel verklaringen afleggen of hebben afgelegd, kunnen verzoeken aan te geven welke gegevens vertrouwelijk zijn.”*
17. In deze context lijkt het dus te gaan om het schaden van de onderneming in algemene zin, terwijl het bij artikel 4 van Verordening 1049/2001 alleen gaat om het schaden van *commerciële* belangen van ondernemingen.



18. Tot slot stelt de Commissie in dit verband, dat betrokkenen in een kartelonderzoek op grond van artikel 28 van Verordening 1/2003 mogen aannemen, dat de gedetailleerde antwoorden die zij aan de Commissie verschaffen in een kartelonderzoek enkel zullen worden gebruikt om de naleving van de mededingingsregels af te dwingen. Bijgevolg zouden ze mogen aannemen dat deze informatie niet tot in detail publiek toegankelijk zal worden gemaakt.¹² De Nederlandse regering deelt dit standpunt niet. Nog afgezien van de vraag of deze conclusie op basis van Verordening 1/2003 juist is, worden ondernemingen ook geacht om Verordening 1049/2001 te kennen. Uit deze laatstgenoemde verordening valt een verwachting zoals geschetst door de Commissie niet af te leiden. Zoals eerder opgemerkt valt informatie die valt onder artikel 28 van Verordening 1/2003 namelijk niet automatisch onder de uitzonderingen van Verordening 1049/2001.

Rol van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa)¹³

19. Het is juist, dat de *NMa* als lid van het Adviescomité is geconsulteerd over de vertrouwelijk versie van de *ontwerp* Bitumenbeschikking. Hieruit kan echter niet worden geconcludeerd, dat de *lidstaat Nederland* reeds toegang heeft gehad tot de vertrouwelijke versie van de *definitieve* versie van de Bitumen beschikking (beschikking van de Commissie van 13 september 2006, zaak nr. COMP/ 38.456 Bitumen NL; documentnummer C(2006)4090, PB 2007, L 196, blz. 40). Dit volgt uit de bijzondere positie van de *NMa* in het Europese mededingingsrecht.
20. Ter toelichting wordt het volgende opgemerkt. Verordening 1/2003 regelt de uitvoering van de mededingingsregels zoals neergelegd in de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag. Deze verordening is uitdrukkelijk tot stand gekomen met de wens om af te stappen van het bij Verordening nr. 17 ingevoerde gecentraliseerde stelsel van handhaving van het communautaire mededingingsrecht. In overweging 6 van Verordening 1/2003 wordt ook gepreciseerd dat de nationale mededingingsautoriteiten nauwer betrokken dienen te worden bij de doeltreffende toepassing van de

¹² Punt 70 Verweerschrift.

¹³ Punten 17-18 Verweerschrift.



communautaire mededingingsregels en over de bevoegdheid moeten beschikken het gemeenschapsrecht toe te passen.

21. De nationale mededingingsautoriteiten, zoals de NMa, hebben een door Verordening 1/2003 gespecificeerde en afgebakende rol te vervullen in de toepassing van het Europese mededingingsrecht en ondersteunen de Commissie in haar toezichhoudende taken. Dit blijkt voorbeeld uit de verplichting voor de nationale mededingingsautoriteiten om op verzoek van de Commissie inspecties te verrichten (zie artikel 22, tweede lid, Verordening 1/2003) en de bevoegdheden van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten om elkaar alle gegevens te verstrekken voor de toepassing van artikel 81 en 82 van het EG-verdrag.
22. Volgens artikel 14, eerste lid, van Verordening 1/2003 raadpleegt de Commissie een adviescomité over mededingingsregelingen en economische machtsposities alvorens een bepaalde beschikking vast te stellen. Het gaat dan bijvoorbeeld om een beschikking waarbij ondernemingen gelast wordt een inbreuk te beëindigen of het treffen van voorlopige maatregelen (respectievelijk artikel 7 en 8 Verordening 1/2003). Het tweede lid van artikel 14 Verordening 1/2003 preciseert vervolgens wie zitting heeft in het adviescomité. Daarbij wordt uitdrukkelijk aangegeven dat voor de bespreking van individuele zaken het adviescomité bestaat uit de vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het gaat dus niet om een vertegenwoordiging van de lidstaat in het Comité, maar een vertegenwoordiging van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Dit subtiele verschil is verklaarbaar uit de hierboven reeds geschetste bijzondere betrokkenheid van de nationale mededingingsautoriteiten. In de Nederlandse Mededingingswet komt deze bijzondere positie van de NMa ook tot uitdrukking in de onmogelijkheid voor de Minister van Economische Zaken om in het kader van de standpuntbepaling in het Adviescomité instructies te geven aan de NMa voor zover het gaat om mededingingsaspecten van een individueel geval (zie artikel 5b, tweede lid, laatste zinsnede, Mededingingswet).



23. De samenstelling van het adviescomité heeft dus tot gevolg dat enkel de vertegenwoordigers van de *mededingingsautoriteiten* van de lidstaten zoals expliciet door de verordening is geregeld, inzage hebben in de informatie aangaande de beschikkingen die de Commissie voornemens is te treffen en niet de *lidstaten*.
24. Daar komt nog bij, dat de Commissie zich in het kader van deze procedure van het Adviescomité op het standpunt stelt, dat de mededingingsautoriteiten op basis van artikel 28, tweede lid, Verordening 1/2003 geen inlichtingen openbaar mogen maken die zij uit hoofde van deze verordening hebben gekregen. Hoewel de Nederlandse regering het niet eens is met dit standpunt, is het hoe dan ook onbegrijpelijk dat de Commissie in de onderhavige procedure wijst op het feit dat de NMa in het bezit is van de concept vertrouwelijke versie van de Bitumenbeschikking. Ingevolge het standpunt van de Commissie zou de NMa deze informatie immers vertrouwelijk moeten houden.
25. Overigens meent de Nederlandse regering dat de Commissie onder Verordening 1049/2001 niet de ruimte heeft om toegang te weigeren om grond van het feit dat een ander (in dit geval de NMa) de gevraagde toegang kan verschaffen. Daarbij ligt het ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt voor de hand, dat de beoordeling of informatie geheel of gedeeltelijk openbaar kan worden gemaakt, wordt verricht door het orgaan dat deze onderzoeken heeft verricht en de daaruit voortvloeiende beschikkingen heeft vastgesteld. In onderhavig geval is dat de Commissie en niet de mededingingsautoriteit van een lidstaat zoals de NMa. Dit laatste past ook bij de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zoals voorzien in Verordening 1/2003 (zie ook mutatis mutandis arrest HvJEG van 8 maart 2007, France Télécom/Commissie, T-339/04, overwegingen 79-82).
26. Voorts moet worden opgemerkt dat de informatie die aan de leden van het adviescomité wordt verstrekt concepten van beschikking betreft en niet de formele door de Commissie vastgestelde beschikking: zoals artikel 14, eerste lid, van Verordening 1/2003 ook preciseert, moet de Commissie het comité raadplegen voordat een beschikking wordt vastgesteld.



27. Tot slot kan, anders dan in het arrest *Agricast* (beschikking Gerecht van 8 juni 2005, *Agricast*, T-151/2003) het geval was, terzake niet worden geconcludeerd dat het verzoek tot toegang zonder voorwerp is.

Eerste middel: schending van het recht op toegang als bedoeld in artikel 255 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 4 van Verordening 1049/2001

A. Algemeen

28. In het navolgende zal het zelfde behandelplan worden aangehouden als in het verzoekschrift van de Nederlandse regering. Achtereenvolgens zullen derhalve aan de orde komen de schending van artikel 4, lid 2 (hierna te bespreken onder B), de schending van artikel 4, lid 1, sub b (hierna te bespreken onder C), en schending van artikel 4, lid 7 (hierna te bespreken onder D) van Verordening 1049/2001.

B. Het eerste onderdeel van het eerste middel: schending artikel 4, lid 2 van Verordening 1049/2001

B.1 Schending van artikel 4, lid 2, eerste streepje, van Verordening 1049/2001 ("de bescherming van commerciële belangen")

B. 1.1 en 1.2 een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen

Eis van een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen

29. In het verzoekschrift heeft de Nederlandse regering zich op het standpunt gesteld, dat niet is voldaan aan de eis, dat er sprake is van *een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen* van de betrokken ondernemingen. Bij het verzoek tot toegang van Nederland gaat het immers (zoals uit de opsomming in punt 7 van het verzoekschrift blijkt) om informatie die ziet op de werking en de organisatie van het kartel. Dit doet reeds vermoeden dat niet voldaan zal zijn aan deze eis dat sprake is van *een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen* van de betrokken ondernemingen.¹⁴

¹⁴ Zie verder punten 31-33 Verzoekschrift.



30. De Commissie erkent dat informatie over het bestaan van het kartel niet beschermenswaardig is,¹⁵ maar verbindt hier geen conclusies aan. Integendeel, zonder verdere onderbouwing wordt staande gehouden, dat de betwiste passages voor een groot deel betrekking hebben op gevoelige commerciële informatie van de betrokken ondernemingen.¹⁶ Deze vaststelling is onbegrijpelijk. Bovendien erkent de Commissie hiermee, dat er dus ook een deel is dat géén gevoelige commerciële informatie bevat. Ze laat echter in het midden welk deel van de gevraagde informatie dit betreft en op welke wijze dit deel onder de uitzondering van artikel 4, lid 2, eerste streepje, van Verordening 1049/2001 (“de bescherming van commerciële belangen”) kan worden gebracht.

Concrete toetsing

31. Voorts volstaat de Commissie met te stellen dat ze concreet heeft getoetst of sprake is van een reëel gevaar van inbreuk op de legitieme commerciële belangen. Deze stelling wordt echter in het geheel niet onderbouwd.¹⁷ Daar komt bij, dat uit andere passages van het verweerschrift blijkt dat de Commissie uitgaat van onjuiste criteria. In punt 50, eerste zinsnede, immers wordt ervan gesproken dat rekening moet worden gehouden met de “belangen” van de betrokken ondernemingen. In punt 51 stelt de Commissie zonder verdere uitleg, dat openbaarmaking “*ernstige schade*” zou opleveren voor de betrokken ondernemingen. De Commissie gaat er aldus aan voorbij, dat de werkingssfeer van de onderhavige uitzondering is beperkt tot de bescherming van (legitieme) *commerciële* belangen. Dit betekent dat niet *alle* belangen van de betrokken ondernemingen kunnen worden meegewogen. Dit betekent ook dat niet *elke* vorm van schade in dit verband relevant is, maar alleen schade die samenhangt met de inbreuk op legitieme commerciële belangen.

32. In deze passages wordt dan ook heel duidelijk, wat de door de Commissie voorgestelde “harmonische” interpretatie inhoudt. De Commissie heeft hier voor ogen om de informatie die als vertrouwelijk is aangemerkt in de mededingingsprocedure te onttrekken aan de

¹⁵ Punt 54 Verweerschrift.

¹⁶ Punt 54 Verweerschrift.

¹⁷ Punt 49 Verweerschrift.



werking van Verordening 1049/2001. Onder de punten 1-10 hierboven is reeds uiteengezet dat deze benadering onjuist is.

B.1.3 Geen reëel gevaar van afbreuk aan commerciële belangen wegens gedateerde informatie

33. Als onderbouwing voor dat de gespecificeerde onderdelen van de beschikking van 13 september 2006 (Bitumenbeschikking, reeds aangehaald) nog altijd moeten worden beschouwd als commercieel gevoelige informatie, brengt de Commissie naar voren, dat het gaat om een stabiele markt waarin zich nog geen wezenlijk veranderingen hebben voorgedaan.¹⁸ De Nederlandse regering vindt dit standpunt opmerkelijk. In herinnering wordt gebracht dat de gevraagde informatie betrekking heeft op een periode waarin alle Bitumenleveranciers verenigd waren in een kartel. Het is dan ook niet aannemelijk, dat sindsdien zich op de markt geen wezenlijke veranderingen hebben voorgedaan. Zulks tenzij de Commissie bedoelt te zeggen, dat het kartel nimmer is beëindigd.
34. Ook indien het standpunt van de Commissie zou moeten worden gevolgd dat zich inderdaad op de markt geen wezenlijke veranderingen hebben voorgedaan, - hetgeen de Nederlandse regering niet aannemelijk voorkomt- dan is de mening van de Commissie dat het om commercieel gevoelige informatie gaat moeilijk te volgen. Het mag immers worden aangenomen, dat de karteldeelneemers ten tijde van het kartel op de hoogte waren van elkaars marktaandeelen en omzetten. Indien de situatie op de markt niet zou zijn veranderd, dan zullen deze marktpartijen ook nu nog daarvan op de hoogte zijn. Alle bitumenleveranciers namen immers deel aan het kartel. Openbaarmaking van de gevraagde gegevens zou dan op hun onderlinge concurrentiepositie geen effect kunnen hebben.

B.1.4 Geen reëel gevaar wegens ontbreken van concurrentie

35. De Nederlandse regering heeft naar voren gebracht, dat het niet aannemelijk is dat er sprake is van een reëel gevaar van afbreuk aan commerciële belangen nu alle Bitumenleveranciers deelnamen aan het kartel. Hierdoor kan in deze verhouding niet meer

¹⁸ Punt 57 Verweerschrift.



gesproken worden van daadwerkelijke concurrentie en kan vanuit die hoek dan ook geen sprake zijn van een reëel gevaar voor aantasting van de commerciële belangen. De Commissie merkt alleen op, dat zulks niet uitsluit dat er sprake is van commerciële belangen. De Commissie onderbouwt echter niet welke dit nu precies zijn en op welke wijze aantasting van commerciële belangen is te verwachten, die het gevolg zou zijn van openbaarmaking.

B.1.5 Tussenconclusie ten aanzien van B.1 (schending van artikel 4, lid 2, eerste streepje)

36. Het is geheel onduidelijk welk gevaar voor aantasting van welke commerciële belangen de Commissie op het oog heeft. Zulks terwijl juist in een situatie als de onderhavige (een horizontaal kartel waaraan alle Bitumenleveranciers deelnamen) het allerminst evident is dat sprake is van gevaar van de aantasting van de commerciële belangen.

B.2 Schending van artikel 4, lid 2, derde streepje van Verordening 1049/2001 ("de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits")

B.2.1 Algemeen

Onderzoek van passages

37. De Nederlandse regering heeft naar voren gebracht, dat de Commissie te weinig acht heeft geslagen op het feit dat het onderhavige verzoek niet ziet op de onderliggende *documenten*, maar enkel op de vertrouwelijke *passages* uit de beschikking van 13 september 2006 (Bitumenbeschikking, reeds aangehaald). De Nederlandse regering heeft gesteld, dat de Commissie niet had mogen volstaan te onderzoeken of de toegang tot de *documenten* concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het belang van de bescherming van het onderzoek en dat onderzocht had moeten worden of zulk gold voor de toegang tot de betreffende *passages*.
38. De Commissie volstaat met te stellen, dat zulks wel is gebeurd.¹⁹ Dit blijkt echter niet uit de bestreden beschikking. Voorts wordt naar voren gebracht, dat de *passages* niet los gezien kunnen worden van de achterliggende documenten. Dit is waar, echter dit betekent niet dat de *passages* met de documenten kunnen worden vereenzelvigd.

¹⁹ Punt 63 Verweerschrift.



Toekomstige onderzoeken

39. Naar de mening van de Nederlandse regering strekt artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 er niet toe om toekomstige onderzoeken te beschermen. De Commissie betwist dit. Naar de mening van de Commissie ziet de bepaling ook op de bescherming van toekomstige (gelijksoortige) onderzoeken. De Commissie brengt ter onderbouwing naar voren, dat het door de Nederlandse regering aangehaalde arrest *Franchet & Byck* (arrest van het Gerecht van 6 juli 2006, *Franchet en Byck / Commissie*, gevoegde zaken T-391/03 en T-70/04) niet ziet op een mededingingsonderzoek.²⁰ Ook hier valt weer op het uitgangspunt van de Commissie, dat voor mededingingszaken een ander regime zou moeten gelden. Zoals eerder door de Nederlandse regering opgemerkt is voor deze benadering geen steun te vinden in Verordening 1049/2001. De Nederlandse regering blijft dan ook bij haar standpunt dat het bij de toepassing van artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 moet gaan om een lopend onderzoek.
40. Het betoog van de Commissie, dat terzake sprake is van een lopend onderzoek, omdat het onderzoek naar aanleiding van uitspraken van de gemeenschapsrechter mogelijk nog moet worden heropend, is niet overtuigend.²¹ Terzake is immers geen sprake van een “lopend onderzoek” waarbij sprake is van het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheden door de Commissie, maar van een afgerond onderzoek dat heeft geleid tot een beschikking. Tegen deze beschikking is weliswaar beroep ingesteld, maar dit doet niet af aan de conclusie dat sprake is van een afgerond onderzoek. Voor de goede orde wordt in herinnering gebracht, dat een beroep tot nietigverklaring geen (automatische) schorsende werking heeft en dat moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het communautaire besluit.
41. Het is in theorie juist dat naar aanleiding van een uitspraak van de gemeenschapsrechter het onderzoek heropend moet worden. Dit doet echter evenmin afbreuk aan de conclusie, dat thans niet sprake is van een lopend onderzoek. Bovendien heeft de Commissie in de bestreden beschikking niet gewezen op het in gevaar brengen van een eventueel heropend

²⁰ Punt 64 Verweerschrift.

²¹ Punt 65 Verweerschrift.



onderzoek. Voorts is het maar de vraag of in deze context sprake zou zijn van een reëel gevaar. De ervaring leert, dat een uitspraak van de gemeenschapsrechter tot heropening van het onderzoek kan leiden, maar dat zulks meestal slechts leidt tot de noodzaak om naar aanleiding van een uitspraak op basis van reeds beschikbaar materiaal tot een nieuw oordeel te komen of een verbeterde onderbouwing van het besluit.

42. Tot slot is de verwijzing van de Commissie naar de punten 100 en 124-127 van het reeds aangehaalde arrest *My Travel Group*²² onbegrijpelijk nu deze betrekking hebben op de uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces en de uitzondering betreffende de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies.

B.2.2 (Verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie en inspectiedocumenten

(Verplichte) antwoorden op verzoeken van informatie

43. Voor wat betreft de algemene opmerkingen die zien op de “harmonische” interpretatie van Verordening 1049/2001 met het mededingingsrecht, wijst de Nederlandse regering op de punten 1-18 hierboven. In deze context volstaat de Nederlandse regering ermee om vast stellen dat de Commissie in het geheel niet aannemelijk maakt dat openbaarmaking een reëel gevaar voor lopend(e) onderzoek(en) oplevert.
44. Het gaat al mis met het uitgangspunt van de Commissie, dat aan de zijde van karteldeelnemers op basis van artikel 28 van Verordening 1/2003 sprake zou zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen van eeuwigdurende en totale geheimhouding. De Nederlandse regering verwijst naar de punten 11-18 hierboven. Een tweede obstakel is zoals hierboven besproken het feit dat het bij artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 moet gaan om lopende onderzoeken. Zelfs al zou deze twee hobbels buiten beschouwing mogen worden gelaten –quod non!-, dan nog overtuigt het door de Commissie in punt 71 van het verweerschrift geschetste gevaar niet. De hoofdreden hiervoor is, dat het terzake gaat om informatieverstrekking in het kader van *een plicht* van ondernemingen tot het verstrekken van informatie die *niet deelnemen aan*

²² Punt 66 Verweerschrift.



een clementieregeling. Niet valt in te zien op welke wijze een verplichting kan worden uitgehold door openbaarmaking.

Inspectiedocumenten

45. De Nederlandse regering stelt vast dat de Commissie niet heeft onderbouwd op welke wijze openbaarmaking de inspecties van de Commissie zelf in gevaar brengt. Dit valt ook niet te onderbouwen, omdat het hier gaat om de eigen inspanningen van de Commissie.

B.2.3 Documenten aangeleverd in het clementieprogramma

46. De Nederlandse regering heeft zich op het standpunt gesteld, dat ter bescherming van het clementieprogramma een beroep op artikel 4, lid 2, derde streepje, van Verordening 1049/2001 in beginsel mogelijk is. Het gaat hier immers om een lopend opsporingsonderzoek en er speelt het gevaar van het afschrikken van potentiële kandidaten. Ten aanzien van deze uitgangspunten zitten partijen op één lijn.²³ Partijen verschillen wel van mening over de gevolgen van deze uitgangspunten.
47. Zoals in het verzoekschrift is gesteld, vormt het clementieprogramma geen vrijbrief, maar moet ook hier worden gekeken of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. De Commissie slaat deze concrete toetsing over en gaat er automatisch vanuit, dat de openbaarmaking van alle informatie (direct of indirect) afkomstig uit het clementieonderzoek mag worden geweigerd.
48. Deze benadering is onjuist. Doorslaggevend zou steeds weer moeten zijn of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. Bij informatie die rechtstreeks is verkregen uit het clementieprogramma zal aan deze eis vermoedelijk altijd zijn voldaan. Voor informatie die indirect volgt uit het clementieverzoek ligt dit al weer veel minder voor de hand. Anders dan punt 59 van het verzoekschrift wellicht doet vermoeden, meent de Nederlandse regering niet dat voor de in het verzoekschrift

²³ Punten 73-74 Verweerschrift.



genoemde categorie van indirecte informatie (2.a) per definitie geldt dat artikel 4, lid 2, derde streepje van Verordening 1049/2001 niet kan worden toegepast.²⁴ Het is wel zo dat het omgekeerde evenmin waar is en dat dus steeds moet worden onderzocht of openbaarmaking op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma.

49. Verder stelt de Commissie in punt 75 van het verzoekschrift dat het in de praktijk moeilijk is om onderscheid te maken tussen clementie en niet-clementie. Hoewel de Nederlandse regering begrip heeft voor de moeilijkheden verbonden aan het maken van onderscheid tussen erkend clementiemateriaal, niet-erkend clementiemateriaal en materiaal dat verkregen is in het kader van de samenwerkingsverplichting, kan dit geen rechtvaardiging zijn voor de algehele weigering tot vrijgave van alle vertrouwelijke passages. In dit verband wordt opgemerkt, dat de Commissie zelfs geen poging heeft gedaan om een dergelijk onderscheid aan te brengen.
50. Voorts moet worden vastgesteld dat het verstrekken van meer informatie dan gevraagd wordt bij een verzoek om inlichtingen, niet zo maar gelijkgesteld kan worden aan een clementieverzoek. Het is bijvoorbeeld zeer goed mogelijk dat een onderneming zo veel mogelijk informatie verstrekt om te voorkomen zij beschuldigd wordt van het onvoldoende voldoen aan de medewerkingsverplichting. Ook kan een onderneming er belang bij hebben zo snel mogelijk de zaak af te wikkelen om slepende procedures af te wenden. De Commissie heeft in haar beschikking onvoldoende blijk gegeven ook naar deze aspecten te hebben gekeken en heeft eenvoudigweg alle toegang geweigerd.
51. Tot slot wordt in punt 71 van het verzoekschrift gewezen op informatie die met een beroep op de clementieregeling is gegeven, maar uiteindelijk niet als zodanig is erkend. Evenals de Commissie meent de Nederlandse regering, dat openbaarmaking van dit soort informatie in beginsel ook zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma.

²⁴ Vergelijk punt 72 Verzoekschrift.



B.2.4 Namen van werknemers van betrokken ondernemingen en verwijzing naar specifieke functies die herleidbaar zijn tot personen

52. In feite geldt ook hier weer hetzelfde als onder B.2. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen namen van vertegenwoordigers van clementieverzoekers en namen van de overige karteldeelneemers. Voor de eerst genoemde categorie geldt dat is voldaan aan de eis van een lopend onderzoek en dat het inderdaad mogelijk is dat het openbaarmaken van namen op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma. Het standpunt van de Commissie komt erop neer, dat alle namen en functies die door clementiedeelneemers zijn gegeven vertrouwelijk mogen blijven. Zulks omdat het risico van het individuele aansprakelijkheden of strafvervolging afschrikwekkend kan werken. De Nederlandse regering is het op dit punt met de Commissie eens, met dien verstande dat de Commissie voldoende aannemelijk moet maken dat er in het concrete geval inderdaad een dergelijk risico bestaat. Zo is in de onderhavige zaak relevant, dat in Nederland er geen risico van strafvervolging is wegens deelname aan het Bitumenkartel.
53. Voor de categorie van namen en functies die niet zijn verstrekt door de clementieverzoekers, geldt hetzelfde als gesteld onder B.2.2. ten aanzien van de verplichte antwoorden op vragen en de inspecties. De kern is dat bij deze namen en functies niet is voldaan aan de eis dat sprake moet zijn van een lopend onderzoek en is voorts volstrekt niet aannemelijk dat openbaarmaking toekomstige onderzoeken en inspecties in gevaar zou brengen.

B.2.5 Tussenconclusie met betrekking B.2 (schending van artikel 4, lid 2, derde streepje)

54. De Commissie heeft ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen informatie die rechtstreeks herleidbaar is tot het clementieprogramma en informatie die hier los van staat. Voor informatie die los van het clementieprogramma staat, geldt dat niet is voldaan aan de eis dat sprake moet zijn van een lopend onderzoek en is voorts volstrekt niet aannemelijk dat openbaarmaking toekomstige onderzoeken en inspecties in gevaar zou brengen. Voor informatie gerelateerd aan het clementieprogramma is wel voldaan aan de eis dat er sprake moet zijn van een lopend onderzoek. Voorts is daar ook



aannemelijk dat er sprake is van een reëel gevaar bij openbaarmaking. De Commissie is hier echter tekortgeschoten in de concrete toets of openbaarmaking van de betreffende passages op redelijke en voorzienbare wijze zou kunnen leiden tot het afschrikken van *latere of potentiële* deelnemers aan het clementieprogramma.

B.3 Schending van artikel 4, lid 2, laatste zinsnede van Verordening 1049/2001 (de uitzondering van hoger openbaar belang)

55. Naar aanleiding van het verweerschrift acht de Nederlandse regering het nuttig om aan de hand van de systematiek van Verordening 1049/2001 uiteen te zetten welke belangen wanneer relevant zijn.
56. Het uitgangspunt van Verordening 1049/2001 is het recht op toegang. Bij dit recht op toegang is niet relevant waarvoor de verzoeker de informatie gaat *gebruiken*. In dit verband wordt gewezen op punt 87 van het reeds aangehaalde arrest *My Travel Group* waarin nog eens wordt bevestigd, dat het recht op toegang toekomt aan iedere burger van de Unie en aan iedere rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat, zonder dat enige andere voorwaarde wordt gesteld. Anders dan de Commissie beweert kan dus ook om toegang worden verzocht met het oog op gebruik in een civiele procedure.²⁵ Bij het recht op toegang zijn evenmin relevant de *belangen die verzoeker* heeft bij toegang. Dus ook al wordt het verzoek louter wegens een eigen privébelang gedaan, dan nog wordt het recht op toegang hierdoor niet beïnvloed. Evenmin hoeft te worden onderzocht of het publiek belang heeft bij openbaarmaking.²⁶
57. De tweede stap is de vraag of sprake is van een belang op grond waarvan artikel 4 van Verordening 1049/2001 een uitzondering op het recht op toegang toestaat. Ook in deze context is irrelevant het door de verzoeker beoogde gebruik en de belangen van verzoeker. Hier staan immers centraal de particuliere belangen van derden (zoals de commerciële belangen van (rechts)personen) of de met naam genoemde algemene belangen (zoals het doel van inspecties, onderzoeken en audits).

²⁵ Vergelijk de laatste zin van punt 38 en punt 85 Verweerschrift.

²⁶ Vergelijk punt 92 Verweerschrift.



58. De derde stap is of sprake is van een hoger belang die openbaarmaking gebiedt. De uitzondering van hoger openbaar belang vormt derhalve de uitzondering op de uitzondering. Bij de toepassing van de uitzondering van hoger openbaar belang vindt een belangen afweging plaats met de in artikel 4 van Verordening 1049/2001 genoemde belangen (zoals de commerciële belangen van (rechts)personen en het doel van inspecties, onderzoeken en audits) en eventuele ander hogere belangen. Nederland is het met de Commissie eens, dat het belang van verzoeker en de hoedanigheid van slachtoffer niet hoeft te worden meegewogen bij de toepassing van artikel 4 van Verordening 1049/2001.²⁷
59. Het is echter onjuist, dat het bestaan van particuliere of privébelangen van verzoeker uitsluit dat er sprake kan zijn van een hoger belang uit hoofde van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Anders dan de Commissie stelt, volgt zulks ook niet uit punt 65 van het reeds aangehaalde arrest *My Travel Group*. Hieruit volgt immers niets meer en minder dan dat het, bij het in artikel 4 van Verordening 1049/2001 bedoelde hogere belang, moet gaan om een objectief en algemeen belang en dat deze belangen niet mogen worden verward met particuliere of privébelangen. Uit punt 65 (*My Travel Group*, reeds aangehaald) volgt met name niet, dat indien privébelangen in het spel zijn er nimmer sprake kan zijn van hogere belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Evenmin volgt uit punt 65, dat het voeren van een gerechtelijke (civiele) procedure op voorhand uitsluit dat er sprake kan zijn van hogere belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001. De Nederlandse regering wijst op de punten 66 en 67 (*My Travel Group*, reeds aangehaald) waaruit naar voren komt, dat de aanwezigheid van privébelangen geen beletsel is om te onderzoeken of sprake is van een hoger belang.
60. Indien de bovenstaande systematiek wordt toegepast op de onderhavige zaak, leidt dit tot de volgende conclusies. Het is juist, dat het de bedoeling is om de gevraagde informatie te gebruiken in een civiele procedure. Dit is echter geen grond om toegang te

²⁷ Punten 84 en 86 Verweerschrift.



weigeren. Het is ook geen grond die toepassing van de in artikel 4 van Verordening 1049/2001 genoemde uitzonderingen per definitie onmogelijk maakt. Dit is ook niet wat Nederland heeft betoogd. Wat Nederland wel heeft betoogd is, dat in het onderhavige geval de civiele procedure een middel is om publieke belangen zeker te stellen. De Nederlandse staat heeft immers in de uitoefening van haar publieke taak, de aanleg van openbare infrastructuur, schade geleden ten gevolge van het Bitumenkartel.

61. Het is juist, dat de rechtspositie van de lidstaat Nederland bij de toepassing van Verordening 1049/2001 dezelfde is als van ieder ander die zich op de verordening kan beroepen.²⁸ Dit betekent echter niet, dat de hogere openbare belangen die een rol spelen bij openbaarmaking buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het lijkt er op dat de Commissie hier de aan deze zaak ten grondslag liggende belangen van Nederland en de aan Nederland ter behartiging van die belangen ter beschikking staande middelen vermengt.

62. Ter toelichting wordt het volgende opgemerkt. Het product waar het bitumenkartel op zag, wordt in de Bitumen- beschikking omschreven als het zogeheten “wegenbouwbitumen”. Wegenbouwbitumen is het bijproduct van brandstof dat wordt gebruikt als bindmiddel bij de productie van asfalt voor de aanleg van wegen. In de Bitumenbeschikking worden dan ook de ‘wegenbouwers’ (die voor een belangrijk deel bij het kartel waren betrokken) als de werkelijke tegenpartijen van de bitumenleveranciers genoemd (Bitumenbeschikking, reeds aangehaald, punt 24). De partijen die evenwel uiteindelijk nadeel ondervonden van het kartel zijn (naast de kleinere wegenbouwers die niet aan het kartel deelnamen) vooral de opdrachtgevers voor de aanleg of het onderhoud van wegen. Bij deze opdrachten gaat het voor het overgrote deel om opdrachten van publieke opdrachtgevers. Deze publieke opdrachtgevers handelen vanuit hun publieke verantwoordelijkheid voor de openbare infrastructuur. Het belang van de Staat is er dus in gelegen deze publieke taak onbelemmerd te kunnen uitoefenen. De uitoefening van de publieke taak is terzake belemmerd door onrechtmatig gedrag van marktpartijen welke tot kostprijsverhoging

²⁸ Punten 14-16 en 39 Verweerschrift.



heeft geleid. Het terughalen van deze publieke gelden is dan ook een objectief en algemeen belang. De omstandigheid dat de Nederlandse regering hiervoor een privaat middel moet gebruiken (civiele schadevergoedingsactie) doet hier niet aan af. Naar de mening van de Nederlandse regering is het daarmee ook hoger belang in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001²⁹ gediend en had het moeten worden meegewogen bij de beslissing tot het al dan niet verlenen van toegang.

63. Daarnaast zijn in deze zaak nog andere belangen aan de orde die moeten worden gekwalificeerd als hogere belangen in de zin van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Deze zijn de handhaving van het mededingingsrecht (bij wege van private middelen) en meer in het algemeen het verzekeren van de eerbieding van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde. Het staat buiten kijf dat dit algemene en objectieve belangen zijn. Zulks ongeacht door wie de procedures worden gevoerd (overheid of particulieren) en zulks ongeacht de privébelangen van de benadeelden.³⁰ De Commissie heeft er geen blijk van gegeven deze belangen te hebben meegewogen.

C. Het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 4, lid 1, sub b van Verordening 1049/2001: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu

64. De Commissie brengt naar voren, dat het gaat om namen van natuurlijke personen die karteldeelnemers vertegenwoordigden bij overleg in het kader van het kartel. Aan een deel van de personen heeft de Commissie in het kader van Verordening 1/2003 toegezegd dat hun identiteit geheim zou blijven. De Commissie wijst hier op de geheimhoudingsplicht ten opzichte van informanten in mededingingszaken.³¹ De Commissie werkt niet uit welke gevolgen verbonden moeten worden aan het al dan niet zijn van informant. Voor de goede orde wordt ook hier weer opgemerkt, dat wel of niet zijn van informant niet relevant is, omdat de doorslaggevend is of voldaan is aan het vereiste dat openbaarmaking van de namen van de betrokken natuurlijke personen ertoe leidt dat de persoonlijke

²⁹ Vergelijk punt 83 Verweerschrift.

³⁰ Vergelijk punt 124 Verweerschrift.

³¹ Punten 91-92 Verweerschrift.



levenssfeer en de integriteit van de betrokkenen concreet en daadwerkelijk wordt ondermijnd.

65. Overigens betwist de Commissie de toepasselijkheid van dit uit het arrest *Bavarian Lager* (Arrest van het Gerecht van 14 oktober 1999, *Bavarian Lager/Commissie*, T-309/97, Jurispr. blz. II-3217, punt 120) afkomstige vereiste. Zulks omdat de omstandigheden in die zaak wezenlijk zouden verschillen.³² Nog afgezien van of de door de Commissie genoemde verschillen terzake doen, valt niet in te zien waarom deze verschillen tot een ander toepassingsvereiste zouden moeten leiden. Dit ligt niet voor de hand, zeker niet nu de eis van “concrete en daadwerkelijke ondermijning” terugkomt bij de andere uitzonderingen van artikel 4 van Verordening 1049/2001. Daar komt nog bij dat de Commissie ook niet uitlegt wat dan het relevante vereiste is.
66. Welnu, de Nederlandse regering vindt het op basis van de bestreden beschikking en het verweerschrift onaannemelijk is, dat er sprake is van een concrete en daadwerkelijke ondermijning van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit. Ten eerste gaat het blijkens het verweerschrift om natuurlijke personen die de karteldeelnemers vertegenwoordigden bij overleg in het kader van het kartel. De Nederlandse regering stelt vast, dat het dus gaat om personen die handelden als vertegenwoordigers van de karteldeelnemers en derhalve niet handelden op persoonlijke titel. Dit maakt het onaannemelijk dat de persoonlijk levenssfeer en integriteit zal worden geraakt (zie ook punten 117 en 125 van *Bavarian Lager*, reeds aangehaald).
67. Ten tweede zijn ook de door de Commissie aangehaalde gevolgen niet aan te merken als een concrete en daadwerkelijke ondermijning van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit. De Commissie stelt in dit verband, dat openbaarmaking van de namen de genoemde personen in kwestie (1) ernstige schade kan berokkenen, en kan leiden tot (2) represaille maatregelen en (3) sancties. Vervolgens wordt geconcludeerd, dat de openbaarmaking van de identiteit van deze personen de belangen van de ondernemingen

³² Punt 91 Verweerschrift.



die aan het kartelonderzoek zijn onderworpen kan schaden, als ook de eigen belangen van de betrokkenen.³³

68. Wat betreft de conclusie, dat de openbaarmaking van de identiteit van deze personen de belangen van de ondernemingen die aan het kartelonderzoek zijn onderworpen kan schaden als ook de eigen belangen van de betrokkenen, merkt de Nederlandse regering het volgende op. Het moge duidelijk zijn, dat bij de toepassing van artikel 4, lid 1, sub b (de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu) van Verordening 1049/2001 alleen de belangen van individuen kunnen worden opgevoerd en dat de belangen van de ondernemingen hier niet onder vallen. Voor individuen is het voorst onvoldoende dat het gaat om “eigen” belangen, het moet gaan om een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer en integriteit.
69. Dan nu het gevaar van ernstige schade, represailles en sancties. Opvallend is dat in het geheel niet wordt uitgelegd welke ernstig schade en represailles bedoeld worden.³⁴ Onduidelijk is dan ook waar de Commissie op doelt. Wat betreft de sancties wordt gewezen op het risico van de persoonlijke aansprakelijkheid van personen in kartelzaken en strafrechtelijke sancties.³⁵ De Commissie werkt niet verder uit of dit risico in het concrete geval zou bestaan. Zo heeft de Commissie onvoldoende aangetoond dat in deze zaak civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling van natuurlijke personen aannemelijk is.
70. Voor de goede orde wordt opgemerkt, dat strafrechtelijke vervolging in Nederland niet aan de orde is, omdat in Nederland de overtreding van de mededingingsregels zelf geen strafrechtelijk delict vormt.
71. In Nederland bestaat in beginsel wel het risico, dat de betrokken natuurlijke personen in kartelzaken persoonlijk aansprakelijk worden gesteld en dat de nationale rechter een dusdanige aansprakelijkheid vaststelt. Dit vormt (evenals een eventuele strafrechtelijke

³³ Punt 92 Verweerschrift.

³⁴ Punt 92 Verweerschrift.

³⁵ Punt 94 Verweerschrift.



vervolgung elders) echter geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en integriteit. Het gaat terzake immers om (onrechtmatige) handelingen in uitoefening van beroep die niets met de persoonlijke levenssfeer en integriteit van doen hebben.

72. De Nederlandse regering meent kortom, dat dit risico van civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling wel een rol speelt bij de uitzondering met betrekking tot de bescherming van het onderzoek (en wel de clementieregeling), maar niet relevant is bij de toepassing van artikel 4, lid 1, sub b (de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en integriteit van het individu) van Verordening 1049/2001.
73. In het verlengde van dit risico op persoonlijke aansprakelijkheid en strafsancties, wijst de Commissie op het risico van schending van de rechten van verdediging. Deze zou kunnen ontstaan, doordat het onderzoek op communautair niveau ziet op de onderneming en niet op de personen. Deze personen zouden dan ook niet in gelegenheid zijn om zich te verweren. De Nederlandse regering acht dit een wel zeer hypothetisch gevaar, daar er vanuit mag worden gegaan dat in eventuele nationale procedures tot het vaststellen van persoonlijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid de rechten van verdediging zullen worden gewaarborgd.
74. Tot derde stelt de Commissie dat het publiek geen belang heeft bij het kennen van de identiteit van de personen.³⁶ Voor wat betreft de opmerking dat het publiek geen belang heeft bij het kennen van de identiteit van de personen³⁷, wordt gewezen op punt 57 hierboven. Zoals gezegd is het voor het recht van toegang niet vereist om een belang aan te tonen.
75. Ten vierde wijst de Commissie op haar verplichtingen uit hoofde van Verordening 1049/2001 om dergelijke persoonsgegevens niet openbaar te maken.³⁸ Nu de Commissie deze stelling niet onderbouwd kan de Nederlandse regering hier niet op reageren.

³⁶ Punt 92 Verweerschrift.

³⁷ Punt 92 Verweerschrift.

³⁸ Punt 95 Verweerschrift.



Tussenconclusie met betrekking tot het tweede onderdeel van het eerste middel (schending van artikel 4, lid 1, sub b van Verordening 1049/2001)

76. De Commissie heeft niet aannemelijk gemaakt, dat de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van de betrokkenen concreet en daadwerkelijk wordt ondermijnd. Integendeel, in het verweerschrift wordt erkend dat het gaat om de namen van personen die handelden als vertegenwoordigers van de karteldeelnemers en derhalve niet handelden op persoonlijke titel.

D. Het derde onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 4, lid 7 van Verordening 1049/2001 ("duur beschermingsperiode")

77. De Nederlandse regering verwijst terug naar haar reactie onder B.1.3.

Tweede middel: schending van artikel 4, lid 6 van Verordening 1049/2001 (recht op gedeeltelijke toegang)

78. Als de Nederlandse regering de Commissie goed begrijpt, wordt de gegrondheid van het tweede middel erkent en daarmee in feite ook de gegrondheid van (delen van) de overige middelen.

79. Voor de goede orde wordt opgemerkt, dat de Commissie nog niet met een uitgebreidere versie is gekomen. Overigens zou pas aan de hand van de uitgebreidere versie kunnen worden beoordeeld of het tweede middel zonder voorwerp is geworden.

Derde middel: Schending proportionaliteitsbeginsel

80. Voor de goede orde wordt opgemerkt, dat de Nederlandse regering nog geen versie met bandbreedtes heeft ontvangen. Overigens handhaaft de Nederlandse regering onverkort het verzoek tot toegang tot de exacte marktaandeelen, met name nu de Commissie niet aannemelijk heeft gemaakt waarom toegang tot deze informatie op basis van Verordening 1049/2001 kan worden geweigerd.



Vierde middel: motiveringsgebreken

81. De Commissie stelt alle passages in de vertrouwelijke versie van de beschikking aan een concreet en individueel onderzoek te hebben onderworpen. Ook geeft zij aan niet verplicht te kunnen worden in details te treden met betrekking tot de concrete inhoud, omdat dit volgens de Commissie zou leiden tot openbaarmaking van de inhoud en daarmee het doel van de uitzonderingsgrond teniet zou doen. De Commissie geeft echter niet aan om welke reden zij geen nadere motivering zou kunnen geven zonder direct de concrete inhoud openbaar te maken. Ook toont de Commissie niet aan dat zij daadwerkelijk alle passages aan een concreet en individueel onderzoek heeft onderworpen.

Vijfde middel: schending van artikel 10 EG in samenhang met het proportionaliteitsbeginsel

Ontvankelijkheid

82. De Commissie brengt naar voren dat de Nederlandse regering niet-ontvankelijk zou zijn, omdat de beschikking ziet op een verzoek op grond van Verordening 1049/2001 en niet op grond van artikel 10 EG. Het zou in deze zaak alleen gaan om de vraag of de Commissie Verordening 1049/2001 correct heeft toegepast. Het verweer faalt, omdat het vijfde middel wel degelijk ziet op de toepassing van Verordening 1049/2001. De Nederlandse regering wijst in dit verband met name op punt 91 van het verzoekschrift die luidt als volgt:

“91. De toepassing van Verordening 1049/2001 mag niet in strijd komen met het primaire recht en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Verordeningen mogen immers geen afbreuk doen aan het primaire recht en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Daarnaast schrijft verordening 1049/2001 expliciet voor, dat hogere openbare belangen openbaarmaking kunnen gebieden.”

83. Overigens, meent de Nederlandse regering, dat de Commissie op het moment dat zij tot de slotsom kwam dat toegang op basis van Verordening 1049/2001 moest worden geweigerd, zij ambtshalve had moeten onderzoeken of de uitwisseling van informatie op basis van artikel 10 EG noodzakelijk was.

*Gegrondeid middel*

84. De Commissie acht het vijfde middel ongegrond, omdat het beroep op Verordening 1049/2001 maakt dat de gevraagde informatie voor iedereen toegankelijk wordt.³⁹ De Nederlandse regering kan de Commissie hier niet goed volgen.
85. Als de Nederlandse regering het goed begrijpt, reageert de Commissie op de stelling van de Nederlandse regering, dat op basis van de in artikel 4, lid 2, van Verordening 1049/2001 genoemde uitzondering van hoger openbaar belang in samenhang met artikel 10 EG toegang had moeten worden gegeven. In dit verband ziet de verwijzing naar artikel 10 EG op de plicht van de lidstaat Nederland, om alle dienstige maatregelen te nemen om de draagwijdte en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Terzake gaat het om de handhaving van artikel 81 EG bij wege van een civiele schadevergoedingsactie.
86. Indien het beroep van de Nederlandse regering slaagt leidt dit inderdaad tot vrijgave ten bate van éénieder. Dit is inherent aan het systeem van Verordening 1049/2001 en het valt dan ook niet in te zien waarom dit gevolg moet leiden tot ongegrondheid van het middel. Daar komt nog bij dat bezien vanuit het hogere algemene belang in deze zaak – private handhaving van artikel 81 EG- het voor een ieder toegankelijk maken van de gevraagde informatie, juist valt toe te juichen. Dit zou immers betekenen, dat ook de andere slachtoffers van het kartel naar de rechter kunnen gaan.

³⁹ Punt 121 Verweerschrift.



V. CONCLUSIE

De Nederlandse regering handhaaft haar conclusie zoals verwoord in haar verzoekschrift.

10.2.e

gemachtigden

's-Gravenhage, 25 februari 2009.

10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: donderdag 29 augustus 2013 14:26
Aan: 10.2.e (WJZ)
CC: 10.2.e
Onderwerp: RE: GVA - Justis

Hoi 10.2.e

Dank voor je wijzigingen, het zal worden gezonden aan 10.2.e directeur van Justis. Ik heb de brief aangepast verder voor zoverre de aanhef betreft. Dank voor je snelle akkoord!

Groeten,

10.2.e

Van: 10.2.e (WJZ)
Verzonden: donderdag 29 augustus 2013 13:46
Aan: 10.2.e
CC: 10.2.e
Onderwerp: FW: GVA - Justis

Hoi 10.2.e

Zie nog enkele wijzigingen in de tekst.
Verder vraag ik me nog af of de brief aan 10.2.e moet worden gericht of aan 10.2.e van Justis. Zij is aanwezig geweest bij het gesprek met stas Teeven en heeft ook met 10.2.e contact gehad. Het lijkt mij handig om de brief op een hoger niveau in te steken. Als 10.2.e het daar mee eens is, heeft dat consequenties voor de redactie van het begin van de brief.

Groet,
10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: donderdag 29 augustus 2013 12:53
Aan: 10.2.e (WJZ)
CC: 10.2.e
Onderwerp: GVA - Justis

Hoi 10.2.e,

Zou je digitaal akkoord kunnen geven om bijgaande brief te versturen naar Justis, inhoud is nagenoeg zelfde als de mail alleen iets meer in briefstijl geschreven.

Groeten,

10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: donderdag 29 augustus 2013 12:19

Aan: 10.2.e
Onderwerp: Re: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Dan moet de brief wel vandaag of morgen aan haar worden voorgelegd, daarna is ze met vakantie.

Groet,
10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: Thursday, August 29, 2013 10:45 AM
Aan: 10.2.e
Onderwerp: RE: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Heel mooi, kan ik 10.2.e op de oplegger zetten voor medeparaaf?

Groeten,

10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: donderdag 29 augustus 2013 10:40
Aan: 10.2.e
Onderwerp: Re: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Hallo 10.2.e

Ik vind het een voor de hand liggend verzoek ne had het daar gisteren met 10.2.e al over. Dus ook bij WJZ geen bezwaar.

Groet,
10.2.e

Van: 10.2.e
Verzonden: Thursday, August 29, 2013 09:19 AM
Aan: 10.2.e
Onderwerp: RE: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Goedemorgen 10.2.e

10.2.e heeft hier geen bezwaar tegen, jullie?

Groeten,

10.2.e

Van: 10.2.e - JUSTIS/JZU [mailto:10.2.e@minvenj.nl]
Verzonden: woensdag 28 augustus 2013 17:49
Aan: 10.2.e
CC: 10.2.e . - JUSTIS/JZU
Onderwerp: RE: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Beste 10.2.e

Dit is goed nieuws en lijkt ook ons de meest wenselijke oplossing. Ik zou nog wel willen vragen of EZ in een brief aan de Dienst Justis kan bevestigen dat de wet op dit punt zal worden gewijzigd en dat wij in afwachting van de Reparatiewet alvast

op die wijziging vooruit kunnen lopen bij de beoordeling van GVA-aanvragen. Dit zodat wij gedekt zijn voor het tijdelijk (in afwachting van de inwerkingtreding van de Reparatiwet) nemen van beslissingen die afwijken van de letterlijke tekst van de wet, zoals die op dit moment nog is.

Met vriendelijke groet,

10.2.e
Adviseur Juridische Zaken

Dienst Justis
Juridische Zaken en Uitvoeringsbeleid

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Turfmarkt 147 | 2511 DP | Den Haag
Postbus 20300 | 2500 EH | Den Haag

10.2.e | 10.2.e | [@minvenj.nl](mailto:10.2.e@minvenj.nl) | 06- 10.2.e

Van: 10.2.e [mailto:10.2.e@minez.nl]
Verzonden: woensdag 28 augustus 2013 16:00
Aan: 10.2.e JUSTIS/JZU
CC: 10.2.e
Onderwerp: RE: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Beste 10.2.e

Vorige week hebben we kort aan de telefoon gesproken. Na lezing van de relevante wetsartikelen en in overleg met collega's komen wij tot de conclusie dat bij het opstellen van art. 4.32 niet is stilgestaan bij het feit dat naast de ACM ook de EC boetes heeft opgelegd in het kader van de bouwfraude. Wij zien echter geen reden waarom in het licht van de inkeerregeling (Collectieve Regeling Bouwnijverheid) boetes van de EC anders zouden moeten worden behandeld dan de door de ACM opgelegde boetes. Het niet analoog toepassen van boetes van de EC zal als gevolg hebben dat de inkeerregeling wordt verzwakt en er niet wordt gehandeld in de geest van de regeling die ongeveer 10 jaar geleden met de desbetreffende bedrijven is gesloten. Wij zijn dan ook van mening dat art. 4.32 analoog kan worden toegepast op boetes voor de EC.

Artikel 4.32, aanhef, van de Aanbestedingswet dient overeenkomstig aangepast te worden. Naast onderdeel c van artikel 4.7, eerste lid, moet dan onderdeel d worden toegevoegd. Binnenkort verwachten we het advies van de Raad van State over de Reparatiwet waarbij verschillende EZ-wetten worden gewijzigd. Bij gelegenheid van het nader rapport zal deze wijziging van artikel 4.32 meegenomen worden. Aan de wijziging zal terugwerkende kracht worden verleend tot 1 april 2013. Naar verwachting zal de parlementaire behandeling van de Reparatiwet niet al te lang duren.

Zou je zo vriendelijk willen zijn om ons op de hoogte te stellen zodra jullie een besluit hebben genomen t.a.v. de GVA?

Met vriendelijke groet,

10.2.e

.....
Directie Mededinging en Consumenten
Directoraat-Generaal Energie, Telecom en Markten
Ministerie van Economische Zaken
Bezuidenhoutseweg 73| 2594 AC | Den Haag

.....
T 070 10.2.e
F 070 10.2.e
10.2.e @minez.nl

Van: 10.2.e - JUSTIS/JZU [mailto:10.2.e@minvenj.nl]
Verzonden: maandag 19 augustus 2013 18:21
Aan: 10.2.e
CC: 10.2.e JUSTIS/JZU
Onderwerp: Vraag uitleg Aanbestedingswet

Beste 10.2.e

In vervolg op ons telefoongesprek van zojuist hierbij een nadere toelichting op mijn vraag over de uitleg van de Aanbestedingswet. De Dienst Justis onderzoekt op dit moment de aanvraag van een gedragsverklaring aanbesteden van een groot Nederlands bouwbedrijf. In dat kader wil ik EZ vragen om mee te denken over de uitleg en reikwijdte van artikel 4.32 van de Aanbestedingswet. In dat artikel is kort gezegd een uitzonderingsbepaling opgenomen voor bouwbedrijven die betrokken zijn geweest bij de bouwfraude. Het artikel bepaalt dat een ACM-beschikking niet in de weg staat aan afgifte van een gedragsverklaring aanbesteden, indien de overtreding van de mededingingsregels waarvoor het bouwbedrijf is beboet in het kader van de bouwfraude heeft plaatsgevonden en het bedrijf heeft deelgenomen aan een of meer van de in artikel 4.32 genoemde maatregelen om schoon schip te maken.

De meeste grote Nederlandse bouwbedrijven zijn in het kader van de bouwfraude echter niet uitsluitend door de ACM beboet, maar ook door de Europese Commissie. De EC heeft bij beschikking van 13 september 2006 (zaak COMP/38.456) boetes opgelegd aan de deelnemers van het "bitumenkartel". Bij uitspraak van 27 september 2012 heeft het Gerecht van de Europese Unie deze boetes gehandhaafd (zij het dat de hoogte van enkele boetes is aangepast). Het onherroepelijk worden van de EC-boetes lijkt gelet op de artikelen 4.8 en 4.10 van de Aanbestedingswet voor de Dienst Justis aanleiding om de gedragsverklaring aanbesteden te weigeren. Het Nederlandse bouwbedrijf heeft inmiddels een zienswijze ingediend, waarin hij het standpunt inneemt dat artikel 4.32 van de Aanbestedingswet analoog zou moeten worden toegepast op de EC-beschikking voor het bitumenkartel. Dit omdat de gedragingen van het bitumenkartel onderdeel uitmaakten van de bouwfraude zoals die door de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid is onderzocht. Bovendien heeft dit bouwbedrijf mede vanwege de overtredingen in het bitumenkartel een bijdrage geleverd aan de Collectieve Regeling Bouwnijverheid.

Deelname aan de Collectieve Regeling Bouwnijverheid is op grond van artikel 4.32 onder c van de Aanbestedingswet een reden om een ACM-beschikking niet tegen te werpen bij de aanvraag van een gedragsverklaring aanbesteden. De tekst van artikel 4.32 beperkt zich echter tot beschikkingen van de ACM. Beschikkingen van de Europese Commissie worden noch in het artikel, noch in de Memorie van Toelichting genoemd. Ik concludeer daaruit dat een onderneming geen beroep kan doen op artikel 4.32 als sprake is van een EC-beschikking. Deze redenering heeft echter tot gevolg dat het effect van artikel 4.32 van de Aanbestedingswet vrijwel teniet wordt gedaan, omdat bijna alle grote Nederlandse bouwbedrijven door de EC zijn beboet voor het bitumenkartel (de EC-beschikking betreft Heijmans, KWS, BAM, HBG, Ballast Nedam en Dura Vermeer). Om die reden vraag ik mij af of EZ dit effect heeft beoogd met de Aanbestedingswet. Ook vraag ik mij af wat de mening van EZ is over de zienswijze grond dat artikel 4.32 van de Aanbestedingswet analoog moet worden toegepast op de door de EC beboete overtredingen in het kader van het bitumenkartel.

De al uitgestelde beslistermijn op de aanvraag loopt bijna af. Deze week vinden daarom de interne overleggen binnen de Dienst Justis plaats over

of de gedragsverklaringen aanbesteden moeten worden afgegeven. Om die reden hoop ik op een spoedige reactie. Ik hoop dat de kaders van mijn vraag nu voldoende duidelijk zijn.

Met vriendelijke groet,

10.2.e
Adviseur Juridische Zaken

Dienst Justis
Juridische Zaken en Uitvoeringsbeleid

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Turfmarkt 147 | 2511 DP | Den Haag
Postbus 20300 | 2500 EH | Den Haag

10.2.e | 10.2.e | [@minvenj.nl](mailto:10.2.e@minvenj.nl) | 06- 10.2.e

Dit bericht kan informatie bevatten die niet voor u is bestemd. Indien u niet de geadresseerde bent of dit bericht abusievelijk aan u is toegezonden, wordt u verzocht dat aan de afzender te melden en het bericht te verwijderen. De Staat aanvaardt geen aansprakelijkheid voor schade, van welke aard ook, die verband houdt met risico's verbonden aan het elektronisch verzenden van berichten.

Ministerie van Veiligheid en Justitie

This message may contain information that is not intended for you. If you are not the addressee or if this message was sent to you by mistake, you are requested to inform the sender and delete the message. The State accepts no liability for damage of any kind resulting from the risks inherent in the electronic transmission of messages.

Ministry of Security and Justice

Dit bericht kan informatie bevatten die niet voor u is bestemd. Indien u niet de geadresseerde bent of dit bericht abusievelijk aan u is toegezonden, wordt u verzocht dat aan de afzender te melden en het bericht te verwijderen. De Staat aanvaardt geen aansprakelijkheid voor schade, van welke aard ook, die verband houdt met risico's verbonden aan het elektronisch verzenden van berichten.

This message may contain information that is not intended for you. If you are not the addressee or if this message was sent to you by mistake, you are requested to inform the sender and delete the message. The State accepts no liability for damage of any kind resulting from the risks inherent in the electronic transmission of messages.

=====

Bezoekt u het kerndepartement van het Ministerie van Economische Zaken?

Houd er dan rekening mee dat u een geldig identiteitsbewijs (paspoort, ID-kaart of rijbewijs) dient te tonen. Indien u bij de receptie geen geldig identiteitsbewijs kunt tonen, wordt u geen toegang verleend. Legitimatiebewijzen en toegangspassen van andere organisaties worden niet geaccepteerd.

=====

Dit bericht kan informatie bevatten die niet voor u is bestemd. Indien u niet de geadresseerde bent of dit bericht abusievelijk aan u is toegezonden, wordt u verzocht dat aan de afzender te melden en het bericht te verwijderen. De Staat

aanvaardt geen aansprakelijkheid voor schade, van welke aard ook, die verband houdt met risico's verbonden aan het elektronisch verzenden van berichten.

Ministerie van Veiligheid en Justitie

This message may contain information that is not intended for you. If you are not the addressee or if this message was sent to you by mistake, you are requested to inform the sender and delete the message. The State accepts no liability for damage of any kind resulting from the risks inherent in the electronic transmission of messages.

Ministry of Security and Justice

Arrestenlijst deel I

Zaak	Document	Datum	Naam van de partijen
T-168/10	Arrest	19/09/2012	Commissie/SEMEA
T-265/08	Arrest	19/09/2012	Duitsland/Commissie
T-407/10	Arrest	20/09/2012	Hongarije/Commissie
T-154/10	Arrest	20/09/2012	Frankrijk/Commissie
T-89/10	Arrest	20/09/2012	Hongarije/Commissie
T-421/09	Arrest	20/09/2012	DEI/Commissie
T-333/09	Arrest	20/09/2012	Polen/Commissie
T-169/08	Arrest	20/09/2012	DEI/Commissie
T-269/10	Arrest	26/09/2012	LIS/Commissie
T-84/09	Arrest	26/09/2012	Italië/Commissie
C-392/11	Arrest	27/09/2012	Field Fisher Waterhouse
C-179/11	Arrest	27/09/2012	CIMADE en GISTI
C-137/11	Arrest	27/09/2012	Partena
C-587/10	Arrest	27/09/2012	VSTR
C-113/10	Arrest	27/09/2012	Zuckerfabrik Jülich
T-303/10	Arrest	27/09/2012	Wam Industriale/Commissie
T-257/10	Arrest	27/09/2012	Italië/Commissie
T-160/10	Arrest	27/09/2012	J/Parlement
T-387/09	Arrest	27/09/2012	Applied Microengineering/Commissie
T-328/09	Arrest	27/09/2012	Producteurs de légumes de France/Commissie
T-243/09	Arrest	27/09/2012	Fedecom/Commissie
T-139/09	Arrest	27/09/2012	Frankrijk/Commissie
T-82/08	Arrest	27/09/2012	Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie
T-370/06	Arrest	27/09/2012	Kuwait Petroleum e.a./Commissie
T-362/06	Arrest	27/09/2012	Ballast Nedam Infra/Commissie
T-361/06	Arrest	27/09/2012	Ballast Nedam/Commissie
T-360/06	Arrest	27/09/2012	Heijmans/Commissie
T-359/06	Arrest	27/09/2012	Heijmans Infrastructuur/Commissie
T-357/06	Arrest	27/09/2012	Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commissie
T-356/06	Arrest	27/09/2012	Koninklijke Volker Wessels Stevin/Commissie
T-355/06	Arrest	27/09/2012	Koninklijke BAM Groep/Commissie
T-354/06	Arrest	27/09/2012	BAM NBM Wegenbouw en HBG Civiel/Commissie
T-353/06	Arrest	27/09/2012	Vermeer Infrastructuur/Commissie
T-352/06	Arrest	27/09/2012	Dura Vermeer Infra/Commissie
T-351/06	Arrest	27/09/2012	Dura Vermeer Groep/Commissie
T-348/06	Arrest	27/09/2012	Total Nederland/Commissie
T-347/06	Arrest	27/09/2012	Nynäs Petroleum en Nynas Belgium/Commissie

Zaak	Document	Datum	Naam van de partijen
T-344/06	Arrest	27/09/2012	Total/Commissie
T-343/06	Arrest	27/09/2012	Shell Petroleum e.a./Commissie

ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

27 septembre 2012 (*)

« Concurrence – Ententes – Marché néerlandais du bitume routier – Décision constatant une infraction à l'article 81 CE – Amendes – Coopération durant la procédure administrative – Valeur ajoutée significative – Égalité de traitement – Droits de la défense »

Dans l'affaire T-370/06,

Kuwait Petroleum Corp., établie à Shuwaikh (Koweït),

Kuwait Petroleum International Ltd, établie à Woking (Royaume-Uni),

Kuwait Petroleum (Nederland) BV, établie à Rotterdam (Pays-Bas),

représentées par 10.2.e , solicitor, et 10.2.e , avocat,

parties requérantes,

contre

Commission européenne, représentée par 10.2.e , en qualité d'agent, assisté de 10.2.e , avocat,

partie défenderesse,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Le recours est rejeté.**
- 2) **Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd et Kuwait Petroleum (Nederland) BV sont condamnées aux dépens.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Geldboeten – Bewijs van inbreuk – Zwaarte van inbreuk – Toerekenbaarheid van inbreukmakend gedrag – Rechten van verdediging – Aanvoering van nieuwe middelen in loop van geding – Volledige rechtsmacht”

In zaak T-362/06,

Ballast Nedam Infra BV, gevestigd te Nieuwegein (Nederland), aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e [redacted] advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door 10.2.e [redacted] en 10.2.e [redacted] als gemachtigden, aanvankelijk bijgestaan door 10.2.e [redacted] en vervolgens door 10.2.e [redacted], advocaten,

verweerster,

betreffende, primair, een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) voor zover deze betrekking heeft op verzoekster, en subsidiair, enerzijds een vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van die beschikking en tot verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete en anderzijds een vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van diezelfde beschikking voor zover deze de duur van de inbreuk voor verzoekster vaststelt, en tot overeenkomstige verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 1, sub a, van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) wordt nietig verklaard voor zover het betrekking heeft op de deelneming van Ballast Nedam Infra BV aan de inbreuk tussen 21 juni 1996 en 30 september 2000.**

- 2) **Het bedrag van de in artikel 2, sub a, van de in punt 1 hierboven genoemde beschikking aan Ballast Nedam Infra hoofdelijk opgelegde geldboete wordt beperkt tot 3,45 miljoen EUR.**
- 3) **Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Toerekenbaarheid van inbreukmakend gedrag – Rechten van verdediging – Gevolgen jegens derden van arrest houdende nietigverklaring”

In zaak T-361/06,

Ballast Nedam NV, gevestigd te Nieuwegein (Nederland), aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e [redacted] advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door 10.2.e [redacted] en 10.2.e [redacted] als gemachtigden, aanvankelijk bijgestaan door 10.2.e [redacted], en vervolgens door 10.2.e [redacted], advocaten,

verweester,

betreffende, primair, een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) voor zover deze betrekking heeft op verzoekster, en subsidiair, enerzijds een vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van die beschikking voor zover deze de duur van de inbreuk voor verzoekster vaststelt, en anderzijds een vordering tot verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Ballast Nedam NV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen
– Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG –
Aansprakelijkstelling voor inbreukmakend gedrag”

In zaak T-360/06,

Heijmans NV, gevestigd te Rosmalen (Nederland), aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e, vervolgens door 10.2.e, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e als gemachtigden, aanvankelijk bijgestaan door 10.2.e, vervolgens door 10.2.e als gemachtigden, bijgestaan door 10.2.e, advocaten,

verweerster,

betreffende, primair, een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) voor zover deze betrekking heeft op verzoekster en, subsidiair, een vordering tot verlaging van het bedrag van de haar bij deze beschikking opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Heijmans NV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen
– Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Bewijslast –
Geldboeten – Zwaarte van inbreuk – Aansprakelijkstelling voor inbreukmakend gedrag
– Motiveringsplicht – Recht van verdediging”

In zaak T-359/06,

Heijmans Infrastructuur BV, gevestigd te Rosmalen (Nederland), aanvankelijk
vertegenwoordigd door 10.2.e, vervolgens door 10.2.e,
advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e
als gemachtigden, bijgestaan door 10.2.e
advocaten, vervolgens door 10.2.e
als gemachtigden, bijgestaan door 10.2.e

verweerster,

betreffende, primair, een vordering tot nietigverklaring van beschikking
C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure
op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) voor zover deze
beschikking betrekking heeft op verzoekster, en subsidiair, een vordering tot verlaging
van het bedrag van de haar bij die beschikking opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Heijmans Infrastructuur BV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen
– Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Geldboeten –
Toerekenbaarheid van inbreuk”

In zaak T-356/06,

Koninklijke Volker Wessels Stevin NV, gevestigd te Rotterdam (Nederland),
aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e
, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door 10.2.e
als gemachtigden, aanvankelijk bijgestaan door 10.2.e
vervolgens door 10.2.e advocaten,

verweerster,

betreffende een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), voor zover deze betrekking heeft op verzoekster,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Koninklijke Volker Wessels Stevin NV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking waarbij inbreuk op artikel 81 EG wordt vastgesteld – Toerekenbaarheid van inbreukmakend gedrag – Duur van inbreuk”

In zaak T-355/06,

Koninklijke BAM Groep NV, gevestigd te Bunnik (Nederland), vertegenwoordigd door **10.2.e** advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door **10.2.e** als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) voor zover deze betrekking heeft op verzoekster,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Koninklijke BAM Groep NV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Bestaan en kwalificatie van overeenkomst – Beperking van mededinging – Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten – Rechten van verdediging – Geldboeten – Duur van inbreuk”

In zaak T-354/06,

BAM NBM Wegenbouw BV, gevestigd te Bunnik (Nederland),

HBG Civiel BV, gevestigd te Gouda (Nederland),

vertegenwoordigd door **10.2.e**, advocaten,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door **10.2.e**,
als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), voor zover deze betrekking heeft op verzoeksters,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **BAM NBM Wegenbouw BV en HBG Civiel BV worden verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Bestaan en kwalificatie van overeenkomst – Beperking van mededinging – Richtsnoeren inzake toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten – Berekening van bedrag van geldboeten – Zwaarte en duur van inbreuk – Motiveringsplicht – Rechten van verdediging”

In zaak T-353/06,

Vermeer Infrastructuur BV, gevestigd te Hoofddorp (Nederland), vertegenwoordigd door **10.2.e**, advocaat,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door **10.2.e** als gemachtigden, bijgestaan door **10.2.e**, advocaten, vervolgens door **10.2.e** als gemachtigden, bijgestaan door **10.2.e**,

verweerster,

betreffende een beroep dat primair strekt tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), met name voor zover deze verzoekster betreft, en subsidiair tot verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Vermeer Infrastructuur BV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen
– Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Toerekenbaarheid
van inbreuk – Rechten van verdediging”

In zaak T-352/06,

Dura Vermeer Infra BV, gevestigd te Hoofddorp (Nederland), vertegenwoordigd
door **10.2.e**, advocaat,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door **10.2.e**
als gemachtigden, bijgestaan door **10.2.e**
, advocaten, vervolgens door **10.2.e**
als gemachtigden, bijgestaan door **10.2.e**

verweerster,

betreffende een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van
de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81
[EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), voor zover deze betrekking heeft op
verzoekster,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Dura Vermeer Infra BV wordt verwezen in de kosten.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen
– Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Toerekenbaarheid
van inbreuk”

In zaak T-351/06,

Dura Vermeer Groep NV, gevestigd te Rotterdam (Nederland), vertegenwoordigd
door 10.2.e, advocaat,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door 10.2.e
als gemachtigden, bijgestaan door 10.2.e
advocaten, vervolgens door 10.2.e
als gemachtigden, bijgestaan door 10.2.e

verweerster,

betreffende een vordering tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van
de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81
[EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), voor zover deze betrekking heeft op
verzoekster,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Dura Vermeer Groep NV wordt verwezen in de kosten.**

ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

27 septembre 2012 (*)

« Concurrence – Ententes – Marché néerlandais du bitume routier – Décision constatant une infraction à l'article 81 CE – Caractère continu de l'infraction – Imputabilité du comportement infractionnel – Amendes – Gravité et durée de l'infraction »

Dans l'affaire T-348/06,

Total Nederland NV, établie à Voorburg (Pays-Bas), représentée par **10.2.e**,
[redacted], avocat,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par **10.2.e**,
[redacted],
en qualité d'agents,

partie défenderesse,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Le recours est rejeté.**
- 2) Total Nederland NV est condamnée aux dépens.

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012 (*)

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegenbouwbitumen – Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG – Toerekenbaarheid van inbreuk opleverend gedrag – Geldboeten – Medewerking tijdens administratieve procedure – Significant toegevoegde waarde – Gelijke behandeling”

In zaak T-347/06,

Nynäs Petroleum AB, gevestigd te Stockholm (Zweden),

Nynas Belgium AB, gevestigd te Stockholm,

vertegenwoordigd door 10.2.e, solicitors,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door 10.2.e als gemachtigde, bijgestaan door 10.2.e advocaat,

verweerster,

betreffende, primair, een vordering tot nietigverklaring van beschikking C (2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] [Zaak COMP/F/38.456 – Bitumen (Nederland)], en subsidiair, een vordering tot verlaging van het bedrag van de geldboete die bij deze beschikking aan verzoeksters is opgelegd,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Nynäs Petroleum AB en Nynas Belgium AB worden verwezen in de kosten.**

ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

27 septembre 2012 (*)

« Concurrence – Ententes – Marché néerlandais du bitume routier – Décision constatant une infraction à l'article 81 CE – Imputabilité du comportement infractionnel – Amendes – Gravité et durée de l'infraction »

Dans l'affaire T-344/06,

Total SA, établie à Courbevoie (France), représentée initialement par 10.2.e

avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par par 10.2.e

en qualité d'agents,

partie défenderesse,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Le recours est rejeté.**
- 2) **Total SA est condamnée aux dépens.**

Arrestenlijst deel II

Zaak	Document	Datum	Naam van de partijen	Onderwerp
T-592/11	Arrest	13/09/2013	Anbouba/Raad	Externe betrekkingen
T-563/11	Arrest	13/09/2013	Anbouba/Raad	Externe betrekkingen
T-383/11	Arrest	13/09/2013	Makhlouf/Raad	Externe betrekkingen
T-214/11	Arrest	13/09/2013	ClientEarth en PAN Europe/EFSA	Verzoek om maatregelen van instructie
T-1111/11	Arrest	13/09/2013	ClientEarth/Commissie	Verzoek om maatregelen van instructie
T-551/10	Arrest	13/09/2013	Fri-El Acerra/Commissie	Mededinging
T-566/08	Arrest	13/09/2013	Total Raffinage Marketing/Commissie	Mededinging
T-548/08	Arrest	13/09/2013	Total/Commissie	Mededinging
T-537/08	Arrest	13/09/2013	Cixi Jiangnan Chemical Fiber e.a./Raad	Externe betrekkingen
T-536/08	Arrest	13/09/2013	Huvis/Raad	Externe betrekkingen
T-525/08	Arrest	13/09/2013	Poste Italiane/Commissie	Mededinging
T-380/08	Arrest	13/09/2013	Nederland/Commissie	Verzoek om maatregelen van instructie
T-73/08	Arrest	13/09/2013	Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung/Commissie	Sociale bepalingen
T-618/11 P	Arrest	16/09/2013	De Nicola/EIB	Ambtenarenstatuut en regeling andere personeelsleden
T-418/11 P	Arrest	16/09/2013	De Nicola/EIB	Ambtenarenstatuut en regeling andere personeelsleden
T-343/11	Arrest	16/09/2013	Nederland/Commissie	Landbouw (EOGFL)
T-264/11 P	Arrest	16/09/2013	De Nicola/EIB	Ambtenarenstatuut en regeling andere personeelsleden
T-8/11	Arrest	16/09/2013	Bank Kargoshaei e.a./Raad	Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid
T-489/10	Arrest	16/09/2013	Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a./Raad	Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid
T-412/10	Arrest	16/09/2013	Roca/Commissie	Mededinging
T-411/10	Arrest	16/09/2013	Laufen Austria/Commissie	Mededinging
T-408/10	Arrest	16/09/2013	Roca Sanitario/Commissie	Mededinging
T-396/10	Arrest	16/09/2013	Zucchetti Rubinetteria/Commissie	Mededinging
T-386/10	Arrest	16/09/2013	Dornbracht/Commissie	Mededinging
T-380/10	Arrest	16/09/2013	Wabco Europe e.a./Commissie	Mededinging
T-379/10	Arrest	16/09/2013	Keramag Keramische Werke e.a./Commissie	Mededinging
T-378/10	Arrest	16/09/2013	Masco e.a./Commissie	Mededinging
T-376/10	Arrest	16/09/2013	Mamoli Robinetteria/Commissie	Mededinging
T-375/10	Arrest	16/09/2013	Hansa Metallwerke e.a./Commissie	Mededinging
T-373/10	Arrest	16/09/2013	Villeroy & Boch Austria/Commissie	Mededinging
T-368/10	Arrest	16/09/2013	Rubinetteria Cisa/Commissie	Mededinging
T-364/10	Arrest	16/09/2013	Duravit e.a./Commissie	Mededinging
T-333/10	Arrest	16/09/2013	ATC e.a./Commissie	Verzoek om maatregelen van instructie

Zaak	Document	Datum	Naam van de partijen	Onderwerp
T-325/10	Arrest	16/09/2013	Iliad e.a./Commissie	Mededinging
T-258/10	Arrest	16/09/2013	Orange/Commissie	Mededinging Mededinging
T-79/10	Arrest	16/09/2013	Colt Télécommunications France/Commissie	Mededinging Mededinging
T-518/09	Arrest	16/09/2013	Ecoceane/EMSA	Overheidsopdrachten van de Europese Gemeenschappen
T-486/09	Arrest	16/09/2013	Polen/Commissie	Landbouw
T-435/09	Arrest	16/09/2013	GL2006 Europe/Commissie	Onderzoek en technologische ontwikkeling
T-226/09	Arrest	16/09/2013	British Telecommunications/Commissie	Mededinging
T-497/07	Arrest	16/09/2013	CEPSA/Commissie	Mededinging
T-496/07	Arrest	16/09/2013	Repsol Lubricantes y Especialidades e.a./Commissie	Mededinging
T-495/07	Arrest	16/09/2013	PROAS/Commissie	Mededinging
T-482/07	Arrest	16/09/2013	Nynäs Petroleum en Nynas Petróleo/Commissie	Mededinging
T-462/07	Arrest	16/09/2013	Galp Energia España e.a./Commissie	Mededinging
T-3/07	Arrest	16/09/2013	Spanje/Commissie	Economische en sociale samenhang
T-2/07	Arrest	16/09/2013	Spanje/Commissie	Economische en sociale samenhang
T-402/06	Arrest	16/09/2013	Spanje/Commissie	Economische en sociale samenhang
C-77/11	Arrest	17/09/2013	Raad/Parlement	Verzoek om maatregelen van instructie

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

13 septembre 2013 (*)

« Concurrence – Ententes – Marché des cires de paraffine – Marché du gatsch – Décision constatant une infraction à l'article 81 CE – Fixation des prix et répartition des marchés – Droits de la défense – Principe de légalité des délits et des peines – Présomption d'innocence – Imputabilité du comportement infractionnel – Responsabilité d'une société mère pour les infractions aux règles de la concurrence commises par ses filiales – Influence déterminante exercée par la société mère – Présomption en cas de détention d'une participation de près de 100 % »

Dans l'affaire T-548/08,

Total SA, établie à Courbevoie (France), représentée par 10.2.e
avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par 10.2.e
en qualité d'agents,

partie défenderesse,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Le recours est rejeté.**
- 2) **Total SA supportera ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la Commission européenne.**

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

13 september 2013 (*)

„Toegang tot documenten – Verordening (EG) nr. 1049/2001 – Verzoek om toegang tot bepaalde vertrouwelijke passages uit eindbeschikking van Commissie betreffende mededingingsregeling – Weigering van toegang – Motiveringsplicht – Verplichting over te gaan tot concreet en individueel onderzoek – Uitzondering betreffende bescherming van persoonlijke levenssfeer en integriteit van individu – Uitzondering betreffende bescherming van commerciële belangen van derde – Uitzondering betreffende bescherming van doel van onderzoek – Hoger openbaar belang – Loyale samenwerking”

In zaak T-380/08,

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door **10.2.e** als gemachtigden,

verzoeker,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door **10.2.e** als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 30 juni 2008 tot weigering van toegang tot bepaalde vertrouwelijke passages uit beschikking C(2006) 4090 def. [zaak COMP/38.456 – Bitumen (Nederland)],

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer)

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Het Koninkrijk der Nederlanden zal zijn eigen kosten en die van de Europese Commissie dragen.**

Arrestenlijst deel II

Zaak	Document	Datum	Naam van de partijen	Onderwerp
C-271/13 P	Arrest	20/03/2014	Rousse Industry/Commissie	Mededinging
C-139/12	Arrest	20/03/2014	Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona	Fiscale bepalingen
C-639/11	Arrest	20/03/2014	Commissie/Polen	Vrij verkeer van goederen
T-181/10	Arrest	20/03/2014	Reagens/Commissie	Mededinging
C-322/13	Arrest	27/03/2014	Grauel Rüffer	non-discriminatie
C-300/13	Arrest	27/03/2014	Iberdrola Distribución Eléctrica	Harmonisatie van wetgevingen
C-265/13	Arrest	27/03/2014	Torralbo Marcos	Fundamentele rechten
C-151/13	Arrest	27/03/2014	Le Rayon d'Or	Fiscale bepalingen
C-17/13	Arrest	27/03/2014	Alpina River Cruises en Nicko Tours	Vervoer
C-612/12 P	Arrest	27/03/2014	Ballast Nedam/Commissie	Mededinging
C-565/12	Arrest	27/03/2014	LCL Le Crédit Lyonnais	Harmonisatie van wetgevingen
C-314/12	Arrest	27/03/2014	UPC Telekabel Wien	Harmonisatie van wetgevingen
T-56/09	Arrest	27/03/2014	Saint-Gobain Glass France e. a./Commissie	Mededinging

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

27 maart 2014 (*)

„Hogere voorziening – Mededinging – Mededingingsregelingen – Nederlandse markt van wegebouwbitumen – Vaststelling van brutoprijs van wegebouwbitumen – Vaststelling van korting voor wegebouwers – Verordening (EG) nr. 1/2003 – Artikel 27 – Rechten van de verdediging – Verlaging van geldboete”

In zaak C-612/12 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 21 december 2012,

Ballast Nedam NV, gevestigd te Nieuwegein (Nederland), vertegenwoordigd door **10.2.e**, advocaten,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door **10.2.e** als gemachtigden, bijgestaan door **10.2.e**, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart:

- 1) Het arrest Ballast Nedam/Commissie (T-361/06) wordt vernietigd voor zover daarbij afwijzend is beslist op het middel van Ballast Nedam NV inzake schending van artikel 27, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [81 EG] en [82 EG], en van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure die heeft geleid tot beschikking C(2006) 4090 definitief van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] [zaak COMP/38.456 – Bitumen (Nederland)].
- 2) Artikel 1, sub a, van beschikking C(2006) 4090 definitief wordt nietig verklaard voor zover het betrekking heeft op de inbreuk op artikel 81 EG die Ballast Nedam NV in de periode van 21 juni 1996 tot en met 30 september 2000 heeft gepleegd.
- 3) Artikel 2, sub a, van beschikking C(2006) 4090 definitief wordt nietig verklaard voor zover het bedrag van de door Ballast Nedam NV verschuldigde geldboete daarbij is vastgesteld op 4,65 miljoen EUR.
- 4) Het bedrag van de geldboete die aan Ballast Nedam NV hoofdelijk is opgelegd bij artikel 2, sub a, van beschikking C(2006) 4090 definitief, wordt vastgesteld op 3,45 miljoen EUR.

- 5) De Europese Commissie draagt alle kosten van de onderhavige hogere voorziening.
- 6) Elke partij draagt haar eigen kosten betreffende de procedure in eerste aanleg.