

Tendens om alleen te toetsen aan het EU-Grondrechtenhandvest: opmaat voor een ruimere bescherming dan EVRM?

Op deze redactionele plek is regelmatig kort ingegaan op allerhande EVRM/EHRM-ontwikkelingen die ons van belang leken voor het Nederlandse en EU mededingingsrecht.¹ Met een eventuele toetreding van de EU bij het EVRM, zou dat belang mijns inziens nog evidentier worden.² Maar wat schetst mijn verbazing: het Hof van Justitie (HvJ) heeft recentelijk een aantal mededingingszaken afgedaan met louter verwijzingen naar het EU-Grondrechtenhandvest,³ zonder verwijzing naar het EVRM en daarbij eenmaal een boete zelfs volledig vernietigd wegens inbreuk op het Handvest. Het ging daarbij om het recht op een eerlijk proces, een van de fundamentele rechten van onze rechtstaat.⁴ Dat is vastgelegd in art. 47 en 48 van het EU-Grondrechtenhandvest, maar ook in art. 6 en 13 EVRM.⁵

Twee recente arresten van het HvJ laten die tendens zien. Het gaat om de Solvay-zaak⁶ waar de beboete onderneming geen volledige toegang was verleend tot het procesdossier en de KME-zaak⁷ waarin werd geklaagd door de beboete onderneming over het alles-in-één-hand-stelsel. Beide (vermeend) in strijd met het fundamentele recht op een eerlijk proces.⁸ Voordat ik kort op die zaken inga, is de eerste vraag of die tendens gevolgen zou kunnen hebben voor de uit-

komst van toekomstige zaken. Met andere woorden: is deze tendens een opmaat voor iets nieuws? Sinds het Verdrag van Lissabon is het Handvest bindend⁹ en kan het HvJ gedragingen/regels van de EU-instellingen en lidstaten direct toetsen aan het Handvest.¹⁰ Tot die tijd kon niet rechtstreeks worden getoetst aan fundamentele rechten en kon dat 'slechts' indirect via de band van algemene rechtsbeginselen, die vaak waren ontleend aan of beter gezegd geïnspireerd op het EVRM. Sinds eind 2000 zijn die rechtsbeginselen ook ontleend aan het Handvest dat bij het sluiten van het Verdrag van Nice plechtig werd afgekondigd¹¹ zonder dat het een bindende norm werd. Nu het dat wel is, komt het mij logisch voor dat niet meer aan algemene rechtsbeginselen wordt getoetst, maar aan het inmiddels bindende Handvest.

Een visie zou kunnen zijn dat toetsing aan het Handvest verder geen gevolgen heeft, waarmee de uitkomst van toekomstige zaken gelijk zal blijven.

Een andere visie is dat nu het HvJ zelf het Handvest kan interpreteren en niet meer 'afhankelijk' is van het EHRM over de uitleg van EVRM bepalingen die het HvJ als algemene rechtsbeginselen importeerde.¹² Daarmee is de weg geopend om de rechten van het Handvest een andere (lees: ruimere) uitleg te geven dan het EVRM. Dat zou de beboete onderneming een betere bescherming kunnen geven. De tendens heeft in dat geval wel degelijk gevolgen en is daarmee een opmaat voor iets nieuws.

Allereerst blijkt uit art. 52, lid 3 van het Handvest en de toelichting daarbij, dat daar waar het rechten betreft die corresponderen met rechten uit het EVRM de inhoud en reikwijdte, zoals uitgelegd door het EHRM, dezelfde zijn. Dat een ruimere uitleg mogelijk is, is expliciet opgenomen in de tweede volzin van die bepaling.¹³ In de Solvay-zaak over de toegang tot dossier zie ik alvast een vingerwijzing naar een ruimere uitleg, althans een betere bescherming dan die het EHRM zou bieden bij eenzelfde schending.

1 R.W.H. Groen, Menarini 'Diagnostics: EHRM laat mededingingsrechtelijk alles-in-één-hand-stelsel in tact', AM 2011, p. 143; W.W. Geursen, 'Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vóóraf, uitsluiting van bewijs en schadevergoeding', AM 2010, p. 131; W.W. Geursen, 'Fruits of the poisonous tree in het kartelrecht: onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet per se te worden uitgesloten', AM 2009, p. 115-116.

2 Sinds het Verdrag van Lissabon is dat de bedoeling: art. 6 lid 2 EU.

3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Pb 2010, C 83/389).

4 Dat geldt ook voor de EU, zoals in de toelichting bij art. 47 van het Handvest valt te lezen: 'Dit is een consequentie van het feit dat de Unie een rechtsgemeenschap is, zoals het Hof heeft geconstateerd in zaak 294/83, Les Verts tegen Europees Parlement (arrest van 23 april 1986, Jurispr. 1986, blz. 1339).' (Pb 2007, C 303/17).

5 Overigens zijn die bepalingen niet elkaars spiegelbeelden. Art. 47 Handvest bevat delen van art. 6 en 13 EVRM, terwijl in art. 48 Handvest de 'overige' delen van art. 6 EVRM zijn opgenomen.

6 Arrest van het HvJ (grote kamer) van 25 oktober 2011 in zaak C-110/10, Solvay SA (n.n.g.).

7 Arrest van het HvJ van 8 december 2011 in zaak C-389/10, KME (n.n.g.)

8 Aan dat recht worden allerhande andere rechten afgeleid, waar ik hier niet nader op in zal gaan, zoals de onschuldpresumptie die in het gedrag zou komen door allerhande bewijsomkeringen; zie daarover bijvoorbeeld: M. Bronkers, A. Vallery, 'No Longer Presumed Guilty? - The Impact of Fundamental Rights on certain Dogmas of EU Competition Law', 44 World Competition: Law and Economics Review, No. 4, 2011; zie verder: W.P.J. Wils, 'EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay Between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights'. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 34, Nr. 2, 2011.

9 Aangezien art. 6, lid 1 EU aan het Handvest dezelfde juridische waarde toekent als aan de Verdragen.

10 Er zijn zelfs al bepalingen van een verordening gesneuveld wegens strijd met het Handvest: arrest van het HvJ van 9 november 2010 in gevoegde zaken C-92 en 93/09, Schecke en Eifert (n.n.g.), r.o. 85 en 86.

11 Pb 2000, C364/1,

12 Alhoewel het Gerecht voor ambtenarenzaken recentelijk mijns inziens nog wel zwaar leunde op arresten van het EHRM bij de uitleg van het Handvest: arrest van 14 oktober 2010 in zaak F-86/09, W vs. Europese Commissie.

13 Illustratief daarvoor is het arrest van het HvJ van 22 december 2010 in zaak C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH (n.n.g.), r.o. 35 e.v.

Toegang tot dossier

Samen met de beschikking houdende de boete voor een overtreding van de mededingingsregels komt het procesdossier in digitale vorm. Eenmaal uitgeprint beslaat een procesdossier van zo'n 10.000 pagina's al snel een boekenkast ter grootte van een 'Billy' vol ordners. Er zit dan niets anders op voor de advocaat van de beboete onderneming om dan links bovenaan te beginnen en - na enkele lange dagen - rechts onderaan te eindigen, om dat vervolgens nog een aantal maal te doen. Met een beetje geluk vind je discolperend materiaal in die figuurlijke hooiberg.

Ook al lijkt dat op het eerste gezicht misschien op saai monnikenwerk, je bent dan toch maar mooi bezig met het in praktijk brengen van een van de fundamenten van onze rechtstaat: het recht op een eerlijk proces, waarin de rechten van verdediging worden gerespecteerd en op basis van het beginsel van *equality of arms* toegang is tot het (proces)dossier.

In diezelfde praktijk zal maar al te vaak blijken dat gedeeltes of soms zelfs hele pagina's zijn gewit, omdat deze door de andere partijen en de Commissie als vertrouwelijk zijn aangemerkt, bijvoorbeeld wegens bedrijfsgeheimen. Doorgaans gaat de vraag of de beboete onderneming (voldoende) toegang heeft gehad tot het dossier over die weggelakte gedeeltes.

In de Solvay-zaak ging het echter om delen van het dossier die volledig verdwenen waren. Waarom die waren verdwenen, blijkt niet uit de openbare stukken, maar misschien zijn verhuizingen van de burelen van de Commissie daar debet aan. Omdat Solvay's rechten niet waren gerespecteerd vernietigde de Grote Kamer van het HvJ op 25 oktober jl. de in totaal € 23 miljoen boete die de Europese Commissie aan Solvay had opgelegd. Het HvJ verwees daarbij alleen naar het Handvest en niet naar het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.

Het gaat te ver om op deze plaats extensief onderzoek te doen naar en een inhoudelijk oordeel te geven over de vraag of het HvJ een ruimere bescherming biedt aan de veroordeelde onderneming op basis van het Handvest, dan dat het EHRM zou hebben gedaan op basis van het EVRM. Toch wil ik de parallel trekken met het arrest van het EHRM van 31 maart 2009 in de zaak *Natunen vs. Finland*, 21022/04. Daarin was een Fin veroordeeld tot zeven jaar cel wegens illegale drugshandel. Een deel van het procesdossier was vernietigd, waardoor hij geen toegang had gehad tot het gehele procesdossier. Het EHRM concludeerde dat dit in strijd is met het fundamentele recht op een eerlijk proces. Tot zover loopt de analyse parallel met de Solvay-zaak. Het EHRM heeft maar beperkte bevoegdheden waar het gevolgen kan verbinden aan een dergelijke overtreding. Uiteindelijk veroordeelde het Finland tot betaling van € 2.500 aan schadevergoeding aan de heer Natunen, die dus tot zeven jaar cel was veroordeeld.¹⁴ Op het eerste gezicht lijkt mij dat in schril contrast te staan met de bescherming die

Solvay uiteindelijk genoot voor het HvJ dat de volledige boete van € 23 miljoen vernietigde. Een conclusie zou kunnen zijn dat het HvJ een ruimere bescherming biedt dan het EHRM doordat het verdergaande consequenties verbindt aan de schending van het fundamentele recht.

Alles-in-één-hand-stelsel

In de KME-zaak beklagde de beboete onderneming zich over het feit dat de Commissie zowel de opsporings-/aanklagende instantie is alsook de veroordelende instantie; het zogenaamde alles-in-één-hand-stelsel. Volgens het HvJ is dat niet in strijd met het recht op effectieve rechtelijke bescherming, omdat "[h]et in de Verdragen bepaalde toezicht [inhoudt] dat de Unierechter een toezicht in feite en in rechte uitoefent en dat hij het bewijs kan beoordelen, de betrokken beslissing kan nietig verklaren en de hoogte van de geldboeten kan wijzigen. Het in artikel 263 VWEU neergelegde wettigheidstoezicht, aangevuld met de in artikel 31 van verordening nr. 1/2003 neergelegde toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht ter zake van de hoogte van de geldboete, is bijgevolg niet in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming dat in artikel 47 van het Handvest is verankerd."¹⁵

Daarmee past het HvJ de criteria toe die volgen uit het recente arrest van het EHRM in de *Menarini Diagnostics*-zaak,¹⁶ waaruit blijkt een alles-in-één-hand-stelsel niet in strijd is met art. 6 EVRM, op voorwaarde dat de rechter zijn toetsende taak volledig uitvoert;¹⁷ wederom doet het HvJ deze zaak af zonder verwijzing naar het EHRM/EVRM.

Eén zwaluw

Rest nog de vraag of een handjevol recente arresten daadwerkelijk aan te merken zijn als een tendens;¹⁸ één zwaluw maakt immers nog geen zomer. Het kan een startpunt zijn, maar of de tendens doorzet is allerm minst zeker. Zeker nu recent nog het HvJ arrest wees in de *Painer*-zaak waarin het zowel naar een bepaling in het EVRM verwees als naar de spiegelbeeldige bepaling in het Handvest.¹⁹ Of is dat nog een laatste stuip trekking van de manier van werken van voor het Verdrag van Lissabon? De vraag of dit een algemene tendens wordt voor het HvJ of 'slechts' de tendens blijft bij enkele *judges rapporteurs* en hun referendarissen of bepaalde kamers zal de tijd moeten uitwijzen.

Door het Handvest en het EVRM niet (steeds) meer in

¹⁵ R.o. 133.

¹⁶ Arrest van het EHRM van 27 september 2011 in zaak 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italië*.

¹⁷ De hele discussie over de functiescheiding binnen de NMA is vanuit dat opzicht dan wellicht achterhaalt (zie nader CBb 30 augustus 2011 in zaak ETB Vos/NMA, LJN BR6737, AM 2011, p. 156, m.nt. H.M.H. Speyart, M. Polvliet en M&M 2011, p. 234, m.nt. B.H.J. Braeken).

¹⁸ Die tendens is overigens niet alleen van de laatste maanden, zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ van 1 juli 2010 in zaak C-407/08, *Knauf* (n.n.g.), r.o. 91, waar het bezwaren die pas na de administratieve procedure voor het eerst bij het Gerecht werden gemaakt ook toelaatbaar achtte wegens rechten van verdediging. Ook buiten mededingingsrechtelijke zaken is deze tendens te bespeuren: bijvoorbeeld de arresten van het HvJ van 24 november 2011 in de gevoegde zaken C-468 en 469/10, *ASNEF en FECEMD* (n.n.g.), r.o. 40 e.v. betreffende de verwerking van persoonsgegevens en eveneens 24 november 2011 in zaak C-70/10, *Scarlet Extended* (n.n.g.), r.o. 43, 46 en 50 betreffende de beperking van internetvrijheid bij peer-to-peer-programma's.

¹⁹ Arrest van 1 december 2011 in zaak C-145/10, *Painer* (n.n.g.), r.o. 115.

¹⁴ Of een Finse rechter vervolgens nog consequenties heeft verbonden aan de uitspraak van het EHRM door bijvoorbeeld de volledige straf ongedaan te maken, is mij niet bekend.

Redactioneel

één adem te noemen en daarmee niet meer automatisch te verwijzen naar jurisprudentie van het EHRM over de betreffende bepaling van het EVRM, is de weg wat mij betreft geopend naar een zelfstandige uitleg van de bepalingen van het Handvest en wellicht een ruimere uitleg dan de bepalingen van het EVRM. Ik heb - zoals gezegd - onvoldoende onderzoek gedaan of het HvJ nu al een ruimere bescherming biedt, maar het vergelijk

tussen de relatief schamele € 2.500 die de heer Natunen kreeg toegewezen van het EHRM en de boete van € 23 miljoen van Solvay die het HvJ vernietigde, is wellicht een vingerwijzing dat het HvJ met het Handvest een ruimere bescherming biedt dan het EHRM op basis van het EVRM.

WG