

Fruits of the poisonous tree in het kartelrecht: onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet per se te worden uitgesloten

Bij het onderzoek naar de (vooralsnog vermeende) omkoping van ambtenaren en fraude bij aanbestedingen in Limburg heeft het OM de telefoon van de directeur van bouwbedrijf Janssen de Jong getapt. Omdat uit de telefoontaps eveneens inbreuken op het kartelverbod zouden blijken, heeft het OM de telefoontaps aan de NMa ter beschikking gesteld. Bouwbedrijf Janssen de Jong heeft vervolgens een kortgedingprocedure aangespannen tegen het OM en de NMa en vorderde primair de NMa te gebieden “de telefoontaps aan het OM te retourneren en daarvan op geen enkele wijze gebruik te (blijven) maken” en het OM te verbieden “de telefoontaps aan de NMa te verstrekken en/of anderszins de NMa te informeren over de inhoud daarvan”. Daarbij beriep het zich onder andere op het recht op eerbiediging van privéleven zoals neergelegd in art. 8 EVRM. De Haagse Voorzieningenrechter kwam – wat mij betreft onterecht, althans niet voldoende gemotiveerd – tot de conclusie dat er geen strijd is met art. 8 EVRM (zie nader de annotatie bij dat vonnis in dit nummer van AM). Het doet echter wel de vervolgvraag rijzen of dat (onrechtmatig) verkregen bewijs zou moeten worden uitgesloten wanneer er wel sprake was van strijd met art. 8 EVRM. Kortom: zou de vordering van Janssen de Jong tot uitsluiting van de telefoontaps als bewijs zijn geslaagd wanneer de voorzieningenrechter tot de conclusie was gekomen dat de verstrekking door het OM onrechtmatig was geweest?

Het EHRM heeft in zijn arrest van 12 mei 2000 in de zaak Khan¹ geoordeeld dat bewijsmateriaal verzameld onder schending van art. 8 EVRM niet per se hoeft te worden uitgesloten en dat het gebruik van dat bewijsmateriaal niet automatisch een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert. Daar zijn twee redenen voor. Allereerst is het de vraag of uitsluiting een remedie is voor de schending van art. 8 EVRM. Het is immers heel goed voorstelbaar dat het recht op eerbiediging van het privéleven van een persoon wordt geschonden, terwijl het bewijsmateriaal wordt gebruikt ten aanzien van andere persoon. De uitsluiting van het bewijsma-

teriaal levert dan geen remedie op van degenen wiens privéleven is geschonden. Zo wordt bijvoorbeeld in het Nederlandse strafrecht bij onrechtmatig verkregen bewijs de *Schutznorm* toegepast en het aldus verkregen bewijs niet automatisch uitgesloten.² Dit geldt a fortiori voor bewijs dat is verzameld naar aanleiding van de informatie die was te vinden in het onrechtmatig verkregen bewijs, de zogenaamde *fruits of the poisonous tree*. Ten tweede levert het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal geen strijd met het recht op *fair trial* op en is het dus niet in strijd met art. 6, lid 1 EVRM. Dit zou slechts anders zijn wanneer in de procedure geen ruimte is voor het betwisten van de betrouwbaarheid van het (onrechtmatig verkregen) bewijs; maar dat geldt ook ten aanzien van elke vorm van legaal verkregen bewijs. Onrechtmatig verkregen bewijs is immers niet per definitie onbetrouwbaar.

Maar hoe zit het met onrechtmatig verkregen bewijs en de *fruits of the poisonous tree* in het kartelrecht? Het HvJ EG kreeg de kans hierover te oordelen in zaak C-121/04 P, Minoan Lines / Commissie betreffende een kartel aangaande roll-on-roll-off-veerdiensten tussen Patras in Griekenland en Ancona in Italië. De Commissie bracht in het kader van dat kartelonderzoek bedrijfsbezoeken aan vijf Griekse veerdienstmaatschappijen en een Italiaanse. Op 5 en 6 juli 1994 onderzochten Commissieambtenaren kantoren in Athene in de veronderstelling dat deze van Minoan waren, een van de verdachte ondernemingen. Zij bleken echter in gebruik (en eigendom) te zijn van de vennootschap European Trust Agency (ETA). ETA is een andere rechtspersoon dan Minoan, terwijl Minoan de adreessaat van de verificatiebeschikking was. ETA is geen dochter- of moederonderneming van Minoan, maar is haar (onafhankelijke) scheepsagent. De kopieën van een groot aantal documenten die tijdens deze verificatie bij ETA zijn gemaakt, zijn als bewijs gebruikt tegen de onderzochte ondernemingen. De vraag was of er sprake was van een onwettige verificatie in de kantoren van ETA en of dat tot gevolg had dat de bewuste kopieën als bewijs moesten worden uitgesloten; volgens Minoan wel. Het GvEA oordeelde echter dat ETA moest worden vereenzelvigd met zijn principaal Minoan, omdat eerdere correspondentie aan Minoan aan dit adres was gestuurd (door ETA doorgestuurd) en keurig was beantwoord en de kantoren van ETA het daadwerkelijke centrum van de handelsactiviteiten van Minoan vormden en alle bescheiden van Minoan daar werden bewaard. Dientengevolge was de verificatie volgens het GvEA rechtmatig uitgevoerd en behoefde de vraag wat er met het verkregen bewijs moest gebeuren niet te

1 EHRM 12 mei 2000, Khan vs VK, 35394/97 (Sect. 3), RJD 2000-V, NJ 2002/180.

2 Zie daarover o.a. M.J. Kronenberg, B. de Wilde, Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht, Deventer: Kluwer, 2007, p. 275 e.v.

worden beantwoord. Hoger beroep op dit punt achtte het HvJ van feitelijke aard en was derhalve kennelijk niet-ontvankelijk.³ Maar als het GvEA en/of HvJ wel tot de conclusie waren gekomen dat er sprake was van een onwettige verificatie, is het overigens nog maar de vraag of daarmee het bewijs moest worden uitgesloten. Als zij dan de *Schutznorm* hadden toegepast, hoefde het bewijs niet te worden uitgesloten. De remedie voor de inbreuk op het privéleven van ETA, zou immers niet kunnen bestaan in het uitsluiten van het onrechtmatig verkregen bewijs ten aanzien van Minoan.

Recent heeft het Hof van Beroep te Parijs wel geoordeeld over de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs moest worden uitgesloten in kartelprocedures.⁴ De zaak betrof een boete die de *Conseil de la Concurrence* had opgelegd aan Panasonic, Philips en Sony wegens verticale prijsbinding ten aanzien van consumentenelektronica. Een consumentenelektronica-discounter uit Grenoble, Avantage TVHA, werd door de producenten en groot-handelaren tijdens gesprekken onder druk gezet om de 'adviesprijzen' te volgen nadat zij in 1997 grote kortingen had aangeboden op haar assortiment. Van de gesprekken met de leveranciers maakte een medewerker van Avantage TVHA opnames. Avantage TVHA klaagde vervolgens omtrent deze praktijken bij de Franse mededingingsautoriteit en heeft haar de opnames ter beschikking gesteld. Die opnames gebruikte de Franse mededingingsautoriteit als bewijs. Het Parijse Hof van Beroep constateert dat er ten aanzien van het bewijs van inbreuken op art. 81 en 82 EG een systeem van vrije bewijsgaring geldt en dat dat bewijs daarom niet per se hoeft te worden uitgesloten. Vervolgens concludeerde het dat er geen sprake was van strijd met art. 6 EVRM zolang de procedure maar voorzag in de mogelijkheid de betrouwbaarheid van de opnames te betwisten; dat was het geval geweest. Die conclusie lijkt in overeenstemming met de reeds genoemde uitspraak van het EHRM in de zaak Kahn. Zou deze zaak in Nederland hebben gespeeld, had de Nederlandse bestuursrechter tot eenzelfde conclusie kunnen komen. Ook de Awb kent namelijk een vrij bewijsstelsel, waarin onrechtmatig verkregen bewijs niet automatisch wordt uitgesloten.⁵

Het OM verschaftte de NMa de telefoontaps. Uit het informatie-uitwisselingsconvenant tussen OM en NMa blijkt dat daarmee "een bijdrage [wordt] geleverd aan de doelmatigheid en doeltreffendheid van deze onderzoeken".⁶ Informatie-uitwisselingen tussen toezichthouders lijkt (daarom) een steeds grotere vlucht te nemen.⁷ Zo kwam het door de NMa beboete boom-

kwekerskartel aan het rollen, nadat de FIOD de NMa had getipt⁸ en vindt overleg sinds dit voorjaar op meer gestructureerde wijze plaats in het kader van het halfjaarlijks Markttoezichthoudersberaad (MTB). In dat MTB hebben naast de NMa ook de AFM, DNB, NZA, OPTA en Consumentenautoriteit (CA) plaats.⁹ Informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders stuit niet alleen af op art. 8 EVRM, maar ook op geheimhoudingsverplichtingen die de ambtenaren hebben. Zo lijkt te mogen worden aangenomen dat ambtenaren van de AFM en DNB geen informatie kunnen verstrekken aan de NMa zonder hun geheimhoudingsplicht te schenden.¹⁰ De NMa staat namelijk niet genoemd als derde aan wie informatie kan worden verstrekt (vreemd genoeg de NZa wel).¹¹ Ambtenaren van de OPTA en van de NZa kunnen wel informatie aan de NMa verstrekken zonder hun wettelijke geheimhoudingsplicht te schenden en vice versa.¹² Tijdens de MTB wordt het dus doofstommetje spelen voor de ambtenaren van de AFM en DNB wanneer specifieke zaken worden besproken.

Wat daar ook van zij, ook bij eventuele schendingen van de geheimhoudingsplicht rijst wederom de vraag of het bewijs (/fruit of the poisonous tree bijvoorbeeld verkregen na een tip die in strijd is met de geheimhoudingsplicht) moet worden uitgesloten. Gezien het vrije bewijsstelsel neem ik aan van niet.

Met het toenemende aantal toezichthouders, hun groeiende aantal bevoegdheden en collegiale initiatieven als het MTB neemt het risico op informatie-uitwisseling toe. Of die informatie-uitwisseling onrechtmatig is of niet, is gezien het voorgaande niet relevant voor de vraag of het aldus verkregen bewijsmateriaal moet worden uitgesloten.

Mocht u iets te verbergen hebben voor de NMa – zoals Janssen de Jong dat schijnt te hebben gedaan – dan weerklinken de angstaanjagende woorden van George Orwell:¹³ *big-brother is watching you* en daaraan zou ik willen toevoegen: *listening as well*.

WG

ook voor andere waakhonden – FIOD/ECD tipt NMa', AM 2008, p. 3.

8 NMa Persbericht van 20 november 2007, 07-33.

9 NMa Persbericht van 3 april 2009, 'Toezichthouders versterken onderlinge samenwerking'; zie ook A. Andeweg, G. Bakker, S. van den Broek, 'Toezichtconjunction – van autonoom en repressief toezicht naar collegiaal en integraal toezicht', in: Kalbfleisch et al., De Blijvende Uitdaging, Liber Amicorum Gert Zijl & René Jansen, Redactie Bureau Editor, Rotterdam, 2009, p. 111-128.

10 Art. 1:89 Wet op het financieel toezicht (Wft). Slechts voor in de in de art. 1:90 tot en met 1:93 Wft genoemde gevallen kunnen zij informatie aan derden verstrekken; zie ook: Antwoorden op kamervragen over het meningsverschil tussen de Belastingdienst en de AFM, TK 2005-2006, Aanhangsel, p. 561 en de beschikking van Rechtbank Amsterdam van 29 november 2007, LJN: BB9689, zaaknr. 356308, rov. 4.5.

11 Art. 1:93(1)e Wft.

12 Art. 24 lid 2 van de Wet OPTA van de OPTA (zie ook MvT Wet OPTA, TK 1996-1997, 25 128, nr. 3, p. 25) en art. 70 lid 2 Wet marktordening gezondheidszorg voor de NZa. Op grond van art. 91 ten tweede Mw mogen ambtenaren van de NMa alleen andere bestuursorganen informeren die ook zijn 'belast met taken die de toepassing of mede de toepassing van bepalingen omtrent mededinging betreffen'.

13 G. Orwell, Nineteen Eighty-Four.

3 Arrest van het GvEA van 11 december 2003 in zaak T-66/99, Minoan Lines SA / Commissie (Jurispr. 2003, p. II-5515) en beschikking van het HvJ 17 november 2005 in zaak C-121/04 P, Minoan Lines / Commissie (niet gepubliceerd; te vinden op curia.europa.eu, r.o. 19 en 20).

4 Cour d'Appel de Paris 29 April 2009, Philips, Avantage et Sony vs l'Autorité de la Concurrence, 2008/11907 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca2_tvha_29avril09.pdf).

5 Vakgroep Staats- en Bestuursrecht Katholieke Universiteit Brabant, 'Kroniek Bestuursrecht', Advocatenblad, 19/1999, p. 961-971, met name p. 963 en 964 en de verwijzingen in de voetnoten aldaar.

6 Par. 4 van de considerans van het informatie-uitwisselingsconvenant tussen OM en NMa (Stcrt. 2003, 73).

7 Zie daarover mijn eerdere redactioneel: W.W. Geursen, 'Pas op voor de hond! Maar