

## Legal Privilege en de NMa-praktijk

*In verkorte versie uitgesproken tijdens een bijeenkomst van het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen op 20 januari 2011*

Geachte dames en heren,

- dankwoord aan organisatie
- In aanvulling op de uiteenzetting van de AKZO-jurisprudentie door Christof Swaak zal ik graag ingaan op de vraag hoe de NMa omgaat met het *legal privilege* (ook wel *Legal Professional Privilege* – LPP). In dat verband is met name van belang de NMa-Werkwijze *analoog en digitaal rechercheren*<sup>1</sup>; ik zal u daar kort doorheen leiden. Daarbij zal ik trachten u enkele praktische wenken te geven die u als bedrijfsjurist kunnen helpen de kosten en onzekerheid omtrent *Legal Privilege* te beperken. Dat zal de kern van mijn boodschap zijn vandaag.
- Voordat ik aan die kern toekom, sta ik stil bij de vraag waarom de NMa, in afwijking van de jurisprudentie van Gerecht en Hof, correspondentie tussen de inhouse *lawyer* (ook wel: Cohen-advocaat) en zijn onderneming beschermt. In de laatste minuten van mijn presentatie zal ik aandacht besteden aan de ‘aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers’; een nieuwe figuur die nog niet zo lang geleden in de Mededingingswet werd geïntroduceerd en die uw taak als bedrijfsjuristen aanmerkelijk kan verzwaren.
- Waar staat de NMa als het over *legal privilege* gaat? Kijken we naar de wet dan is die redelijk duidelijk. De NMa oefent haar toezichts- en onderzoeksbevoegdheden uit op basis van de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht. Artikel 5:20 Awb bepaalt dat iedereen – binnen redelijkheidsgrenzen – verplicht is medewerking te verlenen aan een toezichthouder. Lid 2 kent vervolgens een *verschoningsrecht* toe aan verschoningsgerechtigden, zoals advocaten. Artikel 51 Mw bepaalt in aanvulling daarop dat de NMa geen inzage mag vorderen in “[...] *geschriften met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels gewisseld tussen een onderneming en een advocaat die is toegelaten tot de balie*”. Dit artikel is destijds in de Mededingingswet gebracht om het nationale recht in lijn te brengen met de bestaande praktijk van de Europese Commissie naar aanleiding van het AM&S-arrest. De NMa interpreteert de term “balie” overigens ruim en vat daar niet alleen advocaten die zijn ingeschreven in Nederland onder.
- Kort gezegd komt het erop neer dat een Cohen-advocaat, evenals een externe advocaat, zich op basis van artikel 5:20 Awb jegens toezichthouders op zijn verschoningsrecht kan beroepen en dat de onderneming via artikel 51 Mw correspondentie gewisseld met verschoningsgerechtigden niet aan de NMa hoeft te verschaffen.
- Artikel 5:20 Awb en 51 Mw ga randeren tezamen:
  - Ten eerste, dat advocaten hun essentiële rol in het rechtssysteem kunnen vervullen, wat vereist dat zij hun cliënt in vertrouwen kunnen adviseren;

<sup>1</sup> Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren, Stcrt. 2010, nr 12871.

- Ten tweede, dat een onderneming haar recht van verdediging kan uitoefenen, wat met zich brengt dat zij zonder vrees voor openbaarmaking advies moet kunnen inwinnen bij een onafhankelijke raadsman.
- Als we ons richten op onderzoeksbelang dan is de NMa natuurlijk niet gebaat bij deze ruime reikwijdte van het Legal Privilege. De NMa kan zich desalniettemin verenigen met een pleidooi, zoals ook voor het Hof in Luxemburg gevoerd, om ook Cohen-advocaten een *Legal Privilege* toe te kennen.
- In 2005 verrichtte de NMa een grondig onderzoek naar de advocatuur in Nederland. Daarbij is gesignaleerd dat de advocaat in loondienst een goede concurrent kan zijn voor de externe advocaat.<sup>2</sup> Het procesmonopolie van de advocatuur werd hiermee enigszins doorbroken. De NMa heeft deze extra mogelijkheid van concurrentie dan ook steeds verwelkomd.
- De NMa is van oordeel dat het onthouden van *Legal Privilege* aan Cohen-advocaten afbreuk zou doen aan de opzet om een volwaardig alternatief te bieden voor een externe advocaat. De NMa heeft daarom dan ook vanaf het begin van haar onderzoekspraktijk het *Legal Privilege* van Cohen-advocaten erkend. De NMa ziet in het AKZO-arrest geen aanleiding om haar praktijk op dit punt te wijzigen.
- Wat betreft de noodzakelijke onafhankelijkheid van een advocaat volgt de NMa het betoog dat deze ook voor de Cohen-advocaat onder het Nederlands systeem voldoende is gewaarborgd door:
  - Gedragsregels, kracht bijgezet door het tuchtrecht;
  - Professioneel Statuut.
- Nu het Hof in Luxemburg anders heeft geoordeeld dan door Nederland bepleit, betekent dit dat de vraag of een Cohen-advocaat en zijn onderneming in het kader van de mededingingsrechtelijk onderzoek voor bepaalde documenten *Legal Privilege* genieten afhankelijk is van de vraag welke autoriteit, op welke rechtsbasis onderzoek verricht. In de slide heb ik dit voor u schematisch weergegeven.

		Rechtsbasis	Legal Privilege Cohen-advocaat?
1.	NMa onderzoek gericht op art. 6 (of 24) Mw	hoofdstuk 6 Mw	JA, art. 5:20 Awb, art. 51 Mw
2.	NMa onderzoek gericht op art. 101 (of 102) WvEU	art. 88, 89 Mw	JA, art 89 Mw (art 5:20 Awb, art. 51 Mw)
3.	NMa verleent de Commissie bijstand ikv onderzoek art. 101 (of 102) WvEU	art. 89b Mw	NEE, de NMa-functionarissen oefenen bevoegdheden uit v/d Commissie - art. 20(5)Vo.1/2003
4.	De NMa verricht onderzoek tbv Commissie of Lid Staat	art. 89g Mw	JA, art. 89g (2) Mw (art. 5:20 Awb, art. 51 Mw) – art. 22 Vo.1/2003

<sup>2</sup> Jaarverslag NMa 2005.

- Zoals u weet, is de NMa bevoegd om handhavend op te treden bij schending van de mededingingsregels uit de Mededingingswet (artt. 6 en 24 Mw) én bij schending van de mededingingsregels uit het EU-verdrag (artt. 101 en 102 van het VWEU). Situatie 1 en 2 in het schema. In dat geval gelden voor Cohen-advocaten de nationale regels zoals zojuist besproken (Cohen-advocaat geniet het verschoningsrecht en de onderneming kan op basis van art. 51 Mw het *Legal Privilege* invoeren). De Europese Commissie kan ook zelf optreden bij vermoeden van overtreding van de Verdragsregels (situatie 3). Als de Europese Commissie onderzoek ('*dawn raids*') verricht in Nederland dan kan zij daarbij de bijstand van de NMa invoeren. NMa-ambtenaren gaan dan samen met de Commissie op pad; zij ondersteunen de Commissie. In een dergelijk onderzoek gelden de Europese regels van Vo. 1/2003 en geniet de Cohen-advocaat derhalve in lijn met de Akzo-jurisprudentie geen verschoningsrecht en kan de onderneming geen *Legal Privilege* invoeren. De Commissie kan de NMa ook benaderen met het verzoek of zij voor de Commissie onderzoek wil verrichten. Hetzelfde geldt voor autoriteiten uit andere Lidstaten van de EU (situatie 4). In dit laatste geval opereren de NMa-toezichthouders op basis van de Nederlandse regelgeving. Cohen-advocaten genieten derhalve een verschoningsrecht en hun ondernemingen kunnen zich op artikel 51 Mw beroepen.
  
- In de procedure voor het Hof is uitvoerig stil gestaan bij de onzekerheid die eea teweeg zou kunnen brengen. Het Hof heeft hier evenwel geen doorslaggevend belang aan gehecht. Ik ben niet in de positie om u te vertellen of dit nu ook direct een weerslag heeft op het werk van de Cohen-advocaat. Tot op heden zijn bedrijfsbezoeken door de Commissie in Nederland vrijwel altijd via 'constructie 3' verlopen, zodat de vraag zeker niet academisch van aard is. De NMa ziet zich evenwel niet in een positie dat zij bedoelde onzekerheid kan wegnemen.
  
- In Luxemburg is nog een ander pleidooi gevoerd: beperking van het *Legal Privilege* zou ook een negatieve impact hebben op de effectiviteit van *compliance* programma's. Of positief geformuleerd: meer *Legal Privilege*, meer *compliance*. Ik moet u zeggen dat de NMa-praktijk geen feiten of ervaringen kent die dit betoog ondersteunen. Dit wil niet zeggen dat bedoeld effect niet bestaat of zou kunnen bestaan. Laat ik er met die kanttekening toch het volgende over zeggen.
  
- *Compliance* programma's werken goed als zij voorkomen dat de mededingingsregels worden overtreden. Voor deze eerste functie van *compliance* programma's is geen *Legal Privilege* vereist. De tweede functie van *compliance* programma's is het opsporen en remediëren van overtredingen. De NMa heeft ook geen aanwijzingen dat *compliance*-programma's met een Cohen-advocaat laagdrempeliger zijn of anderszins beter functioneren dan *compliance*-programma's die worden geleid door een bedrijfsjurist niet-Cohen advocaat. Maar wellicht zijn uw ervaringen anders.

Teneinde misverstanden te voorkomen wil ik in dit verband wel het volgende opmerken: indien sprake is van gedragingen die in de mededingingsrechtelijke 'gevaarzone' zitten (en die dus aanleiding zouden en kunnen zijn tot overleg met een interne of externe advocaat) vallen de zogenaamde '*pre-existing documents*' (ofwel de documenten en e-mails die in kader van bedoelde gedragingen zijn opgesteld, verstuurd of gewisseld) nooit onder het *Legal*

*Privilege*. Het al dan niet bestaan van een *Legal Privilege* heeft derhalve geen belang voor de mogelijke toegang van de NMa tot die stukken.

- o Wanneer *compliance* leidt tot detectie en clementie wordt aangevraagd, treft de NMa in de praktijk veelal een externe advocaat en gelden derhalve de artt. 5:20 Awb en 51 Mw. Indien een onderneming in een clementietraject stapt is evenwel sprake van een verplichting tot volledige medewerking. Een beroep op *Legal Privilege* verdraagt zich daar dan moeilijk mee.
- o Ten slotte, kan ik nog met u delen dat het in de praktijk zeker niet zo is dat de NMa nu juist bij bedrijfsjuristen die stukken vindt die leiden tot rapporten en sanctiebesluiten.

- o Hoe werkt LPP nu in de praktijk?

1. Wat valt onder LPP ?

Artikel 51 Mw spreekt over “~~gewisselde~~ geschriften”. Correspondentie derhalve; ofwel: hard copy of digitale informatie die over en weer wordt uitgewisseld. De NMa interpreteert dit in lijn met de AKZO-jurisprudentie en gaat daarbij op onderdelen iets verder ten gunste van ondernemingen.

Onder het *legal privilege* vallen:

- Interne documenten die zijn opgesteld met het uitsluitende doel om juridisch advies aan een advocaat te vragen;
- De adviezen van de advocaat zelf;
- Interne verslaglegging en samenvatting van het advies van de advocaat.

2. Hoe operationaliseert de NMa de bescherming van *Legal Privilege*? Hiervoor is met name de “NMa Werkwijze analoge en digitaal onderzoeken” van belang en in het bijzonder de artikelen 4, 7 en 8 daarvan.

- o Uitgangspunt: de NMa neemt geen kennis van geprivilegieerde stukken;
  - Een onderneming kan tijdens het onderzoek aangeven van mening te zijn dat op een document *Legal Privilege* rust. In geval van analoge documenten zal de NMa hier een ‘vluchtige blik’ op willen werpen om te beoordelen of die claim juist is.
  - Als de onderneming weigert de NMa een vluchtige blik op het stuk te laten werpen omdat zij van mening is dat dat haar belangen kan schaden, dient de onderneming in ieder geval informatie te verstrekken (o.a. van wie, voor wie, functies, doel, context) waaruit kan blijken dat ook een vluchtige blik het *Legal Privilege* in gevaar zou brengen .
  - Indien de NMa op basis van een vluchtige blik niet overtuigd is, óf indien de vluchtige blik is geweigerd met een goede motivering, gaat het document in een enveloppe die door een NMa-ambtenaar ter plaatse wordt verzegeld.
  - De toezichthoudende ambtenaar neemt deze enveloppe daarna mee naar de NMa waar de enveloppe wordt overhandigd aan de zogenaamde Functionaris Verschoningsrecht voor een definitieve beoordeling.
  - Deze functionaris is een NMa’er die door de Raad van Bestuur is aangewezen en die NIET als toezichthoudende ambtenaar bij het onderzoek is betrokken. Bedoelde ambtenaar werkt binnen de NMa op een niet voor anderen toegankelijke, gesloten netwerkgeving.

- Een groot deel van het onderzoek van de NMa bestaat tegenwoordig uit digitale recherche. Ten aanzien van *Legal Privilege* hanteert de NMa dan een werkwijze die vergelijkbaar is met die voor analogo onderzoek:
  - Bij digitale recherche neemt de NMa digitale gegevens mee op basis van zoektermen. De onderneming krijgt hiervan een overzicht.
  - De onderneming krijgt vervolgens de mogelijkheid om binnen 10 dagen aan te geven welke digitale stukken zij als geprivilegieerd beschouwt. In die tijd zijn de bestanden niet toegankelijk voor de NMa-onderzoekers.
  
- Zowel voor papieren als voor digitale bescheiden (artikel 4(2) en (4) resp. 7(1) Werkwijze) waarop *Legal Privilege* is geclaimd, geldt dat het aan de onderneming is te motiveren waarom een bepaald stuk geprivilegieerd is. De Functionaris Verschoningsrecht beoordeelt de analoge of digitale bescheiden in het licht van de claims van partijen (artikel 7(3) Werkwijze). Hij maakt een Verslag van Ambtshandelingen op van het openen van de envelop en al zijn opvolgende acties (toevoegen aan dossier, terugsturen van documenten etc). Als de Functionaris Verschoningsrecht niet overtuigd is van de onderbouwing van de claim, wordt de onderneming hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld en wordt een termijn van vijf dagen gegund om bedoelde claim nader te motiveren (artikel 7(5) Werkwijze). Indien ook daarna de Functionaris Verschoningsrecht nog steeds niet overtuigd is, wijst hij de claim definitief af en stelt de onderneming daarvan schriftelijk op de hoogte. De onderneming wordt daarbij een termijn van vijf dagen gegund om rechtsmiddelen aan te wenden (artikel 7(7) Werkwijze). *De facto*: er wordt de mogelijkheid geboden een kort geding te starten. Na het ongebruikt verstrijken van die termijn worden de stukken aan het onderzoeksdossier toegevoegd en opengesteld voor het NMa-case team. Als tijdig een kort geding wordt gestart, dan wacht de NMa de uitkomst daarvan af en wordt het materiaal niet aan het case-team ter beschikking gesteld.
  
- Met deze aanpak verschilt de NMa-praktijk van die van de Europese Commissie. Bij afwijzing van een *Legal privilege* claim neemt de Commissie een beschikking, waarna een administratiefrechtelijke procedure volgt. Na afronding daarvan krijgt de Commissie inzage in de stukken. Bij de NMa bekijkt Functionaris Verschoningsrecht de documenten, en beoordeelt deze Functionaris of sprake is van een *Legal Privilege*. Hij stelt ondernemingen vervolgens in kennis van zijn oordeel. Rechterlijke toetsing kan daarna plaatsvinden in een civielrechtelijk kort geding.
  
- In de NMa-praktijk levert *Legal Privilege* – van externe en Cohen-advocaten – nagenoeg nooit discussie op. De introductie van een Functionaris Verschoningsrecht lijkt een efficiënt figuur om discussies over *Legal Privilege* binnen afzienbare tijd op te lossen (terwijl de procedure bij de Commissie jaren kan duren). Ik zou willen stellen dat de NMa met haar aanpak de juiste balans heeft gevonden tussen efficiëntie en rechtsbescherming.
  
- Tips voor bedrijfsjuristen:
  - Hoewel de procedure van de NMa rondom *Legal Privilege* dus naar tevredenheid loopt, kan het altijd beter.

- De bedrijfsjurist kan in de eerste plaats erop toezien dat ieder geprivilegieerd document duidelijk als zodanig herkenbaar is. Het opnemen van de term 'geprivilegieerd' met een korte motivering in de titel (kop) van het document (adviezen, maar ook samenvattingen daarvan in een e-mail) en het op kenbare plekken opslaan daarvan, kan veel tijd en discussie besparen. Het vermindert tevens de kans dat onverhoopt geprivilegieerd materiaal wordt meegenomen
  - Op de tweede plaats, is het zaak dat de medewerkers van de onderneming die zijn aangewezen om documenten en bestanden die de NMa meeneemt, te controleren door de bedrijfsjurist of externe advocaat juist worden geïnstrueerd. Dit blijkt in de praktijk niet altijd vlekkeloos te lopen (niet alles wordt gecontroleerd of controle vindt niet op een eenduidige wijze plaats).
- Nu u hier met zoveel bedrijfsjuristen bij elkaar zit, wil ik de laatste minuten van mijn presentatie graag gebruiken voor een ander onderwerp dat belangrijk is geworden voor ondernemingen en hun sleutelfiguren. Sinds eind 2007 kunnen onder de Mededingingswet ook feitelijk leidinggevend die zijn betrokken bij verboden gedrag van hun onderneming, door de NMa worden beboet. Dit betekent dat zij betrokken kunnen worden in een procedure met de NMa waarin, vanzelfsprekend, alle rechten van de verdediging gelden.
- Op de voorwaarden en jurisprudentie van feitelijk leidinggeven zal ik hier niet ingaan. Ik merk slechts op dat het geen risico-aansprakelijkheid betreft. Er moet sprake zijn van een actief of passief handelen: slechts de fysieke uitvoerder van de overtreding van de onderneming kan worden bestraft, of diegene die kennis heeft van onrechtmatig handelen van anderen en gehouden is die gedragingen te beëindigen.
- Het afgelopen jaar heeft de NMa in een achttal gevallen boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevend van een onderneming (waarbij boetes zijn opgelegd variërend van EUR 10.000 tot EUR 350.000).
- De mogelijkheid van beboetbaarheid beperkt zich niet tot de personen "op de werkvloer" en richt zich niet tot personen met een bepaalde functie: eenieder die een verboden gedraging kan bevorderen of juist kan voorkomen, en gehouden is om die gedraging te voorkomen, kan worden beboet als die gedraging zich voordoet. Deze nieuwe bepalingen belemmeren de bedrijfsjurist op geen enkele wijze, zo durf ik te stellen, in de uitvoering van zijn normale werkzaamheden. Dat zou anders zijn indien de bedrijfsjurist wordt betrokken bij het beheer of de administratie van een mededingingsbeperkende praktijk (maar dat versta ik niet onder de 'normale werkzaamheden').
- Wat wel onverhoopt kan gebeuren is dat uw onderneming wordt betrokken in een mededingingsrechtelijke onderzoek. Het is dan niet uitgesloten dat de NMa reden ziet om bepaalde centrale figuren bij de totstandkoming en uitvoering van de betrokken gedragingen, in het onderzoek te betrekken als mogelijk beboetbare feitelijk leidinggevend. Dit betekent dat niet alleen de onderneming maar ook verschillende individuen in de procedure betrokken kunnen worden. De belangen van deze verschillende personen lopen niet altijd parallel. Al meteen aan het begin kunnen zich conflicten voordoen waarbij, bijvoorbeeld, een leidinggevende naar de NMa zou willen stappen om

een clementieverzoek in te dienen terwijl de onderneming nog niet zover is. Voor u als bedrijfsjurist lijkt het me van belang om deze mogelijke tegengestelde belangen binnen uw onderneming tijdig te signaleren en hiervoor de nodige maatregelen te treffen. Iedereen betrokken in een NMa-procedure heeft zijn eigen recht op verdediging. Daar hoort ook een advocaat met *Legal Privilege* bij. Dit kan betekenen dat de 'huisadvocaat' (externe of Cohen-advocaat) zich tot bijstand van één partij moet beperken.