

## ARTIKELN

### EUROPEES / ECONOMISCH RECHT

Mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP, Den Haag

Mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn, Den Haag

#### **Toegang tot vertrouwelijke informatie in data rooms: Europese Commissie publiceert Best Practices 15-085**

Geschreven door: mw. mr. drs. D.P. Kuipers en mw. mr. M.A.M.L. van de Sanden, Bird & Bird LLP, Den Haag

Op 2 juni 2015 heeft de Europese Commissie ('Commissie') een document gepubliceerd waarin zij haar 'best practices'<sup>1</sup> uiteenzet ten aanzien van toegang tot vertrouwelijke informatie in data rooms in het kader van procedures onder artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VwEU') en EU-concentratie-procedures<sup>2</sup> (hierna: 'het Best Practices-document'). In het document worden de ervaringen van de Commissie met data rooms in dergelijke procedures en haar bestaande praktijk weergegeven<sup>3</sup>. Het doel is om handvatten te bieden over wanneer en hoe data rooms gebruikt kunnen worden om toegang te verlenen tot vertrouwelijke informatie, verkregen tijdens mededingings- en concentratieprocedures van de Commissie. Het document biedt echter ook aanknopingspunten voor commerciële data rooms.

#### **Data rooms in het kader van Commissie-onderzoeken vs. commerciële data rooms**

Het *Best Practices*-document ziet op data rooms die worden ingericht tijdens de procedures van de Commissie en is geheel gericht op het waarborgen van de rechten van verdediging. Teneinde zichzelf te kunnen verdedigen dient de adreessaat van de mededeling van punten van bezwaar<sup>4</sup> volledig (elektronische) toegang te krijgen tot het dossier van de Commissie. In beginsel wordt echter géén toegang verleend tot interne documenten en vertrouwelijke informatie. Bijvoorbeeld verzamelde gegevens van derden (zoals kosten, prijzen, ver-

koopgegevens, marges etc.). Uitwisseling van dergelijke informatie kan immers tot een vermindering van concurrentie leiden.<sup>5</sup> Dit speelt vanzelfsprekend in het bijzonder wanneer de betrokken partijen onderling concurrent zijn.

De term data rooms doet denken aan M&A transacties, waarbij een boekenonderzoek (of 'due diligence') bijna standaard plaatsvindt. Daartoe wordt gewoonlijk een data room met vertrouwelijke informatie van de 'target' ingericht. Hoewel dit een 'commerciële' data room betreft, en geen data room bij de Commissie in het kader van mededingings- of concentratieprocedures, is het *Best Practices*-document ook relevant voor commerciële data rooms in transacties tussen (potentiële) concurrenten. Immers, in beide gevallen speelt de vraag in hoeverre gegevensuitwisseling is toegestaan op grond van het mededingingsrecht. Dit document biedt dan ook aanknopingspunten voor het omgaan met vertrouwelijke gegevens in commerciële transacties.

#### **Toegang tot informatie: nut en noodzaak van data rooms**

In mededingingsprocedures bij de Commissie heeft de verdachte onderneming - de 'adreessaat' - een recht op toegang tot het volledige dossier, met uitzondering van interne documenten en vertrouwelijke informatie van andere betrokken ondernemingen. In uitzonderlijke gevallen kan de Commissie toch vertrouwelijke informatie openbaren, bijvoorbeeld wanneer toegang noodzakelijk is voor de verdachte onderneming om haar verdedigingsrechten effectief uit te voeren of - vanwege de administratieve aard van een concentratieprocedure en de behoefte aan snelheid - wanneer de Commissie een beroep deed op de informatie in de mededeling van punten van bezwaar. Of de Commissie een data room passend vindt, is onder meer afhankelijk van de vraag of het op dat specifieke moment wenselijk is toegang te verlenen tot de informatie, de aard en mate van gevoeligheid van de informatie en het risico van lekken van informatie.

#### **Beperkte toegang**

Mocht de Commissie besluiten een data room in te richten, dan betekent dat niet dat onbeperkt toegang wordt verkregen tot het

dossier. Het betreft immers gevoelige en vertrouwelijke informatie. In hoeverre wel toegang wordt verleend, beschrijft de Commissie in haar *Best Practices*-document.

- **Wie heeft er toegang?** Vanwege de gevoeligheid en vertrouwelijke aard van de gegevens in de data room, is toegang tot de data room beperkt tot de externe juridische en/of economische adviseurs. Geen toegang wordt verleend aan de adressaat zelf.
- **Wanneer?** Een data room kan op elk moment worden georganiseerd, maar normaliter gebeurt dit vóór de hoorzitting zodat de adressaat zich tijdens die hoorzitting goed kan verdedigen.
- **Welke Informatie?** Tot op heden heeft de Commissie data rooms met name georganiseerd om toegang te bieden tot *kwantitatieve* informatie waarop de Commissie direct of indirect een beroep heeft gedaan in haar mededeling van punten van bezwaar. Deze gegevens zijn vaak vertrouwelijk omdat het gevoelige strategische informatie betreft. In uitzonderlijke gevallen heeft de Commissie ook toegang geboden aan *kwalitatieve* informatie bijvoorbeeld noodzakelijk wanneer het zeer belastend blijkt voor de informatieverstrekker om tijdig een niet-vertrouwelijke versie te verstrekken (bijvoorbeeld vanwege de omvang of omdat het lastig is een niet-vertrouwelijke versie op te stellen die ook nog voldoende bewijskracht heeft). De Commissie kan overigens besluiten om bepaalde gegevens in de documenten alsnog te anonimiseren om op die manier de identiteit en vertrouwelijkheid van de gegevens te beschermen en de risico's van represailles te beperken.
- **Data room regels.** Iedere data room is onderworpen aan de '*Data Room Rules*'. De data room regels zijn als bijlage A bij het **Best Practices**-document toegevoegd en bepalen, onder andere, dat:
  - De externe adviseurs geen vertrouwelijke informatie uit de data room mogen verwijderen, meenemen of mogen openbaren. Niet aan een derde, maar ook niet aan de adressaat.
  - Enkel een niet-vertrouwelijke versie van het eindverslag mag uit de data room worden meegenomen en worden verstrekt aan de adressaat. Dit

verslag wordt door het caseteam gecontroleerd opdat het geen vertrouwelijke informatie bevat.

- De data room is uitgerust met een vooraf bepaald aantal pc-werkstations en de noodzakelijke software (en zodanig de noodzakelijke data-reeksen en een logboek van de regressies om de zaak van de Commissie te ondersteunen). De computers geven toegang tot read-only documenten.
- Er is geen internetverbinding, contacten met de buitenwereld zijn niet toegestaan en er mogen geen camera's, telefoons of andere elektronica mee de data room in worden genomen. Wel mogen extra computers en papier worden meegenomen, maar dit kan op elk moment door de Commissie worden gecontroleerd. Papier mag overigens de data room niet verlaten en wordt aan het einde van de sessie vernietigd.
- De adviseurs mogen gedurende normale werktijden in de data room blijven, en indien gerechtvaardigd, kan gedurende verscheidene dagen toegang worden verleend.

Voordat toegang tot de data room wordt verleend, dienen de adviseurs, naast de data room regels ook een Non-Disclosure Agreement te tekenen. De standaard Non-Disclosure Agreement is als bijlage B bij het *Best Practices*-document gevoegd.

- **Niet-naleving van de regels.** Door ondertekening van de data room regels en de Non-Disclosure Agreement stemmen de externe adviseurs in met de regels en verplichtingen die daaruit voortvloeien. Bij overtreding hiervan zullen alle adviseurs de data room moeten verlaten, kan de Commissie juridische stappen zetten en de lokale Orde van Advocaten op de hoogte stellen.
- **Positie informatieverstrekkers.** De Commissie zal de informatieverstrekkers op de hoogte stellen van de gegevens die worden verstrekt en om toestemming vragen een data room te organiseren. De informatieverstrekker wordt in de gelegenheid gesteld om zijn of haar zienswijze daarop te geven. De Commissie kan naar aanleiding van eventueel geuite zorgen extra maatregelen nemen

(bijvoorbeeld door het anonimiseren van bepaalde informatie). Ook is het de raadsman van de informatieverstrekker toegestaan de data room te betreden om te controleren dat passende waarborgen zijn getroffen.

- Hearing officer. Mocht er onenigheid ontstaan tussen de Commissie, de adresaat van de mededeling van punten van bezwaar of de informatieverstrekker dan kan het meningsverschil worden voorgelegd aan de hearing officer, die verantwoordelijk is voor de bewaking van de rechten van partijen.

#### Afsluitend

Hoewel deze handvatten bovenop de reeds bestaande handvatten komen,<sup>6</sup> geeft dit *Best Practices*-document meer inzicht in het gebruik van data rooms. Hiermee creëert de Commissie meer transparantie en voorspelbaarheid over het gehele proces. De Autoriteit Consument & Markt ('ACM') kent een dergelijke procedure niet. Toegang tot vertrouwelijke informatie wordt simpelweg niet verleend. De Commissie draagt hiervoor een oplossing aan: verleen enkel toegang aan de externe adviseurs in een beveiligde omgeving. Op die manier worden de rechten van verdediging gewaarborgd, terwijl de vertrouwelijkheid van de gegevens eveneens wordt gegarandeerd. Het zou goed zijn als ACM hier een voorbeeld aan nam en een vergelijkbare procedure introduceert.

#### Noten:

1. De Commissie vertaalt dit gewoonlijk met 'goede praktijken'. Voor de leesbaarheid houden wij de Engelse term 'best practices' aan.
2. Verordening nr. 139/2004.
3. Het Best Practice document wijzigt geen bestaande rechten onder het VwEU of secundaire wetgeving. Specifieke omstandigheden van het geval kunnen tot afwijking van het Best Practice document leiden.
4. Wanneer de Commissie constateert dat een overtreding van het mededingingsrecht is begaan of er bezwaren bestaan tegen een voorgenomen concentratie, start zij een formele procedure. Dit gebeurt door het uitbrengen van een zgn. 'mededeling van punten van bezwaar'. Dit is een soort 'aanklacht' waarin de bevindingen en belangrijkste conclusies van de Commissie zijn vermeld.
5. Bijvoorbeeld doordat een heimelijke verstandhouding ontstaat.
6. Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor concentratieprocedures, 20 januari 2004 en Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VwEU, 20 oktober 2011.

## GEZONDHEIDSRECHT

Mr. drs. B. van der Kamp, Lexsigma  
Advocaten, Amsterdam

### Toegang tot zorg 15-086

Geschreven door: mr. drs. B. van der Kamp, Lexsigma Advocaten, Amsterdam

1. In deze bijdrage ga ik in op de vraag of de zware (maatschappelijke en wettelijke) eisen die de overheid stelt om nieuwe zorgvormen toe te laten tot de markt en/of het verzekerde pakket onverkort moeten blijven gelden gegeven de huidige ontwikkelingen. Zelfbeschikking is onderwerp van gesprek. Andere (nieuwe) vormen van zorg zijn niet een op een toepasbaar op grote groepen, doch worden juist ontwikkeld voor de kleine patiëntenpopulatie: Personalized medicine doet haar intrede. Naast genezende zorg ontstaat meer en meer aandacht voor levensverlengende en palliatieve zorg.
2. In 2011 hoort een klant van haar oncoloog dat ze is uitbehandeld; ze heeft gemetastaseerde borstkanker met de indicatie ICC. Een andere behandelend arts uit hetzelfde ziekenhuis wijst de klant op het bestaan van een plaatselijke chemobehandeling, te weten Trans-Artiele Chemo Embolisatie ('TACE'); diezelfde arts erkend dat in Nederland weinig kennis en ervaring is met TACE en hier te lande niet wordt aangeboden. In Duitsland wordt de behandeling wel aangeboden. De klant wendt zich voor de TACE behandeling tot de kliniek in Duitsland (de Goethe-Universiteitskliniek in Frankfurt am Main). Ze start haar eerste behandeling met TACE in Duitsland en heeft er baat bij. Haar lever is op een goed moment zelfs schoon van kanker. Ze hervat haar werk, doch overlijdt jaren later desondanks aan de gevolgen van kanker omdat het geld om deze behandelingen periodiek te blijven betalen op is. Haar zorgverzekeraar weigert vergoeding van de behandeling en beroept zich daarbij op rapportages van het Zorginstituut Nederland. TACE voldoet niet aan de 'internationale stand van de wetenschap en praktijk'. Het levert een feitelijke be-