



## Reacties Consultatie Werkwijzen ACM

In dit document staan in alfabetische volgorde reacties op het Consultatiedocument Werkwijzen ACM 2013.

### Inhoud

<b>REACTIE CLEARY GOTTLIEB STEEN &amp; HAMILTON / MR. TEMPLE LANG .....</b>	<b>3</b>
<b>REACTIE DLA PIPER NEDERLAND .....</b>	<b>5</b>
<i>ACM Werkwijze onderzoek analoge en digitale gegevens 2013 .....</i>	<i>5</i>
<i>ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 .....</i>	<i>6</i>
<b>REACTIE LOYENS &amp; LOEFF .....</b>	<b>7</b>
<i>Inleiding .....</i>	<i>7</i>
<i>ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013.....</i>	<i>7</i>
<i>ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 .....</i>	<i>9</i>
<b>REACTIE NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN .....</b>	<b>12</b>
<i>Inleiding .....</i>	<i>12</i>
<i>De Werkwijze .....</i>	<i>12</i>
<i>Reactie Adviescommissie .....</i>	<i>13</i>
<i>Verschoningsrecht - algemeen.....</i>	<i>13</i>
<i>Verschoningsrecht - schending .....</i>	<i>15</i>
<i>Alternatieve werkwijze .....</i>	<i>16</i>
<b>REACTIE STIBBE, PRAKTIJKGROEP COMPETITION &amp; REGULATION.....</b>	<b>18</b>
<i>Eén werkwijze voor de gehele ACM.....</i>	<i>18</i>
<i>Onderzoek ten kantore van de ACM .....</i>	<i>19</i>
<i>Totstandkoming van de onderzoeksdataset.....</i>	<i>21</i>
<i>Toelichting op de selectie van documenten die opgenomen worden in het dossier .....</i>	<i>23</i>
<b>REACTIE TENNET TSO B.V. ....</b>	<b>26</b>
<b>REACTIE VERENIGING VOOR MEDEDINGINGSRECHT.....</b>	<b>27</b>
<i>Inleiding .....</i>	<i>27</i>
<b><i>De reactie op de ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 zal ingaan op i) status van de advocaat in dienstbetrekking, ii) onafhankelijkheid van de functionaris verschoningsrecht en iii) werkwijze van de functionaris verschoningsrecht.....</i></b>	<b><i>27</i></b>



<i>Twee algemene werkwijzen die betrekking hebben op alle ACM onderzoeken</i> .....	27
<i>ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens</i> .....	28
<i>ACM Werkwijze in geprivilegieerde gegevens 2013</i> .....	40
<b>REACTIE CMS</b> .....	<b>44</b>
<i>Mate van gedetailleerdheid</i> .....	44
<i>Onderzoeksdoel</i> .....	45
<i>Zoektermen</i> .....	47
<i>Bewaren gegevens</i> .....	49
<i>Verschoningsrecht</i> .....	50
<i>Inscope programma</i> .....	51



## REACTIE CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON / MR. TEMPLE LANG

I welcome the opportunity to comment on the ACM Consultation Document. Here are my comments. I believe that my colleagues agree with them.

It would be useful to explain the relationship between these documents and the recently adopted Recommendation of the European Competition Network, although I am not commenting on that Recommendation here.

We welcome the reference to the need to comply with the European Convention on Human Rights. We consider that reference should be made to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which applies in all cases when the ACM is, or ought under Regulation 1/2003 to be, applying EU law. This is important because the requirements of the Charter may be stricter than those of the Convention.

We would welcome references to the rights of defence and legal certainty, which we note are mentioned in the ECN Recommendation, although their practical consequences are not explained there, as we believe they should be.

We also welcome the reference to the need to respect the principle of proportionality, and we suggest that the practical consequences of this principle should be explained. We welcome the intention to be as transparent as possible, and to conduct inspections of digital data in accordance with best practices, and we would welcome an indication of the sources that ACM relies on for this purpose.

We understand from the Document that the search terms or search queries are not disclosed to the company or individuals involved until the data sets have been taken to the office of the ACM. Since by that time the within-scope" data has already been taken, we do not think this is satisfactory. The search terms should be disclosed before the identification of the scope" data is carried out, so that the company or individual has an opportunity to comment, to protest if he or she wishes to do so, or to make constructive suggestions to improve the efficiency of the search. Interested parties should know what is being done before it is done, and not merely afterwards. However, we understand that it may not be thought desirable to explain the reasons for the search terms before the search is carried out. We understand that it may be necessary to alter search terms or to add new ones during the inspection. We see no objection to this provided that the new search terms are disclosed before being used.

We say this on the basis that para. 2.4 of Annex I on the ACM procedure, which refers to process on the basis of which the choice was made with regard to the inclusion of data" does not refer to the search terms or search queries. If it does, that should be made clear.

We note from the ECN Recommendation that the "inspection procedure" is used in the majority of



inspections carried out by the ECN Authorities. This means that more effective safeguards are needed to ensure that if any privileged data has been taken to the office of the ACM, it may not be looked at, even superficially, by anyone except the Legal Professional Privilege Officer.

The definition of "value" in the Explanatory Notes is much clearer than the definition in the Annex itself, and should replace it.

We welcome the safeguards for legal professional privilege. In particular we welcome the appointment of a Legal Professional Privilege Officer, and the assurance that he or she will not be involved in the subsequent investigation.

The ACM document is very much better than the ECN Recommendation on the subject of legal privilege, on which the Recommendation is inadequate.

We are not clear how the Inspection Procedure for Analog and Digital Data allows the undertaking to indicate what data is privileged. We believe that this opportunity should be given before the search terms are applied to identify all or the "scope" data. If the company data makes it possible to identify a substantial proportion of the privileged documents, either because they are in a folder or file stated to be privileged or because they are communications to or from a lawyer, advantage should be taken of that fact, and there is no justification for including any of the privileged documents in the "scope" data. In other words, as far as possible privileged documents should not be taken: it is not enough that, after they have been taken, they are removed.

We understand that under Article 3 of the Annex on privileged data, the enforcement official is allowed to "through the data" only if he or she sees "for immediate inspection". We are not sure what those reasons could be, and we do not think that any reasons would justify the official in looking, however quickly or superficially, at documents for which privilege is claimed. That would be contrary to the judgments of the European Court of Justice on privilege. In short, we think that Article 3.4 is the important rule, and that 3.1 to 3.3 should be omitted.

Is it intended that, at least in the case of large inspections, a Legal Professional Privilege Officer will be present during the inspection? That would be very useful, and indeed necessary.



## REACTIE DLA PIPER NEDERLAND

### ACM Werkwijze onderzoek analoge en digitale gegevens 2013

1. Teneinde recht te doen aan het uitgangspunt van ACM dat de Werkwijzen de waarborgen die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie noemt ACM in zijn toelichting niet - de onderzochte onderneming bieden (zie Toelichting bij de consultatie, p. 2) dient deze Werkwijze op een aantal punten te worden aangevuld. In volgorde noemen wij:

Ad 3 Art. 2.1 Waarborgen bij de totstandkoming van de veiliggestelde data sets  
Doel en voorwerp van het onderzoek deelt de toezichthoudende ambtenaar onmiddellijk voorafgaand aan het onderzoek mee.

Toelichting: de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat een "betrokkene" op de hoogte wordt gesteld van doel en voorwerp van onderzoek voordat dit onderzoek te zijnen aanzien plaatsvindt. Hij dient zich op zijn rechtspositie te kunnen beraden.

Ad 5 Terstond na het veilig stellen van gegevens verstrekt de toezichthoudende ambtenaar aan betrokkene een kopie van de veiliggestelde data set, met bijbehorende hashwaarden.

Toelichting: betrokkene én de onderneming waar hij werkzaam is behoren van de aanvang af te weten welke documenten ACM heeft veiliggesteld.

Art. 2.3 Waarborgen bij de totstandkoming van de onderzoeksdataset  
Toevoegen na (1): De toezichthoudende ambtenaar stelt betrokkene in staat schriftelijk en gemotiveerd aan te geven welke gegevens in de onderzoeksdataset niet als binnen - de - reikwijdte kunnen worden aangemerkt.

Toelichting: documenten buiten de reikwijdte zijn ten onrechte veilig gesteld. De betrokkene en de onderneming waaraan hij verbonden is moeten ter zake hun mening kunnen kenbaar maken en zonnodig rechtsmaatregelen kunnen nemen.

Toevoegen na (2): De termijn waarbinnen het schriftelijk en gemotiveerd reageren als in dit onderdeel 2.3 bedoeld, dient te geschieden, houdt rekening met de omvang van de binnen - de - reikwijdte dataset.

Toelichting: in de praktijk worden ondernemingen geconfronteerd met (zeer) omvangrijke onderzoeksdatasets die de onderneming binnen korte



tijd dient te controleren op "buiten - de - reikwijdte", "niet-zakelijk", en "geprivilegieerd". Dit levert voor de betrokken onderneming veelal onwerkbaar op en aldus een belemmering van de rechten van de verdediging. Deze belemmering wordt - bijzondere omstandigheden daargelaten - niet gerechtvaardigd door het belang van het onderzoek, nu de betrokken gegevens reeds zijn veiliggesteld en gevaar voor wegmaking dus niet bestaat.

Opneming van de hierboven voorgestelde teksten maakt de onderdelen (3) en (5) van paragraaf 2.1 overbodig.

***ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013***

2. Wij hebben geen opmerkingen over deze werkwijze.



## REACTIE LOYENS & LOEFF

### Inleiding

1. In de Toelichting op de consultatie geeft de ACM aan dat de aanleiding voor de publicatie van de beide Ontwerpwerkwijzen zou zijn gelegen in de fusie van de Consumentenautoriteit, OPTA en NMa tot de ACM. Loyens & Loeff leidt hieruit af dat het doel dat de ACM voor ogen staat dus blijkbaar niet is een inhoudelijke beleidswijziging. Het verbaast om die reden dat Loyens & Loeff heeft moeten vaststellen dat de Ontwerpwerkwijzen op een aantal punten - mogelijk onbedoeld - wel degelijk blijk lijken te geven van een beleidswijziging, die bovendien steeds neerkomt (althans lijkt neer te komen) op een inperking van de rechten van de betrokken onderneming. Loyens & Loeff licht dit hieronder voor de beide werkwijzen onderwerpsgewijs toe.

### ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013

#### I. Reikwijdte van het onderzoek en omgang met claims dat gegevens of bescheiden niet "binnen-de reikwijdte" van het onderzoek zijn

2. De definitie (in artikel 1 lid 6 van de Ontwerpwerkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013) van gegevens die binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen, is op zichzelf niet gewijzigd in vergelijking met de oude Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren. Daarmee is de definitie nog steeds erg ruim en weinig bepaald *geformuleerd* ("*gegevens die naar hun aard en/of inhoud redelijkerwijs binnen het doel en voorwerp van het onderzoek kunnen vallen*").
3. Wij hebben enkele malen meegemaakt dat discussie ontstond met ambtenaren van de Directie Mededinging ("DM") over deze in de praktijk soms lastig te hanteren definitie. Zo constateren wij dat onderzoeksambtenaren zich soms op het standpunt stellen dat alle gegevens die 'naar boven komen' op basis van bepaalde zoektermen, per definitie worden beschouwd als vallend binnen de reikwijdte van het onderzoek. De zoektermen worden echter dikwijls zo ruim geformuleerd, dat hierover op zijn minst gereede twijfel kan bestaan. Zo maakten wij concreet in op zijn minst twee geheel op zichzelf staande zaken mee, dat de eigen ondernemingsnaam en/of de namen van eigen werknemers van de onderneming als zoektermen werden gebruikt. Dergelijke zoektermen kunnen een dataset van (bijna) 100% van de doorzochte digitale omgeving opleveren. *Voorbeeld: De ACM verdenkt de directeuren Piet en Klaas van respectievelijk ondernemingen A en B van het maken van prijsafspraken. Logischerwijs zouden dan in het digitale onderzoek bij A (onder meer) de zoektermen "Klaas" en "B" gehanteerd moeten worden en bij B (onder meer) "Piet" en "A". De bestendige, althans veelvuldig gehanteerde praktijk lijkt op basis van onze ervaringen echter te zijn dat bij beide ondernemingen exact dezelfde set zoektermen wordt gebruikt en dus bij zowel A als B wordt gezocht op "Klaas", "B", "Piet" en "A".*



4. Loyens & Loeff is van mening dat een dergelijke omgang met zoektermen neerkomt op althans aanschurkt tegen een zogenoemde *fishing expedition*. Wij geven u daarom in overweging de hierboven beschreven praktijk kritisch tegen het licht te houden. Wij wijzen er in dit verband op, dat het verzamelen van dergelijke uitgebreide datasets ons ook niet per definitie in het belang of voordeel van de ACM lijkt te zijn. Immers: dit leidt er enkel toe dat de ambtenaren een grote hoeveelheid voor het onderzoek waarschijnlijk irrelevante informatie zullen moeten doorworstelen. Een zorgvuldiger en gerichtere keuze van zoektermen kan de efficiëntie van het onderzoek vergroten en tegelijkertijd ook de belasting van de onderneming en haar raadslieden beperken. Beide 'kampen' zouden hiervan in onze optiek dus voordeel hebben.
5. Onder de oude Werkwijze NMa analogoog en digitaal rechercheren bestond er nog een mogelijkheid voor de betrokken ondernemingen en hun raadslieden om in dergelijke gevallen 'bij te sturen' op basis van de regeling in artikel 6 lid 3, op grond waarvan de betrokken ondernemingen binnen tien werkdagen in de gelegenheid werden gesteld om aan te geven welke gegevens als vallend buiten de reikwijdte van het onderzoek (of als privé) kunnen worden aangemerkt. Wij hebben meermalen meegemaakt dat de functionaris verschoningsrecht claims dat bepaalde bestanden en/of documenten buiten de reikwijdte van het onderzoek vielen heeft gehonoreerd, hoewel de ambtenaren van de DM zich op het standpunt stelden dat het gebruik van zoektermen dat per definitie zou uitsluiten. De functionaris verschoningsrecht heeft hier in onze ervaring dus wel degelijk een toegevoegde rol, die hem dreigt te worden ontnomen.
6. Loyens & Loeff doet gelet op het bovenstaande een dringend beroep op de ACM om de regeling uit artikel 6 lid 3 oud te herintroduceren.
7. De in artikel 2.2 van de Ontwerpwerkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013 voorgestelde regeling, waarin de vaststelling of gegevens binnen de reikwijdte vallen wordt verricht door de toezichthoudend ambtenaar (desgewenst in aanwezigheid van de betrokkene), biedt naar de mening van Loyens & Loeff onvoldoende waarborgen. Immers, deze regeling brengt onlosmakelijk met zich dat documenten en gegevens die uiteindelijk buiten de reikwijdte van het onderzoek blijken te vallen en/of privé blijken te zijn, niettemin worden ingezien door leden van het onderzoeksteam. Loyens & Loeff is daarom van opvatting dat een dergelijke toets het exclusieve domein van de functionaris verschoningsrecht zou behoren te zijn.

8/52

## II. Bewaren van gegevens buiten de reikwijdte of privé

8. Uit artikel 2.5, lid 2 en 3 van de Ontwerpwerkwijze voor onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013 volgt dat de ACM tot beleid wil maken dat gegevens en bescheiden die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen of privé zijn, doch niet geprivilegieerd, zullen worden bewaard totdat het onderzoek is afgerond. Loyens & Loeff heeft bedenkingen bij dit



beleidsvoornemen en is van mening dat dit op gespannen voet staat met zowel het evenredigheidsbeginsel als het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

9. Indien definitief is vastgesteld dat bepaalde gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen en/of privé zijn, valt niet in te zien welk belang nog zou zijn gediend met het bewaren van die gegevens. Dit geldt eerst en vooral niet voor gegevens die als privé zijn aangemerkt. Echter, ook gegevens die enkel zijn aangemerkt als vallend buiten de reikwijdte van het onderzoek zou de ACM niet langer moeten bewaren, maar terstond na die definitieve vaststelling moeten vernietigen (hetgeen op grond van artikel 8 lid 2 van de oude Werkwijze NMa digitaal en analoog rechercheren en artikel 6 lid 2 van de Ontwerpwerkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 wel de praktijk was en blijft voor geprivilegieerde gegevens). Het eventuele argument dat dergelijke gegevens en bescheiden mogelijk gebruikt zouden kunnen worden voor het vaststellen van een andere overtreding (van een wet of regel waarop de ACM toezicht houdt of van een geheel andere wet of regel), gaat in de opvatting van Loyens & Loeff niet op. Hoewel de jurisprudentie toestaat dat de ACM, op basis van informatie waarin zij tijdens een onderzoek toevalligerwijs stuit, een nieuw onderzoek instelt naar een andere overtreding dan waarnaar zij oorspronkelijk onderzoek deed, begrijpen wij deze jurisprudentie aldus dat die toevalligerwijs verkregen 'bijvangst' wet moet zijn verkregen binnen de reikwijdte van het oorspronkelijke onderzoek. Zo nee, dan dreigt het onderzoek alsnog te verworden tot een *fishing expedition* indien die gegevens zouden worden ingezien en gebruikt. Gegevens en bescheiden verkregen buiten de reikwijdte van het (oorspronkelijke) onderzoek, moeten in onze opvatting om die reden geacht worden niet te zijn verkregen en zouden daarom onverwijld moeten worden vernietigd.

9/52

### **ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013**

10. Ook in de Ontwerpwerkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 treffen wij een substantiële verslechtering aan van de rechtspositie van de onderneming in vergelijking met de oude Werkwijze analoog en digitaal rechercheren en wel in artikel 3 (*"Gegevens waarbij de toezichthoudend ambtenaar aanleiding ziet tot directe inzage"*). Deze regeling geeft kort samengevat de ACM-ambtenaren in beginsel het recht om gegevens *"vluchtig in te zien"* teneinde na te gaan of een claim van de betrokkene dat deze geprivilegieerd zijn, terecht is. Het vierde lid voorziet in een beperkte uitzondering op dat principe, te weten dat de betrokkene *"aannemelijk kan maken"* dat het geprivilegieerde karakter van de gegevens at geschaad zou worden indien deze vluchtig zouden worden ingezien. Enkel in dat geval wordt het oordeel over het geprivilegieerde karakter van de gegevens volledig gegeven door de functionaris verschoningsrecht. In andere gevallen toetst laatstgenoemde enkel op verzoek van de onderneming of de afwijzing door de toezichthoudend ambtenaar van een claim dat sprake is van geprivilegieerde gegevens, terecht was. Beantwoordt de functionaris verschoningsrecht die vraag vervolgens ontkennend, dan is echter 'het kwaad al geschied', te weten dat de toezichthoudend ambtenaar geheel of gedeeltelijk kennis heeft kunnen nemen van geprivilegieerde gegevens. Het lijkt niet reëel om te veronderstellen dat die ambtenaar



vervolgens aan selectief geheugenverlies zal lijden. Hoewel Loyens & Loeff er niet aan twijfelt dat de ACM dergelijke gegevens als zodanig vervolgens niet ten grondslag zal leggen aan een sanctiebesluit, kan in een dergelijke situatie toch sprake zijn van de beïnvloeding van de 'mindset' van een ambtenaar in de beschreven positie, waarmee een inbreuk op het verschoningsrecht per definitie een gegeven is.

11. De Ontwerpwerkwijze definieert bovendien noch "*vluchtig inzien*", noch "*aannemelijk maken*" en legt daarmee de interpretatie van beide begrippen volledig in de handen van de dienstdoende ambtenaar. In ieder geval zou op zijn minst de schijn kunnen worden gewekt dat laatstgenoemde een natuurlijke behoefte voelt om deze begrippen in het door hem gepercipieerde onderzoeksbelang - en daarmee waar mogelijk in het voordeel van de ACM en in het nadeel van de betrokkene - uit te leggen. Indien de ambtenaar vervolgens beslist de gegevens vluchtig in te zien en de informatie die hij onder ogen krijgt ofwel naar zijn eigen oordeel, ofwel naar het uiteindelijk oordeel van de functionaris verschoningsrecht uiteindelijk wet degelijk geprivilegieerd blijkt zijn en de claim van de betrokkene dat zijn vluchtige inzage het geprivilegieerde karakter reeds heeft geschaad ook nog eens terecht is gebleken, is wederom sprake van een situatie waarin een inbreuk op het verschoningsrecht at een onomkeerbaar feit is.
12. Weliswaar was een dergelijke regeling ook at vervat in de oude Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren, maar artikel 7 van die Werkwijze voorzag in ieder geval nog in een uitzondering voor digitale gegevens. Ten aanzien van deze gegevens genoot de betrokken onderneming nog de garantie dat zij binnen de termijn van 10 werkdagen kon aangeven welke gegevens naar haar opvatting als geprivilegieerd beschouwd zouden moeten worden. Die garantie zou in de voorgestelde werkwijze zoals wij die interpreteren komen te vervallen, waarmee ook de afhandeling van claims dat digitale gegevens geprivilegieerd zijn op basis van de hierboven beschreven, onzes inziens met onvoldoende waarborgen omklede procedure zou gaan verlopen.
13. Loyens & Loeff heeft kortom aarzelingen bij de voorgestelde werkwijze. In onze optiek zou iedere claim op het verschoningsrecht moeten leiden tot het verzegelen van documenten en bestanden, waarna - uitsluitend - de functionaris verschoningsrecht een dergelijke claim inhoudelijk beoordeelt. Ten aanzien van digitale datasets zou de betrokkene zoals tot nu toe gebruikelijk een termijn van 10 werkdagen geboden moeten worden om die datasets op geprivilegieerde gegevens te doorzoeken.
14. Wij merken in dit verband nog op, dat Loyens & Loeff overigens ten principale niet inziet hoe er sprake van zou kunnen zijn dat er aanleiding zou kunnen bestaan tot directe inzage van gegevens of bescheiden, ten aanzien waarvan de eigenaar/rechthebbende zich op het standpunt stelt dat deze geprivilegieerd zijn. Immers, de ACM kan indien zij vreest dat een beroep op het verschoningsrecht eigenlijk alleen maar een voorwendsel is om belastend bewijsmateriaal te verbergen of te vernietigen, binnen de grenzen van proportionaliteit en



subsidiariteit altijd overgaan tot het verzegelen van niet alleen de betrokken documenten of bestanden, maar ook van andere bestanden of documenten, kasten en/of ruimten. De verzegelde objecten kunnen dan vervolgens na een afwijzing van de claim door de functionaris verschoningsrecht alsnog worden doorzocht in hun toestand op het moment dat de claim werd gelegd.



## REACTIE NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

### Inleiding

1. De Adviescommissie Mededingingsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ("**de Adviescommissie**") wenst hierbij te reageren op de concept ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013' ("**Werkwijze**"). De Werkwijze raakt namelijk zowel de grondwettelijk beschermde bijstand van een advocaat als de in het EVRM gewaarborgde vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt. De in de Werkwijze gecreëerde mogelijkheid dat een ambtenaar van de ACM inzage krijgt in geprivilegieerde stukken staat op gespannen voet met deze fundamentele beginselen. Dat geldt in het bijzonder nu de voorgestelde inzage niet alleen mededingings-rechtelijke onderwerpen betreft, maar alle communicatie tussen advocaat en cliënt.
2. De Adviescommissie dringt er op aan dat de ACM de Werkwijze zodanig aanpast dat een beroep op het geprivilegieerde karakter van briefwisseling tussen advocaat en cliënt wordt getoetst door een onafhankelijke derde. Dat kan bijvoorbeeld de rechter-commissaris zijn, eventueel met hulp van de deken. Hierbij kan de *Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten* als voorbeeld dienen. De waarborgen van die aanwijzing gelden ook in geval van een doorzoeking bij een cliënt.<sup>1</sup>

12/52

### De Werkwijze

3. De voorgestelde Werkwijze omtrent de functionaris verschoningsrecht betreft één aspect van de bestaande Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren en komt daar in grote lijnen mee overeen.<sup>2</sup> De belangrijkste artikelen zijn de volgende.
4. Artikel 3 van de Werkwijze beschrijft de situatie dat een toezichthoudend ambtenaar bij een bedrijfsonderzoek aanleiding ziet tot directe inzage. Volgens lid 2 kan de toezichthoudend ambtenaar dan nagaan of de door betrokkene als geprivilegieerd geclaimde gegevens inderdaad geprivilegieerd zijn door deze gegevens vluchtig in te zien. Lid 3 en 4 geven aan dat gegevens aan de functionaris verschoningsrecht worden verstrekt als de betrokkene meent dat het vluchtig inzien al schadelijk is.
5. Artikel 4 beschrijft de situatie dat een toezichthoudend ambtenaar bij een bedrijfsonderzoek geen aanleiding ziet tot directe inzage. Dan wordt een betrokkene in de gelegenheid gesteld aan de functionaris verschoningsrecht aan te geven welke gegevens volgens hem geprivilegieerd zijn.

---

<sup>1</sup> Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strcrt. 2011, 4981, ad. 3.

<sup>2</sup> Regeling van 10 augustus 2010, stcrt. 12871.



6. Artikel 5 beschrijft de werkwijze van de functionaris verschoningsrecht zelf. De kern daarvan is dat hij het (door de betrokkene) geclaimde geprivilegieerde karakter van de gegevens toetst.

### **Reactie Adviescommissie**

7. Het primaire bezwaar van de Adviescommissie is dat een ambtenaar aan de zijde van de ACM, ongeacht diens formele onafhankelijkheid, inzage kan krijgen in geprivilegieerde gegevens. Een dergelijke inzage is in strijd met zowel art. 5:17 Algemene wet bestuursrecht ("Awb") jo. art. 51 Mededingingswet ("Mw"), als met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ("EVRM") en worden ook meer in het algemeen in brede kring als bezwaarlijk ervaren.<sup>3</sup> De bezwaren van de Adviescommissie tegen de voorgenomen inzage zijn overigens niet minder geworden na de recente onthullingen over de wijze waarop overheden met (vertrouwelijke) informatie van derden omgaan.
8. Na een korte beschrijving van het wettelijk en verdragrechtelijk kader, licht de Adviescommissie haar reactie hierna verder toe.

### **Verschoningsrecht - algemeen**

9. Op grond van artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht ("Sr") is schending van het beroepsgeheim, ook door advocaten, strafbaar. Ook Gedragsregel 6.1 verplicht advocaten tot geheimhouding.<sup>4</sup> Een advocaat heeft een geheimhoudingsplicht over de bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.
10. Deze geheimhoudingsplicht is onlosmakelijk verbonden met het verschoningsrecht. Dit recht

---

<sup>3</sup> Akzo: *Capita selecta van het Legal privilege*, Fanoy en HMHS in Actualiteiten Mededingingsrecht nr. 10, december 2007, p. 218: "Een en ander is niet in overeenstemming met het legal privilege, zoals dit insti tuut, "dat alle lidstaten gemeen hebben" volgens het gerecht, moet worden verstaan." Voorts: *NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error?*, De Gou en Moerman in Actualiteiten Mededingingsrecht 2008, nr. 2, maart 2008, p. 38: "Het is nog maar de vraag of de NMa de door het Gerecht in Akzo geformuleerde waarborgen ter bescherming van geprivilegieerde correspondentie, voldoende in acht neemt. (...) Zou de NMa de door het gerecht in Akzo Nobel geformuleerde waarborgen willen volgen, dan zou de functionaris toch minimaal een onafhankelijke derde dienen te zijn." Ten slotte: *De Werkwijze NMa analog en digitaal rechercheren: trial and error again?*, Knapen en Elkerbout in Markt & Mededinging, nr. 6, december 2010, p. 231: "De NMa lijkt zich te realiseren dat de procedure op gespannen voet staat met artikel 51 Mededingingswet maar wil om pragmatische redenen toch verder op de ingeslagen weg. Daarmee begeeft de NMa zich wederom op glad ijs. Zoals de NMa zelf erkent, valt of staat de procedure met het vertrouwen van het onderzoeksobject en zijn advocaten in de onafhankelijkheid van de functionaris. De vraag is of de NMa zich voldoende realiseert dat het vertrouwen broos is. Het is voorts onduidelijk wat er gebeurt als het vertrouwen in de functionaris wordt weggeslagen. De Werkwijze voorziet niet in een andere procedure."

<sup>4</sup> Gedragsregels 1992.



is een "in Nederland algemeen geldend rechtsbeginsel"<sup>5</sup> en speelt, net als de geheimhoudingsplicht, zonder onderscheid in alle vormen van de advocatenpraktijk.<sup>6</sup>

11. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") volgt dat inmenging van de overheid in de communicatie tussen advocaat en cliënt in strijd is met het EVRM.<sup>7</sup> Artikel 6 lid 3 sub c EVRM houdt mede in dat een advocaat zonder enig toezicht van buitenaf moet kunnen communiceren met zijn cliënt.<sup>8</sup> Dergelijk toezicht zou het contact immers nutteloos maken:

"If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is in-tended to guarantee rights that are practical and effective."<sup>9</sup>

12. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie is dat oordeel toegedaan:

"De advocaat zou niet in staat zijn om zijn taken van advisering, verdediging en vertegenwoordiging van zijn cliënt naar behoren te verrichten — en deze cliënt zou derhalve niet de hem bij artikel 6 EVRM verleende rechten genieten — indien hij in het kader van een rechtsgeding of de voorbereiding daarvan verplicht was met de overheidsinstanties samen te werken door hun informatie te verstrekken die hij heeft verkregen tijdens de juridische advisering in verband met dat geding."<sup>10</sup>

13. Voorts heeft het EHRM geoordeeld dat correspondentie met een advocaat ("whatever their purpose") geprivilegieerd is onder artikel 8 EVRM.<sup>11</sup> Volgens lid 2 van dat artikel mag hierop (kort gezegd) alleen een inbreuk worden gemaakt als dit bij wet is voorzien en noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van een in dat lid genoemd belang.

14. Het verschoningsrecht van advocaten is in het Nederlandse bestuursrecht vastgelegd in

---

<sup>5</sup> HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, RvdW 1985, 52 (OGEM- notaris Maas).

<sup>6</sup> *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Bannier e.a., 2008, p. 53.

<sup>7</sup> In lijn met het Menarini arrest is de boeteprocedure (waartoe een bedrijfsonderzoek van de ACM kan leiden) een procedure van strafrechtelijke aard. Hierop zijn de rechten van artikel 6 EVRM onverkort van toepassing. Zie EHRM 27 september 2011, Menarini/Italië. Zie voorts: *Het EVRM en de handhaving in het mededingingsrecht*, Beumer en Van de Heyning in *Markt & Mededinging*, nr.1, maart 2012, p. 10-15.

<sup>8</sup> EHRM 28 november 1991, S. v. Zwitserland, rnr. 48.

<sup>9</sup> EHRM 28 november 1991, S. v. Zwitserland, rnr. 48.

<sup>10</sup> HvJ 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige Balies, C-305/05. rnr. 31.

<sup>11</sup> EHRM 25 maart 1992, *Campbell v. Verenigd Koninkrijk*, rnr. 46-48.



artikel 5:20 lid 2 Awb. Onder verwijzing naar dit artikel, bepaalt artikel 51 Mw voorts expliciet dat op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen advocaat en cliënt, art. 5:17 Awb niet van toepassing is. Art. 5:17 Awb biedt de wettelijke grondslag voor toezichthouders gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren.

### **Verschoningsrecht - schending**

15. Op grond van de Werkwijze kan de ACM inbreuk maken op het verschoningsrecht door:

Vluchtige inzage van geprivilegieerde gegevens door een 'toezichthoudend ambtenaar' (art. 3 lid 2) Inhoudelijke beoordeling van geprivilegieerde gegevens door de functionaris verschoningsrecht (art. 5).

16. De Werkwijze impliceert dat de 'functionaris verschoningsrecht' net als de 'toezichthoudend ambtenaar' tevens een toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb is.<sup>12</sup> In het onderstaande wordt daar dan ook van uit gegaan.

17. Uit het voorgaande volgt dat de voorgestelde Werkwijze onverenigbaar is met de geldende Verdragrechtelijke en wettelijke kaders. Uit art. 5:17 jo. art. 51 Mw volgt dat geen enkele persoon, toezichthouder of niet, enige wettelijke bevoegdheid heeft gegevens betreffende de toepassing van mededingingsrecht in te zien. Dit betekent in de eerste plaats dat de (functie van) de 'functionaris verschoningsrecht' als zodanig reeds onrechtmatig is. Daarbij wijst de Adviescommissie erop dat negatieve effecten van de instelling van deze functionaris niet alleen in individuele zaken schadelijk kan zijn, maar ook in brede zin schade toebrengt aan de communicatie tussen advocaat en cliënt en, daarmee, een goede rechtsbedeling. Door deze regeling kunnen cliënten er immers niet meer zeker van zijn dat de communicatie met hun advocaat daadwerkelijk betrouwbaar blijft. De schadelijke effecten strekken zich daarbij overigens uit tot alle rechtsgebieden, gegeven het ongeclausuleerde karakter van de werkwijze. Daarbij wijst de Adviescommissie erop dat het verschoningsrecht niet beperkt is tot enig rechtsgebied<sup>13</sup>, ook als het gegevens en bescheiden betreft die zich onder de cliënt in plaats van de geheimhouder bevinden.<sup>14</sup>

18. In lijn met het voorgaande<sup>15</sup> is ook het vluchtig inkijken (anders dan bekijken van het

15/52

---

<sup>12</sup> Zie art 2 lid 4 Werkwijze Geprivilegieerde Gegevens: de ambtenaar zal enkel niet ingezet worden bij onderzoek t.a.v. hij de rol van functionaris verschoningsrecht vervult. Bovendien geldt dat als de 'functionaris verschoningsrecht' geen toezichthouder zou zijn, hij in het geheel niet bevoegd zou zijn welk stuk dan ook in te zien, aangezien art. 5:17 Awb uitsluitend inzagebevoegdheden aan toezichthouders toekent.

<sup>13</sup> Beroepsgeheim en verschoningsrecht, Bannier e.a., 2008, p. 53.

<sup>14</sup> HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, m.nt. 'tH.

<sup>15</sup> Vgl. over het recht om te weigeren inzage te geven: Gerecht in eerste aanleg, 17 september 2007, Akzo Nobel Chemical Ltd. e.a. v. Commissie, T-125/03 en T-253/03, rnr. 82.



briefhoofd) van geprivilegieerde stukken door de 'toezichthoudend ambtenaar' onrechtmatig en evenzeer schadelijk voor een goede rechtsbedeling.

19. Voor de goede orde wijst de Adviescommissie erop dat mogelijke bezwaren inzake praktische uitvoerbaarheid voor de ACM geen reden kunnen zijn op onrechtmatige wijze toezicht en onderzoek te verrichten. Daarbij past nog een aantal concrete kanttekeningen:

Het is de Adviescommissie bekend dat 'vluchtig inzien' in de praktijk niet beperkt blijft tot een inspectie van het briefhoofd, maar regelmatig ontaardt in een snelle maar integrale bestudering van het betrokken document.<sup>16</sup> De enkele mogelijkheid tot 'vluchtig inzien' lokt dit uit. Daarmee is het in de praktijk als instrument niet aanvaardbaar.

20. Art. 3 lid 4 bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaar zal afzien van 'vluchtig inzien' en het document ongelezen zal voorleggen aan de 'functionaris verschoningsrecht', als de betrokkene 'aannemelijk maakt' dat dergelijke inzage reeds inbreuk maakt op het geprivilegieerde karakter van de gegevens. Een degelijke bewijslast is in de praktijk niet werkbaar en ook onnodig. Het enkele beroep op het verschoningsrecht/geprivilegieerde karakter van gegevens moet volstaan voor de toezichthoudend ambtenaar om van lezing af te zien. Voor zover betrokkenen van dit recht misbruik zouden maken, kan dit na toetsing van het karakter van de gegevens worden beboet op grond van schending van de medewerkingsplicht.

16/52

### **Alternatieve werkwijze**

21. De Adviescommissie verzoekt de ACM de Werkwijze zodanig aan te passen dat het geprivilegieerde karakter van gevorderde gegevens uitsluitend door een onafhankelijke derde wordt getoetst zoals de rechter-commissaris, eventueel met hulp van de deken.
22. Bij het zoeken naar een alternatieve werkwijze zou de ACM bijvoorbeeld de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten<sup>17</sup> in ogenschouw kunnen nemen. Deze aanwijzing is afkomstig van het College van procureurs-generaal op grond van art. 130 lid 4 Wet RO. De aanwijzing beschrijft de normen die het OM in acht moet nemen bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden wanneer (mogelijk) het verschoningsrecht van advocaten in het geding is.<sup>18</sup> Hoewel deze aanwijzing met name ingaat

---

<sup>16</sup> Daarbij wordt door de ambtenaren aangevoerd dat zij moeten verifiëren of de onderneming het briefpapier van haar advocaat gebruikt voor interne discussies.

<sup>17</sup> Zie [www.om.nl](http://www.om.nl) : Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strcrt. 2011, 4981.

<sup>18</sup> Zie [www.om.nl](http://www.om.nl) : Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strcrt. 2011, 4981, Samenvatting.



op de te volgen werkwijze in het geval van doorzoeking en inbeslagname bij de advocaat, wordt expliciet opgemerkt: "Voor al deze situaties geldt in het algemeen dat de bescherming van documenten die onder het verschoningsrecht van de advocaat vallen, niet gekoppeld [is] aan de plaats waar ze zich bevinden."

23. [...]
24. Dat betekent dat de bijzondere waarborgen met betrekking tot het verschoningsrecht ook van toepassing zijn wanneer bij een doorzoeking bij een niet-advocaat, bijvoorbeeld diens cliënt, stukken worden aangetroffen die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen. (...) Dat laatste geldt in ieder geval voor correspondentie gericht aan, of afkomstig van een advocaat, maar bijvoorbeeld ook voor documenten waarop in het kader van een zaak of in relatie tot de advocaat 'vertrouwelijk' of 'persoonlijk' staat vermeld."<sup>19</sup>
25. Mede ingegeven door deze aanwijzing zou de ACM bijvoorbeeld de rechter-commissaris bij de Rechtbank Rotterdam kunnen verzoeken de gegevens (waarover discussie bestaat) verzegeld te laten opbergen (eventueel na advies van de deken te hebben ingewonnen). Hierna kan de betrokkene een rechtsmiddel tegen inbeslagname instellen. Een vergelijkbare procedure is ook al eerder in de literatuur geopperd.<sup>20</sup> Een dergelijke alternatieve werkwijze is in de praktijk goed uitvoerbaar en het is niet te verwachten dat ondernemingen en hun advocaten daarvan oneigenlijk gebruik zullen maken.

17/52

---

<sup>19</sup> Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strcrt. 2011, 4981, ad. 3.

<sup>20</sup> NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error?, De Gou en Moerman in Actualiteiten Mededingingsrecht 2008, nr. 2, maart 2008, p. 38.



## REACTIE STIBBE, PRAKTIJKGROEP COMPETITION & REGULATION

1. Onze eerste opmerking ziet op de keuze van de ACM om één conceptwerkwijze op te stellen voor de drie voorheen afzonderlijke toezichthouders gezamenlijk. Onze tweede opmerking betreft de voorgestelde praktijk van het meenemen van gekopieerde data door de ACM naar haar kantoor. Onze derde opmerking betreft de reikwijdte van de gekopieerde data. Wij sluiten af met een opmerking op het voornemen van de ACM om de selectie van documenten in het dossier toe te lichten in de inzagefase en de uitzondering hierop.

### *Eén werkwijze voor de gehele ACM*

2. De ACM heeft ervoor gekozen één conceptwerkwijze op te stellen voor de drie voorheen afzonderlijke toezichthouders gezamenlijk.
3. Voorafgaande aan de samenvoeging tot de ACM hanteerden de OPTA, de Consumentenautoriteit en de NMa verschillende werkwijzen in hun onderzoeken. Dat was niet opmerkelijk aangezien de wetgeving waarop zij toezicht hielden sterk verschilde. De aard van een onderzoek naar een mogelijke schending van het kartelverbod verschilt van een onderzoek naar een mogelijke overtreding van het spamverbod of naar vermeend gebruik van misleidende telefonische verkoopgesprekken. Alleen de NMa had een werkwijze gepubliceerd over de wijze waarop zij invulling gaf aan haar bevoegdheid tot het verzamelen van digitale en analoge gegevens. De OPTA en de Consumentenautoriteit volgden andere (niet gepubliceerde) werkwijzen en verstrekten per zaak informatie over de te volgen werkwijze aan de betrokkenen.
4. De ACM houdt toezicht op dezelfde regelgeving als voorheen de OPTA, Consumentenautoriteit en NMa. Daarnaast zijn de bevoegdheden van de ACM ten opzichte van haar voorgangers in grote lijnen hetzelfde gebleven.
5. In de conceptwerkwijze heeft de ACM niet meer, zoals bij de NMa werkwijze het geval was, de verschillende stappen in het proces van de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden beschreven. Om ondanks de zeer verschillende aard van de door de voormalige autoriteiten uitgevoerde onderzoeken, tot één werkwijze te komen voor deze autoriteiten gezamenlijk heeft de ACM zich beperkt tot een beschrijving van veertien "waarborgen". Hoe de uitvoering van een onderzoek door de ACM er uit gaat zien, volgt dus niet uit de concept-werkwijze maar zal moeten blijken uit de praktijk en zal bovendien verschillen naargelang de aard van een onderzoek. Hoezeer onderzoeken van elkaar kunnen verschillen en hoezeer het in de conceptwerkwijze ontbreekt aan kenbaarheid van de wijze waarop de ACM een onderzoek zal uitvoeren, blijkt ook uit de zeer uiteenlopende voorbeelden in de toelichting op het consultatiedocument.



6. De bevoegdheden die de ACM kan aanwenden in het kader van een onderzoek zijn ingrijpend. Een consistent en doordacht bestuursbeleid vergt daarom dat de ACM nader uitwerkt wanneer, en op welke wijze, zij welke bevoegdheden zal inzetten. Het doel van een gepubliceerde werkwijze is dan ook het bieden van duidelijkheid en transparantie aan de betrokken partijen over de door de ACM te volgen procedure tijdens een onderzoek. Op deze manier is voorzienbaar wat tijdens een onderzoek van de ACM kan worden verwacht en is het handelen van de ACM controleerbaar. Het terugbrengen in een dergelijk beleid tot een aantal waarborgen om zo in de praktijk volledig verschillende procedures ander een noemer of werkwijze - te kunnen brengen, doet afbreuk aan de voorzienbaarheid en controleerbaarheid van de bevoegdheidsuitoefening door de ACM.
7. Hoewel de ACM voornemens is één set waarborgen te hanteren, zal zij bij haar verschillende onderdelen in de praktijk (nog steeds) verschillende werkwijzen hanteren. Medewerkers die zich bezighouden met toezicht op het kartelverbod zullen een andere werkwijze volgen dan medewerkers die toezien op misleidende handelspraktijken. Het scala van mogelijkheden in de interpretatie en toepassing van één summiere werkwijze creëert tegelijkertijd (rechts)onzekerheid en intransparantie over het handelen van de ACM.
8. Onze voorkeur zou daarom uitgaan naar afzonderlijke, meer in procedurele stappen uitgewerkte werkwijzen (procesbeschrijvingen) voor de verschillende soorten onderzoek die de ACM bevoegd is uit te voeren. Dit zou meer in overeenstemming zijn met de zeer verschillende aard van de onderzoeken die de ACM uitvoert en zou bevorderlijk zijn voor zowel de transparantie als de controleerbaarheid van de uitoefening van de bevoegdheden door de ACM.

19/52

#### ***Onderzoek ten kantore van de ACM***

9. Onze tweede opmerking betreft de reikwijdte van de bevoegdheid van de ACM om tijdens een bedrijfsbezoek analoge en digitale gegevens en bescheiden te kopiëren en deze kopieën mee te nemen naar haar kantoor. In beginsel mogen uitsluitend kopieën van gegevens en bescheiden binnen de reikwijdte van het onderzoek mee worden genomen. De reikwijdte van het onderzoek wordt bepaald door het doel en het voorwerp van het onderzoek, waarvan een betrokken onderneming bij aanvang van het onderzoek op de hoogte dient te worden gebracht. Wanneer het maken van de kopieën niet kan geschieden bij een betrokken onderneming zelf is de ACM bevoegd de gegevens en bescheiden waarvan zij kopieën wenst mee te nemen voor korte tijd mee te nemen naar haar eigen kantoor om het kopiëren daar plaats te laten vinden (artikel 5:17 lid 3 Awb).
10. Onder de oude werkwijze voerde de NMa in beginsel bij de onderneming zelf, in het bijzijn van de vertegenwoordigers van de onderneming, een zoekslag uit. Vervolgens kopieerde de NMa de aan de hand van die zoekslag gevonden bestanden om deze mee te nemen naar haar kantoor voor nadere bestudering. Enkel wanneer het uitvoeren van de zoekslag onevenredig



veel tijd in beslag dreigde te nemen in verhouding met de duur van de overige activiteiten van de NMa tijdens een bedrijfsbezoek. stelde de NMa aan het bedrijf voor de zoekslag (verder) uit te voeren ten kantore van de NMa. Een kopie van de te doorzoeken digitale gegevens werd verzegeld meegenomen en vertegenwoordigers van een onderneming werden in de gelegenheid gesteld aanwezig te zijn bij het ontzegelen en doorzoeken van de gegevens ten kantore van de NMa.

11. Noch uit de conceptwerkwijze noch uit de toelichting daarop is de procedure af te leiden die de ACM onder de nieuwe werkwijze van plan is te gaan volgen bij het maken van kopieën van digitale bestanden tijdens bedrijfsbezoeken. Tijdens de bijeenkomst op 16 juli 2013 lichtte de ACM toe dat zij het uitgangspunt van het uitvoeren van een zoekslag ter plaatse wil verlaten. In plaats daarvan is zij van plan een nog niet met zoektermen doorzochte kopie van digitale gegevens mee te nemen naar haar kantoor. Wij begrijpen dat de ACM zich op het standpunt stelt dat alle bestanden waartoe personen die mogelijk betrokken zijn bij een overtreding toegang hebben door de ACM gekopieerd en meegenomen kunnen worden. De conceptwerkwijze voorziet niet in een waarborg op grond waarvan (een vertegenwoordiger van) een betrokken onderneming de zoekslag, zoals uitgevoerd door de ACM op haar kantoor, kan waarnemen en controleren.
12. Wij stellen vraagtekens bij de wettelijke basis voor een dergelijke handelwijze. De ACM is enkel bevoegd tot het meenemen naar haar kantoor van die gegevens en bescheiden die vallen binnen de reikwijdte van het onderzoek en waar zij een kopie van wenst te maken. De aangekondigde werkwijze betekent echter dat de ACM ook gegevens die niet vallen binnen de reikwijdte van haar onderzoek zal kopiëren.
13. Voor zover artikel 5:17 lid 3 Awb al een grondslag zou bieden voor de beschreven handelwijze, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de proportionaliteit in het (i) in beginsel in elke situatie (ii) onverzegeld meenemen in (iii) grote hoeveelheden data buiten de reikwijdte van het onderzoek (iv) naar her kantoor van de ACM om deze vervolgens daar te doorzoeken (v) zonder dat de aanwezigheid van (een vertegenwoordiger van) een betrokken onderneming gewaarborgd is.
14. Artikel 5:17 lid 3 Awb laat hiervoor - ook blijktens de Memorie van Toelichting weinig ruimte: als het de voorkeur heeft van een betrokken onderneming en de faciliteiten daarvoor aanwezig zijn, dient het kopiëren van gegevens plaats te vinden bij de onderneming zelf. Bovendien bepaalde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in de zaak Fortis:Allianz dat het doorzoeken van digitale data diende te gebeuren in de aanwezigheid van de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen (hierover meer in het volgende onderdeel van deze reactie).
15. Wij betwijfelen of het standpunt van de ACM dat zij met de door haar voorgestelde handelwijze slechts gebruik maakt van haar bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs nodig



is voor de vervulling van haar taak, houdbaar is.

### **Totstandkoming van de onderzoeksdataset**

16. In de zaak Fortis-Allianz heeft de voorzieningenrechter enkele beperkingen geformuleerd ten aanzien van het onderzoeken van grote hoeveelheden data - namelijk een aantal integrale e-mailboxen van mogelijk bij mededingingsrechtelijke overtredingen betrokken personen - door de NMa.
17. Een van deze beperkingen ziet op het kopiëren van gegevens die mogelijk niet vallen binnen het doel en het onderwerp van het onderzoek. De voorzieningenrechter oordeelde dat het een essentiële waarborg voor de verdediging is dat vertegenwoordigers van een betrokken onderneming aanwezig kunnen zijn bij het onderzoeken van mogelijk niet-relevante of geprivilegieerde gegevens ten kantore van de mededingingsautoriteit. Op deze wijze hebben de vertegenwoordigers inzicht in de uitoefening van de bevoegdheden door de mededingingsautoriteit en kunnen zij controleren of alle gegevens die buiten het doel en het onderwerp van het onderzoek vallen, of geprivilegieerd zijn met worden gekopieerd en worden verwijderd en vernietigd.
18. Uit de toelichting op de conceptwerkwijze volgt dat de ACM van mening is dat alle digitale bestanden die een of meer door de ACM bepaalde zoektermen bevatten binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Wij begrijpen dat de ACM zich op het standpunt stelt dat het feit dat de zoektermen zodanig zijn gekozen dat er wordt voldaan aan artikelen 5:13 en 5:17 Awb deze handelwijze zou rechtvaardigen. Wij kunnen deze redenering niet volgen. Dat een bepaalde zoekterm, zeker een algemeen geformuleerde zoekterm zoals de ACM ook gebruikt, voorkomt in een document wil niet zeggen dat dit document verband houdt met het doel en het voorwerp van het onderzoek. Dat een bepaalde zoekterm op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, doet daar niet aan af.
19. Stel, de ACM is op zoek naar bewijs voor een kartel tussen verschillende kauwgomballenfabrikanten. De zoektermen "kauwgomballen + prijs + afspraak" en "kauwgomballen + geheim" zullen vrijwel zeker zoekresultaten opleveren in documenten die met een mogelijk kartel tussen kauwgomballenfabrikanten niets van doen hebben. Ook wanneer de ACM, zoals zij doorgaans doet, zoekt op namen van mogelijk betrokken personen zullen documenten buiten de reikwijdte van het onderzoek worden gevonden. Indien een werknemer een betrokken onderneming toevallig dezelfde naam heeft als de naam in een van de zoekwoorden van de ACM kan het voorkomen dat zijn volledige e-mailaccount wordt gekopieerd terwijl hij niets te maken heeft met het onderwerp van het onderzoek. In dergelijke situaties dienen naar onze mening (de vertegenwoordigers van) de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te krijgen de ACM hierop te wijzen en zou de ACM in voorkomend geval de niet-relevante gegevens dienen te verwijderen.



20. Uit deze voorbeelden blijkt dat een "hit" op een door de ACM gehanteerde zoekterm niet automatisch betekent dat het desbetreffende document binnen de reikwijdte van het onderzoek valt. Wij begrijpen dat het standpunt van de ACM is dat niet de inhoud van een document bepalend is voor de vraag of digitale gegevens binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen maar de gerichtheid van het onderzoek.
21. Wij volgen dat standpunt niet. Uit de uitspraak in de zaak Fortis-Allianz volgt dat de ACM dient te waarborgen dat niet-relevante gegevens niet worden gekopieerd. Een waarborg kan bestaan uit de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van een betrokken onderneming bij de selectie van documenten. Deze waarborg is essentieel en dient er, zo volgt uit Fortis/Allianz, te zijn los van de "gerichtheid van het onderzoek".
22. Wij zetten bovendien vraagtekens bij de proportionaliteit van de praktijk van de ACM om enorme hoeveelheden documenten (vaak meer dan 100.000 digitale documenten) te kopiëren bij betrokken ondernemingen, in het bijzonder nu de gekopieerde documenten, zoals hierboven beschreven, gedeeltelijk niet relevant zullen zijn voor het onderzoek. Wij achten het zelfs niet uitgesloten dat een dergelijke handelwijze kan kwalificeren als een fishing expedition, een handelwijze die door het EHRM is aangemerkt als strijdig met het recht op een eerlijk proces.
23. In dit kader lijkt het ons geboden dat er duidelijke waarborgen zijn tegen het kopiëren van niet-relevante gegevens door de ACM. Hoe wij de voorgestelde werkwijze van de ACM begrijpen vindt echter, anders dan bij onderzoeken van bijvoorbeeld de Europese Commissie het geval is, geen enkele controle plaats op de selectie van documenten op basis van zoekwoorden. Ieder document waarin een zoekwoord voorkomt wordt in beginsel als relevant beschouwd en kan door zaakbehandelaars van de ACM worden bestudeerd.
24. Tijdens de informatiebijeenkomst op 16 juli 2013 liet de ACM weten dat een betrokken onderneming de ACM altijd op de hoogte kan stellen van haar visie op de gehanteerde zoektermen. De zoektermen worden echter niet voorafgaand aan de uitvoering van de zoekslag aan de betrokken onderneming verstrekt zodat deze opmerkingen alleen achteraf gemaakt kunnen worden. Wanneer de ACM het eens is met die opmerkingen zal een tweede zoekslag plaats kunnen vinden op basis van opnieuw geformuleerde zoektermen dan wel zonder gebruikmaking van de betwiste zoekterm(en), aldus de ACM.
25. Een betere en efficiëntere waarborg zou ons inziens zijn dat een ACM functionaris die verder niet betrokken is bij het onderzoek, op verzoek van een betrokken onderneming vast dient te stellen of bepaalde documenten verband houden met het doel en het voorwerp van het onderzoek - vergelijk de functionaris verschoningsrecht bij mogelijk geprivilegieerde documenten. Voorafgaand hieraan zou de relevantie van documenten die de ACM wenst te kopiëren door een zaakbehandelaar van de ACM besproken kunnen worden met een vertegenwoordiger van een betrokken onderneming op basis van het doel en het voorwerp



van het onderzoek, Uitsluitend documenten ten aanzien waarvan de ACM en de vertegenwoordiger het niet eens kunnen worden over het antwoord op de vraag of deze binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen, hoeven doorgestuurd te worden aan de niet bij het onderzoek betrokken ACM functionaris. Door de optie "buiten de reikwijdte" toe te voegen aan het Inscope-programma, zou een betrokken onderneming op praktische wijze kunnen aangeven welke documenten volgens haar buiten de reikwijdte van het onderzoek

26. Ongeacht de waarborg die de ACM in dit kader wil gaan hanteren, verdient het aanbeveling om de voorgenomen handelwijze op dit punt op te nemen in de nieuwe werkwijze.

***Toelichting op de selectie van documenten die opgenomen worden in het dossier***

27. Onze laatste opmerking heeft betrekking op de selectie die plaatsvindt door de ACM bij het samenstellen van het dossier op het moment van inzage.
28. Allereerst zetten wij vraagtekens bij een nadere selectie van documenten die worden opgenomen in het dossier nadat de ACM een "onderzoeksdataset" heeft samengesteld met daarin volgens de ACM enkel documenten die binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Naar onze mening zou iedere selectie van documenten door de ACM plaats dienen te vinden op het moment van de samenstelling van de onderzoeksdataset. Vervolgens zouden de bij een onderzoek betrokken ondernemingen toegang moeten verkrijgen tot de volledige onderzoeksdataset (met daarin dus alle documenten die volgens de ACM binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen). Een dergelijke werkwijze waarborgt de toegang van de betrokken ondernemingen tot het volledige dossier en doet recht aan het beginsel van equality of arms. Bovenstaande werkwijze laat onverlet dat bepaalde (onderdelen van) documenten door de ACM als vertrouwelijk aangemerkt kunnen worden niet kunnen worden ingezien door de betrokken ondernemingen.
29. Een nadere selectie door de ACM van documenten in haar bezit ná het samenstellen van een onderzoeksdataset (met uitsluitend documenten die volgens de ACM binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen) maar voordat toegang tot het dossier wordt verschaft aan de betrokken ondernemingen doet afbreuk aan het recht op toegang tot het volledige dossier. De belangen van de betrokken ondernemingen komen nog meer in het geding wanneer bovendien niet inzichtelijk en controleerbaar is hoe de selectie van de documenten die deel uitmaken van het dossier heeft plaatsgevonden. Deze situatie is op dit moment de praktijk van de ACM. Een onderneming kan slechts gissen welke documenten niet zijn opgenomen in het dossier en om welke reden een document niet is opgenomen. Dit terwijl een betrokken onderneming in beginsel het recht heeft om te bepalen welke stukken op de zaak betrekking hebben en daarmee onderdeel uitmaken van het dossier en dit recht niet afhankelijk behoort te zijn van de selectie die de ACM maakt uit het geheel de van onder haar bereik bevindende stukken (Cbb 4 oktober 2011. LIN BT652I). Dit recht is vrijwel illusoir wanneer voor een betrokken onderneming niet inzichtelijk is welke documenten niet door de ACM zijn geselecteerd voor



het dossier.

30. In die zin achten wij het een positieve ontwikkeling dat artikel 2.4 van de conceptwerkwijze bepaalt dat de ACM de selectie van de gegevens in het (rapport- of conceptbesluit)dossier toezicht uiterlijk op het moment dat de bij een onderzoek betrokken partijen dit dossier mogen inzien.
31. Zoals hierboven is beschreven, moet de toegang tot alle volgens de ACM binnen de reikwijdte van het onderzoek vallende documenten worden geprefereerd boven een nadere selectie. Echter, indien de ACM het toch nodig acht een nadere selectie te maken, biedt een toelichting op hoe deze selectie heeft plaatsgevonden een beperkte waarborg voor de betrokken ondernemingen. Op basis van deze toelichting kan in enige mate inzicht worden verkregen in welke documenten om welke reden niet zijn opgenomen in het dossier. Indien een betrokken onderneming het oneens is met de (redenen voor de selectie door de ACM kan deze hier in bezwaar en beroep tegen opkomen.
32. Deze beperkte waarborg wordt helaas voor mededingingsrechtelijke procedures teniet gedaan door de belangrijke uitzondering die de ACM maakt in de toelichting op de conceptwerkwijze. De toelichting vermeldt dat indien de selectie heeft plaatsgevonden op basis van de inhoud van de gegevens, de selectie niet wordt toegelicht. In veel procedures (in het bijzonder in mededingingsrechtelijke procedures) worden de gegevens en bescheiden in de rapportdossiers van de ACM geselecteerd op basis van de inhoud. Voor dergelijke procedures zal de in de toelichting (en niet in de conceptwerkwijze zelf) vermelde uitzondering de regel vormen.
33. Wij juichen het toe dat de ACM de transparantie van de selectie van documenten in dossiers wenst te vergroten door deze toe te lichten in de rapportfase. Het komt de transparantie echter ten goede indien een dergelijke toelichting ook wordt gegeven wanneer een selectie wordt gemaakt op basis van de inhoud van documenten.
34. Los hiervan zou het bijdragen aan de inzichtelijkheid van de werkwijze van de ACM een belangrijke uitzondering op de "hoofdregel" op te nemen in de werkwijze zelf en niet slechts in de toelichting.
35. Het moment dat de bij een onderzoek betrokken partijen het dossier mogen inzien, markeert de overgang van "opsporing" naar "sanctionering". Immers, wanneer een rapport is opgesteld, dragen de bij het onderzoek betrokken ACM functionarissen dit rapport en het bijbehorende dossier over aan de Juridische Dienst die verantwoordelijk is voor de sanctionering van de vermeende overtreding. Indien het rapport niet ter inzage wordt gelegd, is op het moment dat het conceptbesluit ter inzage ligt de sanctioneringsfase aangevangen.
36. Aangezien de ACM vanaf de aanvang van de rapportfase geen nader onderzoek zal doen,

24/52



zien wij geen bezwaar voor de ACM om de selectie van de documenten die onderdeel vormen van het dossier op dat moment toe te lichten aan de betrokken ondernemingen. Op deze manier worden de betrokken ondernemingen van informatie voorzien waar de Juridische Dienst ook over beschikt, wat in overeenstemming is met het beginsel van equality of arms. Nog beter zou zijn wanneer de ACM geen nadere selectie zou maken nadat is bepaald welke documenten binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Deze werkwijze wordt toegepast door bijvoorbeeld de Europese Commissie. De selectie van documenten binnen de reikwijdte van het onderzoek vindt door de Commissie plaats met consultatie van (vertegenwoordigers van) een betrokken onderneming. Nadat de selectie van de documenten die binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen heeft plaatsgevonden, maakt de Commissie geen nadere selectie meer in het dossier waar de betrokken ondernemingen toegang toe krijgen.



## REACTIE TENNET TSO B.V.

- 1 Over het algemeen is TenneT van mening uit de voeten te kunnen met de werkwijze, maar een consequent gebruik van termen in het document zou de duidelijkheid ervan bevorderen.
- 2 In artikel 2.1 wordt afwisselend gebruik gemaakt van de "veiliggestelde dataset" en "veiligstellen van gegevens" hiermee lijkt hetzelfde bedoeld te worden.
- 3 In het hele stuk wordt de mengeling van dataset en gegevens vaker gebruikt. Hierdoor is niet duidelijk of het om de bij het bedrijf aanwezige relevante informatie gaat, of dat het om de bij het bedrijf aanwezige gegevens gaat die al dan niet relevant zijn voor het onderzoek.
- 4 Indien het de bedoeling is dat het erom gaat duidelijk te maken dat alleen voor het onderhavige onderzoek relevante informatie wordt opgevraagd, zou dit bereikt kunnen worden door een definitie te hanteren die leidt tot een gegevensverzameling (engels: data set) ten behoeve van het onderzoek.

26/52



## REACTIE VERENIGING VOOR MEDEDINGINGSRECHT

### *Inleiding*

1. In deze reactie op het consultatiedocument zal de VvM eerst ingaan op de keuze voor twee algemene werkwijzen die van toepassing zijn op alle ACM onderzoeken. Met betrekking tot de ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013 zal achtereenvolgens worden ingegaan op i) verenigbaarheid van de werkwijze met artikel 8 EVRM, ii) het onderzoeksdocument, iii) verstrekken van de namen van personen waarvan betrokkenheid wordt vermoed bij het onderzoek, iv) verzegeling van de veiliggestelde dataset en de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset, v) het ontbreken van een procedure buiten-de-reikwijdte, vii) uitzondering op het aanwijzen van niet-zakelijke gegevens, vii) totstandkoming van de onderzoeksdataset, viii) inzage van de datasets en het moment van ter inzage, ix) afronding van het onderzoek en het bewaren van gegevens en x) onderzoek bij derden.

*De reactie op de ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013 zal ingaan op i) status van de advocaat in dienstbetrekking, ii) onafhankelijkheid van de functionaris verschoningsrecht en iii) werkwijze van de functionaris verschoningsrecht.*

### ***Twee algemene werkwijzen die betrekking hebben op alle ACM onderzoeken***

2. Aanleiding voor de totstandkoming van deze werkwijzen is de fusie tussen de CA, de NMa en OPTA. Voor de fusie had enkel de NMa een gepubliceerde werkwijze, de Werkwijze analogoog en digitaal rechercheren ("Werkwijze NMa 2010"), die na de fusie formeel is ingetrokken. De CA beschikte niet over een gepubliceerde werkwijze, maar sloot bij uitoefening van haar toezichtstaken aan bij die van de NMa. Ook OPTA beschikte niet over een gepubliceerde werkwijze. De werkwijze van OPTA verschilde per zaak.
3. Door ACM is toegelicht dat de twee gepubliceerde werkwijzen geen wezenlijke materiële wijzigingen beogen aan te brengen in de werkwijze zoals ACM nu in de praktijk hanteert. Niettemin wijken enkele bepalingen af van de huidige praktijk, zoals hierna zal worden toegelicht. Daar komt bij dat ACM ervoor heeft gekozen beide werkwijzen van toepassing te laten zijn op het toezicht op de naleving van alle wetten waarvoor ACM verantwoordelijk is. Dit heeft geresulteerd in twee werkwijzen die in zeer algemene terminologie zijn opgezet. Hierdoor zijn de bepalingen beduidend minder gedetailleerd dan de Werkwijze NMa 2010.
4. ACM heeft toegelicht dat de reden voor deze keuze is dat het uit oogpunt van rechtszekerheid wenselijk is dat één organisatie uniforme werkwijzen hanteert. In het verlengde hiervan wordt het – mede gelet op het feit dat de indeling in teams en directies van ACM niet overeenkomt met de taken die voorheen werden uitgevoerd door de CA, NMa en OPTA – niet wenselijk geacht dat binnen deze teams verschillende werkwijzen worden toegepast. Een andere reden



om te kiezen voor uniforme werkwijzen, is het feit dat hiermee de flexibiliteit wordt behouden om in te spelen op technologische ontwikkelingen.

- 5 Wij zijn het met ACM eens dat als binnen één organisatie met verschillende werkwijzen wordt gewerkt – afhankelijk van de wet waarop toezicht wordt gehouden – dit de rechtszekerheid niet ten goede komt. Wij vinden het feit dat met twee algemene werkwijzen wordt gewerkt dan ook een positieve ontwikkeling. Problematisch is echter wel dat door de algemene bewoordingen van de werkwijzen het voor ondernemingen niet eenvoudig is om vooraf te beoordelen op welke wijze ACM haar onderzoek zal uitvoeren. Dit geldt vooral voor ondernemingen die nog nooit eerder in aanraking zijn geweest met onderzoeken van de CA, de NMa en OPTA. De onzekerheid die hiermee gepaard gaat is een ongewenst gevolg, te meer omdat ACM over vergaande onderzoeksbevoegdheden beschikt.
- 6 Aan dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door te voorzien in een uitgebreidere (artikelsgewijze) toelichting op de werkwijzen, waarin meer gedifferentieerd wordt naar het 'type' onderzoek dat plaatsvindt (bijvoorbeeld een onderzoek naar overtreding van het kartelverbod of het spamverbod). Daarnaast zou een uitgebreide versie van de huidige voorbeelden die zijn opgenomen in het consultatiedocument verwerkt kunnen worden in de toelichting op de werkwijzen. Verder vinden wij het raadzaam dat ACM actief de markt gaat voorlichten over de werkwijzen en de manier waarop die in de praktijk worden toegepast. Het is wenselijk om in een dergelijk voorlichtingstraject met name in te gaan op overtredingen ten aanzien waarvan deze werkwijzen nog niet zijn toegepast, zoals het spamverbod. Hiermee wordt invulling gegeven aan het voorgestelde artikel 2 lid 3 Stroomlijningswet.

28/52

### **ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens**

#### I. Verenigbaarheid werkwijze met artikel 8 EVRM

- 7 Een discussie die sinds het Colas Est-arrest<sup>1</sup> speelt is of het wettelijk systeem dat de bevoegdheid van ACM-ambtenaren om bedrijfsruimtes te betreden reguleert, verenigbaar is met artikel 8 EVRM (het recht op privacy).<sup>2</sup>
- 8 Uit vaste rechtspraak van het EHRM volgt dat een inbreuk op 8 EVRM alleen is gerechtvaardigd als deze is voorzien bij wet, een gerechtvaardigd doel dient en proportioneel is ten opzichte van dit doel. Over de derde voorwaarde heeft het EHRM reeds bepaald dat als een mededingingsautoriteit over ruime onderzoeksbevoegdheden beschikt en geen voorafgaande rechterlijke toetsing plaatsvindt, een bedrijfsonderzoek niet voldoet aan deze voorwaarde.<sup>3</sup> Met betrekking tot de voorwaarde van de voorzienbaarheid bij wet heeft het

<sup>1</sup> EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Colas Est e.a.*

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld M.M. Slotboom, 'De NMa staat voor de deur. Maar waar is de rechterlijke machtiging?', M&M 2012, p. 110-116.

<sup>3</sup> EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Colas Est e.a.*



EHRM – weliswaar in het kader van artikel 10 EVRM – bepaald dat een rechterlijke toetsing vooraf heeft te gelden als kwaliteitseis die waarborgt dat de wettelijke bevoegdheid objectief en onpartijdig wordt gebruikt door de overheidsinstantie.<sup>4</sup>

- 9 Er is geen wettelijke voorwaarde die stelt dat ACM een voorafgaande rechterlijke machtiging nodig heeft als onderzoek wordt verricht bij een onderneming. Voor het betreden en doorzoeken van woningen van privépersonen is wel een rechterlijke machtiging vereist.<sup>5</sup> Het is zeer de vraag of het ontbreken van rechterlijke toestemming vooraf bij bedrijfsbezoeken valt te verenigen met artikel 8 EVRM. Hoewel de Europese Commissie ook bedrijfsonderzoeken verricht zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, is het onzeker of deze werkwijze kan standhouden nu het Handvest van de grondrechten van de EU deel is gaan uitmaken van het Unierecht en bovendien toetreding van de EU tot het EVRM is beoogd. De vraag of deze handelwijze in overeenstemming is met het recht op privacy, is dan ook voorgelegd aan het Gerecht.<sup>6</sup> Wij wachten de resultaten van deze procedure met belangstelling af.
- 10 Van een zorgvuldig handelende overheid met vergaande onderzoeksbevoegdheden mag worden verwacht dat alle twijfel omtrent de legitimiteit van een bedrijfsbezoek wordt weggenomen. Nu de vraag omtrent de legitimiteit van het ontbreken van een dergelijke toestemming expliciet is voorgelegd aan het Gerecht, zal een mededingingsautoriteit zeer zorgvuldig dienen om te gaan met haar bevoegdheden.
- 11 Voorts constateren wij dat de ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013 (de "Werkwijze") – net als de Werkwijze NMa 2010 – niet voorziet in aanvullende waarborgen voor het rechercheren bij privépersonen. In een reactie op de Werkwijze NMa 2010 is door de VvM aangestipt dat een rechterlijke machtiging waarbij wordt volstaan met een verwijzing naar de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek van de NMa vermoedelijk onvoldoende waarborgen schept voor een (proportionele) schending van het huisrecht van privépersonen. Ook is erop gewezen dat – wegens het grote risico op een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer – de NMa diende te wachten totdat de advocaat is gearriveerd voordat de woning wordt betreden. De NMa heeft de concept werkwijze destijds niet aangepast naar aanleiding van deze reactie, omdat er te weinig ervaring zou zijn met de bevoegdheid tot betreding van een privéwoning om daarvoor beleidsregels op te stellen. Inmiddels heeft ACM ervaring opgedaan op dit gebied en zou zij in staat moeten zijn om beleidsregels op te stellen.

29/52

---

<sup>4</sup> EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03, *Sanama*.

<sup>5</sup> Artikel 55a Mededingingswet.

<sup>6</sup> Zaaknummer T-521/11, *Deutsche Bahn/Commissie*.



## II. Onderzoeksdocument (artikel 2.1)

### *Omschrijving doel en voorwerp onderzoek*

- 12 Volgens artikel 2.1 lid 3 van de Werkwijze verstrekt ACM een omschrijving van het doel en voorwerp op het moment van veiligstellen van de gegevens. Deze omschrijving is van belang, daar ACM zich bij het vorderen en selecteren van gegevens richt op het doel en voorwerp van het onderzoek (artikel 2.1 lid 1 Werkwijze).
- 13 Het Gerecht heeft recentelijk in Nexans<sup>7</sup> overwogen dat de Commissie in de inspectiebeschikking de essentiële kenmerken van de vermoedelijke overtreding dient te vermelden. Hiertoe dient de Commissie zo nauwkeurig mogelijk aan te geven wat wordt onderzocht en wat de elementen zijn waarop het onderzoek betrekking heeft. Dat geldt ook voor ACM. Dit houdt in “een beschrijving van de essentiële kenmerken van de vermoedelijke inbreuk”, waarbij “met name de veronderstelde betrokken markt” wordt omschreven. Tevens dienen genoegzaam de sectoren te worden gepreciseerd die onder de vermeende inbreuk vallen waarop het onderzoek betrekking heeft.<sup>8</sup>
- 14 De verplichting om het doel en voorwerp duidelijk te vermelden, vormt volgens het Gerecht een fundamenteel vereiste. Het maakt de onderneming reeds bij aanvang van het onderzoek ter plaatse duidelijk dat het onderzoek gerechtvaardigd is, waarmee de onderneming inzicht wordt gegeven in de omvang van haar verplichting tot medewerking. Dit waarborgt haar recht van verweer. Ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid achten wij het wenselijk dat ACM aansluit bij de rechtspraak van het Gerecht en derhalve in de Werkwijze of de bijbehorende toelichting aangeeft dat zij het doel en voorwerp van het onderzoek duidelijk zal omschrijven in het onderzoeksdocument. Dit is nu niet het geval.

### *Tijdstip van overhandigen omschrijving doel en voorwerp van het onderzoek*

- 15 Volgens de Werkwijze NMa 2010 reikt ACM een omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek uit aan de onderneming bij aanvang van het onderzoek. Dit moment van overhandiging is in de Werkwijze verschoven naar het moment van veiligstellen van de gegevens (artikel 2.1 lid 3 Werkwijze). ACM heeft in de consultatiebijeenkomst aangegeven geen materiële wijzigingen te beogen. Het is echter niet duidelijk waarom het tijdstip van overhandiging in de Werkwijze is gewijzigd, indien ACM in de praktijk overeenkomstig de Werkwijze NMa 2010 zal handelen.
- 16 Het is van belang dat de onderneming zo snel mogelijk weet wat het doel en voorwerp van het onderzoek is, onder meer omdat ACM verschillende wetten handhaaft en de onderneming in staat moet worden gesteld om eventueel de juiste juridische bijstand in te schakelen. Dit is in

30/52

---

<sup>7</sup> Arrest van het Gerecht van 14 november 2012, zaak T-135/09, *Nexans t. Europese Commissie*.

<sup>8</sup> *Nexans*, r.o. 44-45.



lijn met de werkwijze van de Commissie en met Europese rechtspraak.<sup>9</sup> Het verdient derhalve aanbeveling dat ACM in de Werkwijze of de bijbehorende toelichting vastlegt dat een omschrijving van doel en voorwerp van het onderzoek bij aanvang van het onderzoek ter plaatse aan de onderneming wordt overhandigd, zodat daar tijdens een bedrijfsbezoek geen twijfel over kan bestaan.

#### *Aanpassen doel en voorwerp gedurende het onderzoek*

- 17 De Werkwijze maakt het nog eenvoudiger voor ACM om het doel en voorwerp gedurende het onderzoek aan te passen en aan te vullen: allereerst omdat een omschrijving niet langer bij aanvang van de inspectie hoeft te worden overhandigd aan de onderneming en in de tweede plaats omdat een omschrijving van doel en voorwerp niet langer schriftelijk lijkt te hoeven. Materiaal dat is verkregen tijdens een onderzoek, maar dat geen verband houdt met het oorspronkelijke doel en voorwerp van het onderzoek, kan door ACM alsnog bij het onderzoek worden betrokken door het doel en voorwerp gedurende het onderzoek aan te passen, zonder dat de onderneming daar enig zicht op heeft. Dit verhoogt de kans op een fishing expedition, wat strijd oplevert met het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb.
- 18 Volgens het Gerecht in Nexans zou het recht van verweer van de onderneming ernstig worden aangetast indien de Commissie tegen ondernemingen bewijsmateriaal kon aanvoeren dat tijdens een verificatie is verkregen, maar dat geen verband houdt met het voorwerp en het doel daarvan. Wij achten het wenselijk dat ACM dit waarborgt in haar Werkwijze .

31/52

#### III. Verstrekken van namen van personen/functionarissen waarvan betrokkenheid wordt vermoed bij het doel en voorwerp van het onderzoek (artikel 2.1)

- 19 Een positieve ontwikkeling is dat ACM de namen verstrekt van personen/functionarissen waarvan betrokkenheid wordt vermoed bij het doel en voorwerp van het onderzoek, (artikel 2.1 lid 4 Werkwijze). Het is echter niet duidelijk waarom ACM deze namen uiterlijk verstrekt op het moment van veiligstellen van de betreffende gegevens, en niet reeds bij aanvang van het onderzoek ter plaatse. Het verdient aanbeveling in de Werkwijze op te nemen dat ACM de namen van de personen/functionarissen waarvan betrokkenheid wordt vermoed reeds bij aanvang van het onderzoek ter plaatse aan de onderneming verstrekt, zodat de onderneming inzicht verkrijgt in het vorderen, veiligstellen en selecteren door ACM van gegevens die behoren bij deze personen/functionarissen.

#### IV. Verzegeling veiliggestelde dataset en totstandkoming binnen-de-reikwijdte dataset (artikel 2.1 en 2.2)

- 20 In artikel 2.2 lid 2 van de Werkwijze is beschreven dat de toezichthoudend ambtenaar de betrokkene in staat stelt om aanwezig te zijn bij de beoordeling of gegevens binnen-de-

---

<sup>9</sup> *Nexans v Europese Commissie*.



reikwijdte van het onderzoek zijn. Voor zover dit analoge gegevens betreft, zal de betrokkene bij het bedrijfsonderzoek in de gelegenheid worden gesteld om aanwezig te zijn bij deze beoordeling.

- 21 Wat betreft digitale gegevens wordt de betrokkene in de praktijk uitgenodigd op het kantoor van ACM als via het softwareprogramma Inscope de veiliggestelde dataset wordt doorzocht met zoektermen. Het is onduidelijk waarom op dit punt een onderscheid wordt gemaakt tussen digitale en analoge gegevens. Op basis van artikel 5:17 Awb is ACM bevoegd inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en van die gegevens kopieën te maken. Op grond van artikel 5:17 lid 3 Awb kunnen bescheiden voor korte tijd worden meegenomen in het geval het maken van kopieën ter plaatse niet mogelijk is. In de memorie van toelichting volgt dat het hier gaat om een uitzondering op de algemene regel: in beginsel dienen kopieën ter plaatse te worden gemaakt. Bovendien is in de memorie van toelichting expliciet bepaald dat "als dit de voorkeur heeft van de belanghebbende en de faciliteiten daarvoor aanwezig zijn, de kopieën ter plaatse [moeten] worden vervaardigd."<sup>10</sup> De vraag rijst dan ook of artikel 5:17 Awb een adequate grondslag biedt voor de door ACM gehanteerde praktijk bij het veiligstellen van digitale gegevens. De werkwijze van ACM brengt immers mee dat geen inzage wordt gevorderd, maar dat direct kopieën van grote hoeveelheden digitale data worden genomen terwijl in de praktijk in veel gevallen best mogelijk is om ter plaatse bestanden in te zien of te filteren met behulp van zoektermen. ACM zou ons inziens daarom – in lijn met de praktijk van de Commissie en in lijn met de praktijk van ACM voor analoge gegevens – de gekopieerde digitale dataset moeten beperken tot gegevens binnen-de-reikwijdte van het onderzoek. In het geval het niet mogelijk is digitale data op locatie te filteren, dan zou ACM op grond van artikel 5:17 lid 3 Awb en het evenredigheidsbeginsel uit artikel 5:13 Awb data moeten teruggeven die niet binnen de reikwijdte vallen.
- 22 Voorts blijkt de door ACM gehanteerde praktijk niet uit artikel 2.2 en ook niet uit het door ACM verstrekte voorbeeld 1. Uit dit voorbeeld lijkt eerder te volgen dat eerst een zoekslag wordt uitgevoerd en pas daarna de onderneming in de gelegenheid wordt gesteld om kennis te nemen van de resultaten die de zoekslag heeft opgeleverd. Meer duidelijkheid op dit punt is wenselijk. Daarbij verdient het aanbeveling rekening te houden met de vereisten die de rechtbank heeft gesteld in de uitspraak Fortis/Allianz.<sup>11</sup> In de toelichting zal in ieder geval tot uitdrukking moeten komen op welke wijze de betrokken onderneming zich ervan kan vergewissen dat een digitale veiliggestelde dataset nog niet is ingezien door de toezichthoudend ambtenaar voordat de binnen-de-reikwijdte beoordeling door de toezichthoudend ambtenaar (in aanwezigheid van de betrokken onderneming) is gemaakt.
- 23 Een dergelijke waarborg zou kunnen zijn dat de veiliggestelde dataset in een verzegelde

32/52

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 145

<sup>11</sup> Rechtbank 's-Gravenhage, Fortis Corporate Insurance N.V. en Allianz Nederland Schadeverzekering N.V. tegen de Staat, 13 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH2647.



envelop naar het ACM kantoor wordt vervoerd en dat de toezichthoudend ambtenaar en de betrokken onderneming deze dataset gezamenlijk uit de envelop halen. ACM heeft tijdens de bijeenkomst op 16 juli 2013 evenwel toegelicht dat dit niet het geval is. Mogelijk biedt het verstrekken van hashwaarden bij de veiliggestelde dataset (zie artikel 2.1 lid 5 Werkwijze) een waarborg vergelijkbaar met verzegeling. De toelichting van ACM in de Werkwijze op dit punt is echter onduidelijk. In de toelichting op artikel 1 is namelijk beschreven dat de wijziging van een bestand leidt tot een andere hashwaarde. Niet is opgenomen dat de hashwaarde van een bestand ook wijzigt wanneer het bestand wordt bekeken en/of naar een andere gegevensdrager wordt gekopieerd. Wij vinden het wenselijk dat ACM dit verduidelijkt in de toelichting op artikel 1 en 2.2 lid 2.

- 24 Verder merken wij op dat het feit dat de onderneming ten kantore van ACM wordt uitgenodigd wanneer de zoekslag wordt uitgevoerd om tot de binnen-de-reikwijdte dataset te komen geen echte waarborg is. In de praktijk mag degene die daar namens de onderneming aanwezig is, niet meekijken met de IT-medewerker van ACM die de veiliggestelde dataset doorzoekt en moet hij zelfs in een andere kamer plaatsnemen. De onderneming is volledig afhankelijk van de informatie van de IT-medewerker en kan niet controleren wat die medewerker gedurende de uitvoering van de zoekslag doet. Hierdoor kan de onderneming niet beoordelen of geprivilegieerde gegevens of privégegevens worden ingezien, wat nu juist de reden is van haar aanwezigheid daar. Wij achten het daarom wenselijk dat in de toelichting op artikel 2.2 wordt opgenomen dat indien een onderneming aanwezig wil zijn bij het uitvoeren van de zoekslag ten kantore van ACM, de onderneming de gelegenheid krijgt om gedurende het gehele proces mee te kijken met de medewerker van ACM die de zoekslag uitvoert.

33/52

#### V. Ontbreken van procedure buiten-de-reikwijdte (artikel 2.2)

- 25 In de Werkwijze wordt beschreven dat eerst een veiliggestelde dataset wordt samengesteld (artikel 2.1). Vervolgens worden de gegevens geselecteerd die aangemerkt kunnen worden als binnen-de-reikwijdte van het onderzoek (artikel 2.2 Werkwijze). De onderneming wordt daarna in de gelegenheid gesteld om aan te geven welke gegevens aangemerkt dienen te worden als geprivilegieerde gegevens en niet-zakelijke gegevens (artikel 2.3 Werkwijze). Het ontbreekt de onderneming echter aan de mogelijkheid om gegevens aan te wijzen die géén betrekking hebben op het doel en voorwerp van het onderzoek van ACM (en die dus geen geprivilegieerde gegevens en niet-zakelijke gegevens zijn).

#### Bijvoorbeeld:

ACM vermoedt een kartel bij een drietal aanbestedingen. ACM stelt bij een onderneming digitale gegevens veilig door een integrale kopie te maken van een harde schijf. Het zoektermenonderzoek levert resultaten op die betrekking hebben op tien aanbestedingen. De binnen-de-reikwijdte dataset bevat zodoende informatie die betrekking heeft op tien aanbestedingen, terwijl het onderzoek slechts betrekking heeft op drie aanbestedingen. De onderneming wordt in de gelegenheid gesteld om binnen de binnen-de-reikwijdte dataset



gegevens aan te wijzen als geprivilegieerde gegevens en niet-zakelijke gegevens. Het is echter niet mogelijk om binnen de binnen-de-reikwijdte dataset gegevens aan te wijzen die betrekking hebben op de andere zeven aanbestedingen en daarmee geen onderdeel uitmaken van het doel en voorwerp van het onderzoek. Hiermee wordt getreden buiten de grenzen van artikel 5:13 Awb.

- 26 ACM gaat er bij digitale gegevens vanuit dat alle gegevens die het zoektermenonderzoek oplevert bij voorbaat, dus zonder individuele beoordeling, binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. De zoektermen kunnen gedurende het onderzoek worden aangepast. Dit heeft als gevolg dat ACM in het bezit kan komen van grote hoeveelheden informatie die geen betrekking heeft op het doel en voorwerp van het onderzoek. Deze informatie bevat wellicht ook bijvangst die ACM zelf gebruikt of deelt met andere bestuursorganen of overheidsinstellingen (artikel 2.5 lid 2). Hierdoor ontstaat het risico op een fishing expedition dat op zeer gespannen voet staat met de proportionaliteitseis van artikel 5:13 Awb en de proportionaliteitstoets die wordt gehanteerd om te bepalen of een inbreuk op artikel 6 EVRM en artikel 8 EVRM kan worden gerechtvaardigd.
- 27 Als gezegd, heeft ACM zich op het standpunt gesteld dat de nieuwe werkwijzen grotendeels een codificatie zijn van de huidige handelwijzen. Op grond van de Werkwijze NMa 2010 was het echter voor digitale gegevens mogelijk om gemotiveerd aan te geven of bepaalde gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen (artikel 6 lid 3). Wij vinden het van belang dat in artikel 2.3 een lid wordt toegevoegd waarin wordt bevestigd dat het mogelijk is om gegevens aan te merken als vallend buiten de reikwijdte van het onderzoek.

34/52

#### VI. Uitzondering aanwijzen niet-zakelijke gegevens (artikel 2.3)

- 28 Artikel 2.3 lid 2 en lid 3 bevatten enkele onduidelijkheden met betrekking tot niet-zakelijke gegevens. 'Niet-zakelijke gegevens' zijn alle gegevens die niet vallen onder het begrip 'zakelijke gegevens' als neergelegd in artikel 5:17 lid 1 Awb. In de memorie van toelichting bij artikel 5:17 Awb is toegelicht dat gegevens en bescheiden van persoonlijke aard niet onder het begrip zakelijke gegevens kunnen vallen.<sup>12</sup>
- 29 Als de binnen-de-reikwijdte dataset tot stand is gekomen, stelt de toezichthoudend ambtenaar bij de totstandkoming van de onderzoeksdataset de betrokkene in staat schriftelijk en gemotiveerd aan te geven welke gegevens als niet-zakelijke gegevens in de zin van artikel 5:17 lid 1 Awb kunnen worden aangemerkt. Voor een onderneming en haar werknemers kan het zeer nadelige gevolgen hebben als een claim op niet-zakelijke gegevens wordt geweigerd. De procedure omtrent het afwijzen van een claim dient dan ook met meer waarborgen te zijn omkleed dan nu het geval is.
- 30 Uit artikel 2.3 lid 3 volgt dat de mogelijkheid om gegevens als niet-zakelijk aan te wijzen niet wordt geboden indien de binnen-de-reikwijdte dataset naar haar aard geen gegevens kan

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.



bevatten die niet als zakelijk zijn aan te merken. Het is ACM die bepaalt of een dataset enkel gegevens kan bevatten die zakelijk van aard zijn. Hiertegen staan geen rechtsmiddelen open. In de toelichting op de werkwijze zijn geen criteria opgenomen waaruit blijkt hoe ACM dit toetst. Ook de verstrekte voorbeelden geven hier geen uitsluitel over. Tijdens de consultatiebijeenkomst op 16 juli 2013 is door ACM toegelicht dat deze bepaling is opgesteld met het oog op het spamverbod. Bij het spamverbod bevat de onderzoeksdataset veelal metadata. Metadata zijn gegevens die geen betrekking hebben op de materiële inhoud van een document, maar de formele karaktereigenschappen van een bepaald document beschrijven. Deze mondelinge toelichting biedt onvoldoende waarborgen. Wij zijn van mening dat het aanbeveling verdient artikel 2.3 lid 3 uit de Werkwijze te verwijderen. Uitgangspunt moet zijn dat als een onderneming een dataset voorgelegd krijgt die geen niet-zakelijke gegevens bevat (zoals een dataset met enkel metadata) deze onderneming geen niet-zakelijke gegevens kan en zal aanwijzen. Als ACM niettemin vasthoudt aan deze bepaling, dan verdient het de voorkeur in de artikelsgewijze toelichting nadere criteria uiteen te zetten aan de hand waarvan wordt bepaald in welke gevallen een dataset naar haar aard geen niet-zakelijke gegevens kan bevatten.

#### VII. Totstandkoming van de onderzoeksdataset (artikel 2.3)

- 31 Noch in de Werkwijze, noch in de artikelsgewijze toelichting wordt beschreven hoe ondernemingen in de praktijk in de gelegenheid worden gesteld om aan te geven of de binnen-de-reikwijdte dataset geprivilegieerde correspondentie en/of niet zakelijke gegevens in de zin van artikel 5:17 Awb bevat. Hierdoor is het voor ondernemingen onduidelijk hoe de onderzoeksdataset tot stand komt. Dat geldt nog sterker voor ondernemingen die geen of weinig ervaring hebben met onderzoeken van ACM en daarom niet kunnen terugvallen op eerdere ervaringen met ACM. Het is daarom wenselijk om in de artikelsgewijze toelichting aandacht te besteden aan de praktische uitwerking van artikel 2.3 lid 1 en 2.
- 32 Tijdens de consultatiebijeenkomst van 16 juli jl. heeft ACM toegelicht dat in de praktijk de betrokken onderneming(en) via het softwareprogramma Inscope toegang krijgen tot de binnen-de-reikwijdte dataset. Via Inscope kunnen ondernemingen de individuele documenten in de binnen-de-reikwijdte dataset bekijken. Door het aanvinken van het daarvoor bestemde hokje, kan een onderneming per document aangeven of het gaat om een geprivilegieerd dan wel een niet-zakelijk document. Bovendien kan per document een toelichting worden gegeven. De onderneming is verplicht elke claim te motiveren, behalve waar het correspondentie betreft met een externe advocaat. Deze uitzondering is echter niet opgenomen in de Werkwijze of de toelichting daarop. Het zou wenselijk zijn dit alsnog te doen.
- 33 Medewerkers van het Forensisch IT team van ACM hebben tijdens de bijeenkomst van 16 juli jl. laten zien dat dit programma aanzienlijk verbeterd is ten opzichte van eerdere versies. Dit is vanzelfsprekend een welkome ontwikkeling. Het blijft echter een bijzonder omvangrijke klus



om ieder document open te klikken en voor ieder document individueel te beoordelen of het geprivilegieerde of niet-zakelijke gegevens bevat. Een binnen-de-reikwijdte data set bevat al gauw meer dan 100.000 individuele documenten. De vraag rijst dan ook waarom het programma Inscope geen zoekfunctie kent. Een zoekfunctie zou ondernemingen in staat stellen om te zoeken op termen als "geprivilegieerd" of de namen van advocaten en in één keer de gefilterde documenten aan te merken als geprivilegieerd. Dit zou de procedure voor ondernemingen aanzienlijk efficiënter en sneller maken. Tijdens de consultatiebijeenkomst van 16 juli jl. heeft ACM toegelicht dat Inscope geen zoekfunctie kent vanwege de zorg van ACM dat ACM aansprakelijk zou worden gehouden voor een zoekresultaat waarin ten onrechte niet alle documenten die beantwoorden aan de zoekopdracht naar boven komen. Deze zorg is naar ons oordeel ongegrond. De onderneming kan zelf bepalen of hij gebruik wil maken van een zoekfunctie en is zelf verantwoordelijk voor de keuze van de juiste zoektermen en degelijke controle achteraf. Bovendien dient ACM achteraf ambtshalve te toetsen of de onderzoeksdataset geprivilegieerde gegevens bevat. Op grond van artikel 3 lid 3 van de Werkwijze Geprivilegieerde Gegevens 2013 dient een ambtenaar van ACM gegevens terzijde te leggen en aan de functionaris verschoningsrecht te verstrekken die mogelijk geprivilegieerd zijn maar die niet als zodanig zijn aangemerkt door de betrokken onderneming. De ambtshalve toetsing geldt ook voor privégegevens op basis van privacywetgeving. Daar komt bij dat ACM bij de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset gebruik maakt van zoektermen (en dus een zoekfunctie). Het valt moeilijk in te zien waarom de zoekfunctie voor het vaststellen van de omvang van de binnen-de-reikwijdte dataset wél betrouwbaar zou zijn, maar deze zelfde zoekfunctie voor het vaststellen van de omvang van de onderzoeksdataset ineens niet meer betrouwbaar zou zijn.

36/52

- 34 Verder viel ons op dat geen termijn is opgenomen voor het beoordelen van de binnen-de-reikwijdte dataset. Gelet op de huidige praktijk zijn wij ervan uit gegaan dat wel een termijn zal gelden voor het indienen van claims. Onder de Werkwijze NMa 2010 geldt een termijn van 10 werkdagen. Deze termijn wordt in de praktijk vrijwel altijd verlengd, omdat het vaak onmogelijk is om binnen een termijn van 10 werkdagen alle documenten te beoordelen. Wij juichen dan ook toe dat ACM zich in dit concept niet beperkt tot een (te) korte termijn. Toch menen wij dat enige richtlijn op zijn plaats zou zijn. In dat kader kunnen wij ons voorstellen dat ACM in de toelichting opneemt dat ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld om "binnen een redelijke termijn" aan te geven of de binnen-de-reikwijdte dataset geprivilegieerde dan wel niet-zakelijke gegevens bevat.

VIII. Inzage van veiliggestelde dataset, binnen-de-reikwijdte dataset en onderzoeksdataset (artikel 2.1 en 2.2) en moment van ter inzage (artikel 2.2, 2.3 en 2.4)

*Inzage van de gegevens in de verschillende datasets*

- 35 Op grond van artikel 2.1 lid 1 van de Werkwijze krijgt de onderneming na het veiligstellen van de data een overzicht van de gegevens in de veiliggestelde dataset en de bijbehorende hashwaarden. In de praktijk betekent dit dat de IT-medewerker van de onderneming samen



met de medewerker van het Forensisch IT team van ACM ervoor zorgen dat een kopie van de complete veiliggestelde dataset op de servers van de onderneming beschikbaar blijft. Daarnaast ontvangt de onderneming een CD-rom met een index van de veiliggestelde dataset, inclusief bijbehorende hashwaarden.

- 36 Ten aanzien van het beschikbaar stellen van de binnen-de-reikwijdte dataset en de onderzoeksdataset is de Werkwijze minder duidelijk. Op grond van artikel 2 lid 3 van de Werkwijze krijgt de onderneming toegang tot de binnen-de-reikwijdte dataset. In de Werkwijze noch in de artikelsgewijze toelichting wordt echter beschreven hoe dit praktisch in zijn werk gaat. Voorts is op grond van de Werkwijze en de toelichting daarbij niet duidelijk of – en zo ja op welk moment – de onderneming toegang krijgt tot de onderzoeksdataset. Om de transparantie van het onderzoek van ACM te bevorderen, menen wij dat meer duidelijkheid op dit punt gewenst is.
- 37 Overigens viel ons op dat in de definitie van binnen-de-reikwijdte dataset en van onderzoeksdataset een verwijzing naar artikel 2.3 lid 2 lijkt te ontbreken.

*Moment van ter inzage*

- 38 De Werkwijze verwijst enkele keren naar het “moment van ter inzage” voor het bepalen van de maximale termijn waarbinnen betrokkene in staat moet worden gesteld gegevens in te zien en/of te ontvangen. De verwijzing opgenomen in artikel 2.1 lid 6 bevat de waarborg dat de betrokkene wordt geïnformeerd over een discrepantie tussen de veiliggestelde dataset en de binnen-de-reikwijdte dataset, artikel 2.2 lid 3 bevat de waarborg dat de betrokkene een overzicht van gegevens opgenomen in de binnen-de-reikwijdte dataset en de wijze van totstandkoming van die dataset ontvangt en met artikel 2.4 wordt gewaarborgd dat de betrokkene wordt geïnformeerd over de wijze waarop de keuze tot stand is gekomen ten aanzien van het opnemen van gegevens in het dossier.
- 39 Wij begrijpen dat met het “moment van ter inzage” wordt aangesloten bij artikel 5:49 Awb. ACM zou dit ook moeten opnemen in de toelichting. Dit moment – na het opstellen van het rapport – is echter te laat om op effectieve wijze de rechten van de verdediging te kunnen waarborgen. Toepassing van artikel 2.2 lid 3 zou betekenen dat ACM niet verplicht is om reeds daarvoor een overzicht van de gegevens binnen-de-reikwijdte te verstrekken noch een overzicht van de zoektermen die ACM heeft toegepast.
- 40 Tijdens de consultatiebijeenkomst heeft ACM aangegeven dat het in ieder geval met betrekking tot mededingingszaken niet de bedoeling is de bestaande praktijk te wijzigen, en dat de betrokkene derhalve reeds in een eerder stadium een overzicht en/of (digitale) kopie van de binnen-de-reikwijdte dataset zal krijgen evenals een overzicht van de zoektermen nadat deze door ACM zijn toegepast. Dit lijkt te worden ondersteund door de toelichting bij artikel 2.2 lid 3, waarin ACM aangeeft dat ‘de gehanteerde zoekvragen en een overzicht van de bestanden in de binnen-de-reikwijdte dataset veelal na een zoekslag zullen worden



verstrekt' (onderstreping toegevoegd). Dit biedt echter onvoldoende waarborgen aangezien ACM op grond van de Werkwijze de mogelijkheid blijft behouden dit uit te stellen tot na het rapport in de zin van artikel 5:48 Awb.

- 41 De Werkwijze beperkt daarmee de waarborgen die de Werkwijze NMa 2010 biedt. Artikel 3 lid 4 en 5 van de Werkwijze NMa 2010 stelt dat 'een lijst met de gehanteerde zoekvragen' en 'een overzicht van (de herkomst van) de digitale gegevens' binnen-de-reikwijdte bij 'afronding van het onderzoek ter plaatse' aan de betrokkene worden verstrekt. Wanneer wordt aangenomen dat ACM onder de Werkwijze vaker op het kantoor van ACM zoektermen zal toepassen in plaats van op locatie – wij hebben hiervoor toegelicht dat de vraag is of artikel 5:17 lid 3 Awb hiervoor voldoende grondslag biedt – vereist aansluiting bij de Werkwijze NMa 2010 een harde waarborg dat deze overzichten zo snel mogelijk aan de betrokkene worden verstrekt.<sup>13</sup> Dit is onder meer van belang omdat het voor de betrokkene niet altijd mogelijk zal zijn om het overzicht of de dataset zelf exact te reproduceren. Bovendien kan de betrokkene mogelijk niet goed op tijd beoordelen of de gehanteerde zoektermen binnen het doel en de reikwijdte van het onderzoek vallen. Controle na het moment van ter inzage is ontoereikend, onder meer omdat de zaakbehandelaar dan reeds inzage heeft gehad in de gegevens.
- 42 Het is voor ons voorts niet inzichtelijk waarom ACM de waarborg heeft uitgehold, met name aangezien wordt aangegeven dat men de bestaande praktijk in beginsel wil handhaven. ACM verschaft daaromtrent geen toelichting. De overweging dat toezichthouders zijn gefuseerd lijkt de wijziging niet te rechtvaardigen, aangezien bij handhaving van wetten anders dan de Mededingingswet de waarborg uit de Werkwijze NMa 2010 ook zou moeten kunnen worden gehandhaafd. Wij merken daarbij op de Werkwijze NMa 2010 eveneens van toepassing was op handhaving van een verscheidenheid aan wetten.<sup>14</sup>
- 43 Tijdens de consultatiebijeenkomst stelde ACM de vraag hoe met het moment van ter inzage moet worden omgegaan wanneer een onderzoek niet uitmondt in een rapport, maar in een eerder stadium wordt beëindigd. Primair stellen wij ons, zoals uiteengezet, op het standpunt dat het moment van ter inzage voor de waarborgen genoemd in artikel 2.1 lid 6, 2.2 lid 3 en 2.4 hoe dan ook te laat is en dat deze waarborgen uiterlijk in eerder stadium zouden moeten worden nageleefd, namelijk zo snel mogelijk na het toepassen van zoektermen, de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset en/of het opnemen van gegevens in het dossier. In dat geval lijkt de vraag van ACM minder relevant, omdat de waarborgen dan doorgaans ook zullen zijn nageleefd wanneer er geen rapport komt. Mocht ACM vasthouden aan het moment van ter inzage, stellen wij voor om toe te voegen dat genoemde waarborgen ook zullen worden toegepast indien er geen rapport komt en zo snel mogelijk nadat ACM (intern) het besluit neemt om een onderzoek te beëindigen.

38/52

<sup>13</sup> Vergelijkbaar met artikel 5 lid 2 van de Werkwijze NMa 2010.

<sup>14</sup> De Mededingingswet, Elektriciteitswet 1998, Spoorwegwet, Tijdelijke Wet Mediaconcentraties en de Wet Luchtvaart.



#### IX. Afronding van het onderzoek en bewaren van gegevens

- 44 Artikel 2.5 regelt het bewaren van gegevens door ACM. Gegevens opgenomen in het dossier worden bewaard overeenkomstig de Archiefwet 1995 (lid 1). Andere gegevens die zijn opgenomen in de onderzoeksdataset worden bewaard “totdat het onderzoek is afgerond” (lid 2). Alle overige gegevens (bijvoorbeeld veiliggestelde gegevens die niet in de onderzoeksdataset terecht zijn gekomen) worden eveneens bewaard “totdat het onderzoek is afgerond” (lid 3). Wij achten het van belang om vast te leggen wanneer het onderzoek is afgerond zodat duidelijk is wanneer gegevens die niet in het dossier zijn opgenomen door ACM zullen worden vernietigd en/of geretourneerd aan de betrokkene. Zolang ACM deze gegevens onder zich heeft, valt het risico niet uit te sluiten dat derden deze gegevens opvragen, bijvoorbeeld op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur en/of deze gegevens worden uitgewisseld op grond van artikel 7 Instellingswet. Betrokkenen hebben belang bij rechtszekerheid met betrekking tot het uiterlijke moment dat deze gegevens niet meer in bezit van de toezichthouder zullen zijn. Dat geldt in nog sterkere mate voor veiliggestelde gegevens die geen onderdeel gaan uitmaken van het onderzoeksdossier, omdat dit gegevens betreffen die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De overweging dat ACM (veel) meer gegevens veiligstelt dan dat zij voor haar onderzoek nodig heeft, dient niet te resulteren in een groter risico dat deze niet-noodzakelijke gegevens bij derden belanden.
- 45 Wij stellen voor om afronding van het onderzoek te definiëren als het uitbrengen van het rapport in de zin van artikel 5:48 Awb of, indien een onderzoek niet uitmondt in een rapport, zo snel mogelijk nadat een (intern) besluit is genomen dat een onderzoek niet wordt voortgezet.

39/52

#### X. Onderzoek bij derden

- 46 ACM heeft bij de consultatiebijeenkomst nadrukkelijk gevraagd om praktische suggesties hoe om te gaan met vertrouwelijkheid van gegevens wanneer onderzoek wordt gedaan bij derden.
- 47 Wij willen voorop stellen dat het voor de toepassing van procedurele waarborgen in beginsel geen verschil zou moeten maken waar ACM haar onderzoek uitvoert. Artikel 5:17 Awb maakt geen onderscheid tussen personen jegens wie toezichthoudende bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb geldt onverminderd als ACM onderzoek doet bij derden en bij derden bepaalde gegevens vordert, ook al hebben die gegevens geen betrekking op die derde zelf.
- 48 Bij toepassing van de werkwijzen moet ACM te allen tijde rekening houden met degene die belang heeft bij de bescherming van bepaalde gegevens. Het is onvoldoende om slechts ten aanzien van de bezitter van bepaalde gegevens of de onderneming die voorwerp is van onderzoek procedurele waarborgen in acht te nemen. Indien zich bijvoorbeeld bij een extern onderzoeksbureau geprivilegieerde communicatie bevindt tussen een onderneming die voorwerp van onderzoek is en een advocaat, dan moet de onderneming de mogelijkheid



hebben om de geprivilegieerde gegevens te claimen. Die claims kunnen niet worden overgelaten aan het onderzoeksbureau, dat er niet altijd belang bij zal hebben de claims in te dienen. Andersom geldt dit ook: het is denkbaar dat data wordt meegenomen bij een derde die vertrouwelijke gegevens bevat van die derde, terwijl die derde geen voorwerp van onderzoek is. In dat geval moet de derde de mogelijkheid hebben geprivilegieerde en andere vertrouwelijke gegevens te claimen. Bovendien dient ACM steeds ambtshalve te toetsen of onderzoeksdata geprivilegieerde gegevens en/of – met het oog op privacywetgeving – privégegevens bevat.

- 49 Graag brengen wij nog het volgende punt onder de aandacht. Het komt regelmatig voor dat bij een onderneming data wordt gekopieerd die gegevens (bijvoorbeeld een e-mail inbox) bevat van een ex-werknemer. Hoewel een onderneming er doorgaans zorg voor zal dragen dat privégegevens van haar werknemers worden geclaimd, zal dat bij een ex-werknemer niet altijd het geval zijn. Een onderneming zal niet altijd het belang hebben om met dezelfde zorgvuldigheid om te gaan met de gegevens van een ex-werknemer, terwijl ook die werknemer met het oog op privacywetgeving recht heeft op bescherming van zijn privégegevens en andere vertrouwelijke gegevens. ACM kan dit niet volledig aan de onderneming overlaten, zeker gezien het feit dat gaandeweg een onderzoek een natuurlijk persoon ineens (ook) als overtreder kan worden beschouwd. Wij achten het wenselijk dat ACM in de situatie zoals hierboven geschetst in overleg treedt met de betrokken onderneming en dat zij – indien de onderneming daar om wat voor reden dan ook niet toe bereid is – zelf de gegevens aan de desbetreffende ex-werknemer ter beschikking stelt zodat ook hij de mogelijkheid krijgt gebruik te maken van de procedurele waarborgen van de werkwijzen. In de praktijk zouden twee kopieën van de binnen-de-reikwijdte dataset gemaakt kunnen worden, waarvan één kopie aan de onderneming en één aan de ex-werknemer ter beschikking wordt gesteld. ACM kan de ex-werknemer desnoods op haar kantoor uitnodigen om de claimwerkzaamheden uit te oefenen. Wij begrijpen dat er bij ACM bezwaren bestaan tegen deze aanpak, voornamelijk in het kader van het waarborgen van de vertrouwelijkheid van het onderzoek. Een ex-werknemer die een dataset ter beschikking krijgt met zijn eigen gegevens, zal echter niet snel belangrijke vertrouwelijke elementen van het onderzoek kunnen achterhalen. In ieder geval zal ACM niet zo zwaar worden geschaad in haar belang een onderzoek in vertrouwelijkheid uit te voeren, dat dit rechtvaardigt dat vertrouwelijke gegevens van bepaalde personen zonder waarborgen worden ingezien. ACM kan er desgewenst voor kiezen de ex-werknemer een vertrouwelijkheidsverklaring te laten ondertekenen.

40/52

### **ACM Werkwijze in geprivilegieerde gegevens 2013**

- 50 De ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens van 2013 (de "Werkwijze LPP") verschilt niet van de werkwijze met betrekking tot geprivilegieerde gegevens zoals vervat in de Werkwijze NMa 2010. Bij de consultatie voor die laatstgenoemde werkwijze heeft de VvM aangegeven een aantal zorgen te hebben over de te hanteren procedure, met name met betrekking tot de onafhankelijkheid van de functionaris verschoningsrecht en het ontbreken van een toereikend



rechtsmiddel tegen de beslissingen van die functionaris. Die zorgen zijn bij de nieuwe Werkwijze LPP onverminderd blijven bestaan.

#### I. Status advocaat in dienstbetrekking (artikel 2)

- 51 Uit de toelichting bij artikel 2 lid 1 van de Werkwijze LPP blijkt dat ACM 'alle correspondentie tussen betrokkene en advocaat' als geprivilegieerd beschouwt. Niet duidelijk is echter of dit slechts geldt voor correspondentie met een externe advocaat of ook voor interne communicatie met een advocaat in dienstbetrekking. De NMa heeft zich in het verleden op het standpunt gesteld dat de advocaat in dienstbetrekking zich op het verschoningsrecht kan beroepen, in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>15</sup> Wij achten het wenselijk om dit te verduidelijken in de Werkwijze LPP of de toelichting. In ieder geval zou de bescherming van geprivilegieerde gegevens zich ook moeten uitstrekken tot communicatie met een advocaat in dienstbetrekking en tot interne notities binnen een onderneming die de tekst of inhoud weergeven van communicatie met een externe advocaat.<sup>16</sup> Over het geprivilegieerde karakter van communicatie met een advocaat mag in het geheel geen twijfel bestaan.

#### II. Onafhankelijkheid functionaris verschoningsrecht (artikel 2)

- 52 Artikel 2 lid 3 van de Werkwijze LPP stelt dat de functionaris verschoningsrecht zijn werkzaamheden onafhankelijk uitvoert, maar over die werkzaamheden rechtstreeks verantwoording aflegt aan ACM. Deze bepaling is in zekere zin tegenstrijdig. Niet valt in te zien hoe de onafhankelijkheid van de functionaris gewaarborgd kan worden terwijl hij opereert onder de verantwoordelijkheid van ACM. De beoordeling van claims van geprivilegieerde gegevens door een functionaris van ACM, waarbij de functionaris die gegevens inziet, is in strijd met artikel 51 Mededingingswet waar het correspondentie betreft tussen een onderneming en een advocaat over de toepassing van de mededingingsregels. Zonder de integriteit van ACM in twijfel te willen trekken merken wij op dat hoewel de functionaris verschoningsrecht door zogenoemde Chinese walls is gescheiden van de toezichthoudende ambtenaren die het onderzoek uitvoeren, de functionaris toch onderdeel is en blijft van ACM. De strekking van artikel 51 Mededingingswet is dat ACM geprivilegieerde adviezen van een advocaat over het mededingingsrecht niet mag inzien. Om de Werkwijze LPP in overeenstemming te brengen met deze bepaling, achten wij het raadzaam aan te sluiten bij de werkwijze zoals de Commissie die hanteert (zie tevens hieronder).

41/52

---

<sup>15</sup> Zie uitspraak van de Hoge Raad van 15 maart 2013, LJN: BY6101, en de toespraak van Monique van Oers van 20 januari 2011, 'Legal Privilege en de NMa-praktijk'.

<sup>16</sup> Vgl. de werkwijze van de Commissie: arrest van het Gerecht van 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akroc Chemicals t. Commissie.*, r.o. 117.



III. Werkwijze van functionaris verschoningsrecht (artikel 5)

- 53 De procedure die de Commissie dient te volgen met betrekking tot geprivilegieerde gegevens is uitvoerig toegelicht door het Gerecht in Akzo. Hier overwoog het Gerecht dat kennisname door de Commissie van de inhoud van een geprivilegieerd document een schending vormt van het beginsel van bescherming van vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten.<sup>17</sup> Dit komt overeen met het bepaalde in artikel 51 Mededingingswet. Commissie-ambtenaren mogen in beginsel gegevens vluchtig inzien om te beoordelen of deze een geprivilegieerd karakter hebben, tenzij de onderneming betoogt dat zelfs vluchtig inzien het geprivilegieerde karakter van de gegevens zou schaden. De onderneming moet de Commissie dan laten weten waaruit het geprivilegieerde karakter van de gegevens blijkt, zonder mededelingen te doen over de inhoud van die documenten. Hierbij kan gedacht worden aan informatie over de auteur en het doel waarvoor het document is opgesteld. Wij zijn van mening dat ook de functionaris verschoningsrecht van ACM óf door vluchtig inzien óf aan de hand van deze informatie het geprivilegieerde karakter van de gegevens kan beoordelen. De functionaris zou de gegevens echter niet inhoudelijk mogen inzien.
- 54 Het Gerecht overwoog in Akzo verder dat indien de Commissie het oneens is met een claim van geprivilegieerde gegevens, zij de betreffende documenten niet mag inzien totdat zij de onderneming de mogelijkheid heeft gegeven naar behoren beroep in te stellen bij het Gerecht. De desbetreffende documenten worden dan veiliggesteld in een verzegelde envelop. De Commissie moet het verstrijken van de beroepstermijn afwachten alvorens kennis te nemen van de inhoud van de (mogelijk) geprivilegieerde documenten.
- 55 De procedure bij de functionaris verschoningsrecht biedt niet dezelfde waarborgen als een beroepsmogelijkheid bij een onafhankelijke rechter. Als de functionaris verschoningsrecht de claims heeft afgewezen, voorziet artikel 5.3 lid 3 van de Werkwijze LPP in een wachttermijn van vijf werkdagen voordat de toezichthoudende ambtenaar de desbetreffende gegevens kan inzien. Blijkens de toelichting is die termijn bedoeld om de onderneming de kans te geven een rechtsmiddel aan te wenden. Duidelijke verwijzingen naar mogelijke rechtsmiddelen bevat de toelichting echter niet. Vast staat in ieder geval dat de beslissingen van de functionaris verschoningsrecht geen besluiten zijn in de zin van de Awb. Beroep bij de bestuursrechter is dus uitgesloten. Het enige rechtsmiddel dat een onderneming op dat moment zou kunnen aanwenden is het starten van een civiel kort geding. Wij achten het wenselijk om expliciet in de Werkwijze LPP op te nemen dat een onderneming de mogelijkheid heeft het geschil voor te leggen aan de civiele rechter indien de functionaris heeft besloten de claims definitief af te wijzen. Een termijn van vijf werkdagen is voor het starten van een kort geding echter praktisch onhaalbaar. Ons inziens zou de functionaris minstens twee weken moeten wachten met het verstrekken van de geprivilegieerde gegevens aan het onderzoeksteam, zodat een onderneming voldoende kans heeft om op behoorlijke wijze dit rechtsmiddel aan te wenden.

42/52

---

<sup>17</sup> Akzo, r.o. 86.



- 56 De procedure bij de functionaris zelf kan dan beperkt worden tot één (bezwaar)ronde, waarbij de functionaris de geprivilegieerde gegevens slechts vluchtig of in het geheel niet mag inzien, indien de onderneming betoogt dat zelfs vluchtig inzien het geprivilegieerde karakter van de gegevens zou schaden. Bij afwijzing van claims door de functionaris zouden de mogelijk geprivilegieerde gegevens in een verzegelde envelop moeten worden gedaan, waarna de onderneming de mogelijkheid krijgt het geschil voor te leggen aan de civiele rechter.

\*\*\*



## REACTIE CMS

### *Mate van gedetailleerdheid*

- 1 Tijdens de bijeenkomst op 16 juli 2013 is goed naar voren gekomen welke uitgangspunten ACM bij het opstellen van de Werkwijze onderzoek en Werkwijze geprivilegieerde gegevens heeft gehanteerd. ACM heeft gekozen voor het formuleren van bepaalde waarborgen die gelden ongeacht de materiële wet(ten) waarvan overtreding wordt vermoed.
- 2 Naar wij begrijpen hangt de keuze van ACM samen met het grote aantal materiële wetten dat door haar wordt gehandhaafd en de uiteenlopende vormen waarin overtredingen zich plegen te manifesteren. Een ander belangrijk element is de snelheid waarmee technische ontwikkelingen zich voordoen. Die vergde volgens ACM een forensisch IT neutrale aanpak.
- 3 Dat ACM heeft geopteerd voor waarborgen, betekent concreet dat de Werkwijze onderzoek en Werkwijze geprivilegieerde gegevens niet voorzien in een procesbeschrijving waaraan de toezichthouder zich in het kader van een onderzoek gehouden acht.
- 4 De Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren<sup>18</sup> (hierna: "Werkwijze NMa"), die bij besluit van 16 april 2013<sup>19</sup> is ingetrokken maar materieel nog gelding heeft, bevatte een dergelijke procesbeschrijving wel. Zonder te stellen dat deze procesbeschrijving garandeerde dat de NMa in het kader van onderzoek op alle punten conform het geldende recht opereerde, bood die procesbeschrijving voor alle bij een onderzoek betrokken partijen zonder meer duidelijkheid over het verloop dat een onderzoek kende.
- 5 Tegen de achtergrond van hetgeen tot 1 april 2013 onder het regime van de NMa gebruikelijk was, vormen de Werkwijze onderzoek en de Werkwijze geprivilegieerde gegevens daarom in zekere zin een stap terug. Dat doet de vraag rijzen of de door ACM geformuleerde waarborgen voldoende houvast bieden in de praktijk en of zij voldoende nuttig effect sorteren. Deze vraag houdt ook ACM bezig, zo blijkt uit het feit dat tijdens de bijeenkomst van 16 juli 2013 aan de aanwezigen de vraag is voorgelegd of marktpartijen behoefte hebben aan meer informatie dan thans is opgenomen in de Werkwijze onderzoek en de Werkwijze geprivilegieerde gegevens.
- 6 Voor wat betreft onderzoek naar overtredingen van wetgeving die tot 1 april 2013 door de NMa werd gehandhaafd, zijn wij geneigd te stellen dat een hogere mate van transparantie over het verloop van onderzoeken wenselijk is.
- 7 Een voorbeeld betreft de termijnen die in het kader van onderzoek voor bepaalde

44/52

---

<sup>18</sup> Regeling van 10 augustus 2010, Stcrt. 2010, nr. 12871.

<sup>19</sup> Besluit van ACM van 16 april 2013, Stcrt. 2013, nr. 10808.



verrichtingen gelden. Die zouden in ieder geval kunnen worden genoemd in de Werkwijze onderzoek en de Werkwijze geprivilegieerde gegevens, zonder dat de documenten daarmee gelijk het karakter van een procesbeschrijving behoeven te krijgen. Overigens zouden niet alleen de termijnen moeten worden genoemd die de betrokkenen hebben te respecteren, maar ook de termijnen die ACM zelf heeft na te leven.

- 8 Ter illustratie verwijzen wij naar artikel 7 lid 1 Werkwijze NMa. Op grond van deze bepaling gold voor vermoedelijke overtreders een termijn van 10 werkdagen om aan te geven of door de NMa vergaarde gegevens een geprivilegieerd karakter hadden of niet. Hoewel de genoemde termijn in de praktijk te kort was en vaak de noodzaak tot een verzoek om uitstel met zich bracht, bood het een richtsnoer voor betrokkenen. Ondernemingen en bij een onderzoek betrokken personen konden bij aanvang van een onderzoek eenvoudig worden geïnformeerd over hetgeen de NMa van hen zou verwachten in de periode na aanvang van een onderzoek. Dat de korte termijnen waaraan zij zich in beginsel moesten houden vervolgens in geen verhouding bleken te staan tot de lange periode die de functionaris verschoningsrecht al dan niet noodgedwongen voor het beoordelen van claims uittrok, kon in voorkomend geval echter tot onbegrip leiden. Termijnstelling voor alle partijen zou dat ook laatste ondervangen.
- 9 Voor zover ACM geen algemene termijnen in de werkwijzen wenst op te nemen, verdient het in ieder geval aanbeveling dat zij in een vroeg stadium van ieder individueel onderzoek, gedurende of kort na afloop van een inspectie bijvoorbeeld, met de betrokken partijen afspraken maakt over de in acht te nemen termijnen.
- 10 Een ander punt betreft de functionarissen verschoningsrecht in de zin van artikel 2 lid 2 Werkwijze geprivilegieerde gegevens. Nu ACM de mogelijkheid zal hebben om meer dan één functionaris verschoningsrecht aan te stellen en deze functionarissen in hun hoedanigheid van toezichthoudend ambtenaar bij andere onderzoeken betrokken kunnen raken, zou naar ons oordeel op voorhand bekend moeten worden gemaakt welke ambtenaren als functionaris verschoningsrecht zijn aangewezen. Anderzijds is van belang dat de betrokkenen bij een onderzoek tijdig te horen krijgen welke toezichthoudende ambtenaren bij het betreffende onderzoek zijn betrokken. Alleen op die manier kunnen betrokken partijen beoordelen of de rechten van verdediging en bescherming van geprivilegieerde gegevens afdoende zijn gewaarborgd.

### **Onderzoeksdoel**

- 11 Artikel 2.1 lid 1 Werkwijze onderzoek bepaalt dat toezichthoudende ambtenaren zich dienen te richten naar het doel en voorwerp van het onderzoek. Een omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek wordt volgens de bewoordingen van artikel 2.1 lid 3 Werkwijze onderzoek aan de betrokkene verstrekt op het moment van veiligstellen van de gegevens.



- 12 ACM lijkt hier als uitgangspunt te hebben gehanteerd dat het niet mogelijk is om gedurende een onderzoek een aan betrokkene gecommuniceerd doel en voorwerp van onderzoek te wijzigen.
- 13 Enerzijds is daarvoor een aanwijzing dat de mogelijkheid tot uitbreiding van het doel en het voorwerp tijdens een onderzoek ter plaatse was voorzien in artikel 2 lid 3 Werkwijze NMa, maar deze mogelijkheid niet is opgenomen in de Werkwijze onderzoek.
- 14 Anderzijds leidt de omstandigheid dat een omschrijving van het doel en voorwerp *op het moment van veiligstellen* moet geschieden ertoe dat een mededeling van uitbreiding van een onderzoek over het algemeen niet tijdig kan worden gedaan. Behoudens het geval dat een dergelijke uitbreiding plaats vindt op basis van eerste bevindingen in een vroeg stadium van een inspectie ter plaatse, komt de behoefte aan de zijde van ACM om het voorwerp en doel uit te breiden namelijk in beginsel eerst op nádat zij kennis heeft genomen van gegevens die zijn veiliggesteld. Een mededeling aan betrokkene over uitbreiding of wijziging van het doel en voorwerp van het onderzoek is dan, in het licht van de huidige formulering van artikel 2.1 lid 3 Werkwijze onderzoek, per definitie tardief.
- 15 Dat ACM op dit punt duidelijk een andere insteek kiest dan de NMa juichen wij toe. Daarmee creëert de toezichthouder aansluiting bij recente rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie over de verplichtingen die ten aanzien van de omschrijving van het onderzoeksdoel rusten op de Europese Commissie. In de zaak *Nexans e.a./Commissie* is namelijk overwogen dat *“[d]e verplichting het doel en voorwerp te omschrijven zou worden miskend indien de autoriteit in de praktijk de mogelijkheid zou hebben om, telkens wanneer zij over een aanwijzing beschikt op grond waarvan zij kan vermoeden dat een onderneming in een specifiek domein van haar activiteiten een inbreuk heeft begaan op de mededingingsregels, een inspectie uit te voeren met betrekking tot al haar activiteiten, met als uiteindelijke doel het bestaan te ontdekken van elke inbreuk [...]”*<sup>20</sup>
- 16 Overigens is de omstandigheid dat de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek op het moment van veiligstellen wordt overhandigd nog in een ander opzicht van betekenis. Het veiligstellen van gegevens heeft, zo leert de ervaring, doorgaans plaats in een betrekkelijk laat stadium van een inspectie. Dat betekent dat ACM in de praktijk gedurende een deel van een inspectie haar handhavingsbevoegdheden uitoefent zonder dat het doel en voorwerp van het onderzoek aan de betrokkene kenbaar is gemaakt. Dat is zonder meer in strijd met het evenredigheidsbeginsel in de zin van artikel 5:13 Awb.

46/52

---

<sup>20</sup> Gerecht 14 november 2012, zaak T-135/09, *Nexans France e.a./Commissie*, para. 65.



### Zoektermen

- 17 Dat ACM een breder takenpakket heeft dan de NMa, heeft er volgens de toelichting van ACM op 16 juli 2013 mede toe geleid dat de binnen-de-reikwijdte dataset niet per definitie tot stand komt op basis van een selectie op basis van zoektermen. ACM heeft aangegeven de keuze voor de methode van selectie te laten afhangen van de omstandigheden van het geval.
- 18 Desalniettemin mag worden verondersteld dat bij de handhaving van de Mededingingswet, en andere wetten op de naleving waarvan de NMa eerder toezicht hield, een selectie van gegevens op basis van vooraf gekozen zoektermen doorgaans ten grondslag zal liggen aan de binnen-de-reikwijdte dataset. Het eerste voorbeeld in de algemene schriftelijke toelichting<sup>21</sup> biedt voor deze aanname steun.
- 19 De door ACM beoogde selectie van gegevens op basis van zoektermen verdraagt zich naar ons oordeel niet met het evenredigheidsbeginsel in de zin van artikel 5:13 Awb.
- 20 In de eerste plaats hangt dit samen met het simpele gegeven dat niet goed voorstelbaar is dat een lijst met zoektermen door ACM wordt opgesteld die uitsluitend leidt tot de identificatie van documenten die verband houden met het doel en voorwerp van het onderzoek. In het geval van toepassing van de Mededingingswet is het gebruik van klassieke zoektermen, zoals *prijfsafpraak*, *marktverdeling* of *prijsverhoging*, bijvoorbeeld praktisch onvermijdelijk. Inherent aan het gebruik van dergelijke termen is dat zogenaamde bijvangst, met name indien de betrokkene in meer sectoren actief is dan diegene die voorwerp van het onderzoek is.
- 21 In de tweede plaats is, zo nemen wij althans aan, de samenstelling van de binnen-de-reikwijdte dataset op basis van zoektermen in zoverre definitief dat ACM in beginsel niet een nadere toets verricht en de betrokkene niet de gelegenheid krijgt om te toetsen of de betreffende dataset daadwerkelijk enkel gegevens bevat die binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Dat gebeurde onder de Werkwijze NMa niet, terwijl die mogelijkheid evenmin met zoveel woorden is verankerd in de Werkwijze onderzoek. De betrokkene heeft derhalve niet de mogelijkheid om invloed uit te oefenen bij de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset.
- 22 In vergelijking met hetgeen onder de Werkwijze NMa voor de vermoedelijke overtreder gold, is de positie van de betrokkene onder de Werkwijze onderzoek in dit opzicht overigens om twee redenen verder verzwakt.
- 23 Enerzijds is in de Werkwijze onderzoek niet gewaarborgd dat de betrokkene na afronding van de inspectie ter plaatse over de lijst met zoektermen komt te beschikken. Daarmee bestaat

47/52

---

<sup>21</sup> 4 Consultatiedocument ACM, pag. 4.



ook niet meer de theoretische mogelijkheid om in een vroeg stadium van het onderzoek intern te reconstrueren welke documenten in de handen van ACM zijn komen te vallen.

- 24 Anderzijds geldt volgens de toelichting van ACM op 16 juli 2013 bij toepassing van de Werkwijze onderzoek dat bij een inspectie enkel het veiligstellen van gegevens ter plaatse geschiedt. De eventuele selectie op basis van zoektermen heeft plaats op het kantoor van ACM. In een mogelijkheid voor de betrokkene om daarbij aanwezig te zijn, wordt niet voorzien. Dat laatste is in die zin begrijpelijk dat de betreffende zoekslag een louter technische handeling is, en de aanwezigheid van betrokkene daarom van betrekkelijk weinig waarde. Niettemin draagt ook dit element bij aan de vaststelling dat de binnen-de-reikwijdte dataset door ACM onder omstandigheden tot stand komt zonder dat een betrokkene daarop enige controle of invloed kan uitoefenen.
- 25 In de derde plaats is van belang dat de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset op basis van zoektermen, anders dan ACM tijdens de bijeenkomst van 16 juli 2013 stelde, geen steun in de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage in de zaken *Fortis/Staat* en *Allianz/Staat*.<sup>22</sup> In die zaken lag namelijk niet ter beoordeling voor de rechtmatigheid van de selectie van digitale gegevens op basis van zoektermen. Het ging daar om een inspectie waarbij kopie was gemaakt van digitale gegevens die op basis van andere criteria door de NMa waren aangewezen. Omdat de Voorzieningenrechter oordeelde dat die methode zich niet met het evenredigheidsbeginsel verhield, is in 2010 in de Werkwijze NMa het gebruik van zoektermen geïntroduceerd. Niet uit het oog mag worden verloren dat in Nederland tot dusverre niet in rechte is getoetst of deze methode zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel en andere verdragsrechtelijke en wettelijke normen die voor de toezichthouder gelden.
- 26 De voornoemde omstandigheden leiden tot de vaststelling dat het potentieel belangrijkste onderdeel van de bewijsgaring door ACM, te weten de samenstelling van de binnen-de-reikwijdte dataset, zich geheel kan afspelen buiten het blikveld en invloedssfeer van een betrokkene. Mede gezien het belang dat aan het respecteren van doel en voorwerp van een onderzoek moet worden gehecht, brengt dat een schending van het evenredigheidsbeginsel in de zin van artikel 5:13 Awb met zich. Bovendien staat dit op gespannen voet met in verschillende verdragen verankerde recht op privacy en het recht op verdediging.
- 27 Tegen deze achtergrond is niet onbelangrijk te vermelden dat de werkwijze van de Commissie veel minder verstrekking is dan welke ACM beoogt. De Commissie maakt tijdens inspecties gebruik van zoektermen om binnen bepaalde omgevingen digitale gegevens aan te merken als vallend binnen de reikwijdte van het onderzoek. In beginsel voegt zij uit de betreffende

48/52

---

<sup>22</sup> Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage 13 oktober 2008, gevoegde zaken *Fortis/Staat* en *Allianz/Staat*, LJN: BH2647.



selectie echter alleen kopie van documenten aan het onderzoeksdossier toe waarvan de ambtenaren ter plaatse en in het bijzijn van betrokkene hebben geverifieerd dat zij binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en geen persoonlijk of geprivilegieerd karakter hebben.<sup>23</sup>

- 28 Tijdens de bijeenkomst van 16 juli 2013 heeft ACM te kennen gegeven dat de methode van de Commissie haar grondslag vindt in praktische beperkingen die verband houden met het feit dat een inspectie door de Commissie vaak tegelijkertijd op een groot aantal locaties binnen verschillende landen wordt uitgevoerd.
- 29 Het is inderdaad goed denkbaar dat die bijzondere omstandigheden waaronder de Commissie onderzoek verricht een rol hebben gespeeld bij haar beleidskeuze om enkel ter plaatse documenten te selecteren in het bijzijn van de bezochte onderneming. Niet valt echter uit te sluiten dat de beslissing van de Commissie verband houdt met twijfel of een andere aanpak de toets der kritiek van het Hof van Justitie van de Europese Unie zou doorstaan. Bedacht moet worden dat de werkwijze van de Commissie is herzien op 18 maart 2013, dat wil zeggen nadat het Gerecht in de hierboven genoemde zaak *Nexans e.a./Commissie* uitspraak had gedaan.
- 30 In het licht van het voorgaande geven wij ACM in overweging om de Werkwijze onderzoek aldus in te richten dat bij de samenstelling van de binnen-de-reikwijdte dataset nauwer wordt aangesloten bij de onderzoeksmethode van de Commissie. Buiten het feit dat op die manier een schending van het evenredigheidsbeginsel en andere verdragsrechtelijk gewaarborgde fundamentele beginselen wordt vermeden, zou dit voor betrokkenen die in meer lidstaten van de Europese Unie actief zijn tot meer rechtszekerheid leiden. Bovendien ligt het voor de hand dat de regelingen van nationale mededingingsautoriteiten aansluiting zoeken bij de werkwijze van de Commissie. Dat valt niet als onwenselijk aan te merken.

49/52

### **Bewaren gegevens**

- 31 Uit artikel 2.5 lid 2 Werkwijze onderzoek volgt dat een onderzoeksdataset wordt bewaard tot afronding van het onderzoek. Ten aanzien van de in deze dataset opgenomen gegevens gelden de waarborgen van artikel 7 lid 1 en 3 Instellingswet ACM. Uit de Memorie van Toelichting bij deze laatste wet maken volgt dat uitwisseling van gegevens binnen ACM mogelijk is als dat voor uitvoering van andere taken van die autoriteit nodig zou zijn.<sup>24</sup> Het betreft hier de door de wetgever synergie-effecten van de oprichting van ACM. Naar ons oordeel staat deze beoogde uitwisseling echter op gespannen voet met de bescherming van het recht op privacy en het recht van verdediging.

---

<sup>23</sup> Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) Council Regulation, paras. 9 tot en met 12.

<sup>24</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33 186, nr. 3, pag. 17 en 18.



- 32 Hoe dit ook zij, in de onderhavige context is belangrijk dat ACM op grond van artikel 2.5 Werkwijze onderzoek ook alle gegevens op de veiliggestelde dataset niet behorend tot de onderzoeksdataset tot afronding van het onderzoek bewaart.
- 33 Dit is bezwaarlijk. Het wil namelijk zeggen dat gegevens bij een toezichthouder blijven berusten zonder dat daarvoor enige (wettelijke) grondslag bestaat. Bovendien staan de betreffende gegevens bloot aan het risico dat zij, al dan niet op basis van de Wet openbaarheid bestuur, door derden worden opgevraagd.
- 34 Uit de opmerkingen van de zijde van ACM op 16 juli 2013 blijkt dat de reden voor het bewaren van de laatste categorie van gegevens tweeledig is. Niet alleen zou er een technische noodzaak bestaan om gegevens te bewaren, maar de mogelijkheid zou ook moeten worden behouden om in een later stadium een nieuw zoekslag te maken.
- 35 Hoewel door ons niet goed valt te beoordelen of van een technische noodzaak voor bewaring door ACM sprake is, beschouwen wij geen van beide argumenten als zwaarwegend genoeg. Beide punten kunnen worden ondervangen door de oorspronkelijke veiliggestelde dataset, of het deel dat niet tot de onderzoeksdataset is gaan behoren, over te dragen aan de betrokkene of eigenaar onder de last dat de betreffende gegevens niet worden getast. Het gevaar dat deze partijen zich niet aan een dergelijke opgelegde bewaarplicht houdt is theoretisch, nu daarop sancties kunnen volgen.
- 36 Wij geven ACM in overweging om uitsluitend tot afronding van het onderzoek de inhoud van de onderzoeksdataset te bewaren. De overige gegevens die zich bevinden op de veiliggestelde dataset zouden eerder, en op een daarvoor aangewezen moment, uit handen moeten worden gegeven.

### ***Verschoningsrecht***

- 37 Ten aanzien van de Werkwijze geprivilegieerde gegevens moet worden vooropgesteld dat de juridische houdbaarheid van een benoeming van een toezichthoudend ambtenaar van ACM tot functionaris verschoningsrecht door ons wordt betwijfeld.
- 38 De beoordeling of gegevens binnen de binnen-de-reikwijdte dataset een geprivilegieerd karakter hebben brengt met zich dat in voorkomend geval al dan niet vluchtig kennis wordt genomen van correspondentie tussen betrokkene en een advocaat. Dat een dergelijke beoordeling door een toezichthoudend ambtenaar wordt verricht, verdraagt zich in onze opvatting niet met het wettelijk en verdragsrechtelijk verankerde verschoningsrecht van een advocaat. De omstandigheid dat de beoordeling van claims in de zin van artikel 5.1 Werkwijze geprivilegieerde gegevens door ACM bijdraagt aan een vlotter en efficiënter verloop van haar onderzoek, en dus aan een voor betrokkene minder belastende procedure, verandert daar niets aan.



- 39 Hoe dit ook zij, een belangrijke wijziging ten opzichte van de Werkwijze NMa is dat het volgens de Werkwijze geprivilegieerde gegevens mogelijk is om meer dan één functionaris verschoningsrecht te benoemen. Gelet op de werkdruk waarmee de huidige en enige functionaris verschoningsrecht van de NMa te kampen heeft, is deze maatregel niet onbegrijpelijk.
- 40 Desondanks creëert ACM met de eventuele benoeming van meerdere functionarissen verschoningsrecht het risico dat kennis die door deze ambtenaren is opgedaan bij (vluchtige) bestudering van documenten terecht komt bij collega's die belast zijn met het betreffende onderzoek. De functionarissen verschoningsrecht zijn ook toezichthoudend ambtenaar en werken, zo veronderstellen wij, in de rol van handhaver nauw samen met collega's, die in voorkomend geval zaken behandelen ten aanzien waarvan eerstgenoemde de rol van functionaris verschoningsrecht vervult.
- 41 Mede in dit licht wordt ACM in overweging gegeven om voor betrokkenen een zogenaamde opt out regeling in de Werkwijze geprivilegieerde documenten op te nemen. Die regeling zou erin moeten voorzien dat de beoordeling van claims betreffende het geprivilegieerde karakter van gegevens op verzoek van een betrokkene niet wordt verricht door een functionaris verschoningsrecht maar door een derde. Een rechter-commissaris zou voor die rol in aanmerking kunnen komen.

51/52

### ***Inscope programma***

- 42 Tijdens de bijeenkomst van 16 juli 2013 heeft ACM een toelichting gegeven op de nieuwe versie van het programma Inscope. Dit is de omgeving waarin de binnen-de-reikwijdte dataset aan een betrokkene ter beschikking wordt gesteld teneinde aan te geven welke documenten een geprivilegieerd karakter hebben of niet zakelijk van aard zijn.
- 43 Er lijkt een aantal fundamentele verbeteringen te zijn doorgevoerd ten opzicht van de vorige versie van het programma Inscope, waaraan – in alle eerlijkheid – veel mankeerde. De gebruiksvriendelijkheid lijkt te zijn verbeterd, onder meer doordat het oormerken van een document als geprivilegieerd nu met zich brengt dat alle kopieën van die documenten die zich op dezelfde dataset bevinden ook als zodanig worden geïdentificeerd.
- 44 Toch heeft ACM, al dan niet bewust, één belangrijke aanpassing niet doorgevoerd. Een zoekfunctie ontbreekt, naar wij hebben begrepen, namelijk nog altijd. Met een dergelijke zoekfunctie zou het voor een betrokkene eenvoudiger zijn om door hetverschoningsrecht beschermde of niet zakelijke gegevens op te sporen en te oormerken.
- 45 Zonder de functie blijft de kans bestaan dat de betrokkene er niet aan ontkomt om de inhoud van het Inscope programma door een derde doorzoekbaar te laten maken. Gelet op de kosten die daarmee gepaard gaan, kan het huidige programma de betrokken onder omstandigheden



belemmeren in de daadwerkelijke uitoefening van het recht op verdediging. Dat risico bestaat in het bijzonder waar het gaat om een kleine of middelgrote onderneming of een natuurlijke persoon.

- 46 Om deze redenen geven wij ACM in overweging om het Inscope programma in die zin aan te passen.

**52/52**