

Nederlandse Mededingingsautoriteit

RAPPORT

Rapport als bedoeld in artikel 77 van de Mededingingswet inzake een overtreding als omschreven in artikel 70b van de Mededingingswet.

Nummer 6432/ 53

Betreft zaaknr. 6432/ Rapport verbreken verzegeling

AANLEIDING

1. Op grond van artikel 54 van de Mededingingswet (hierna: "Mw") is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "NMa") bevoegd om bedrijfsruimten te verzegelen.
2. In het kader van een bedrijfsbezoek bij Sara Lee Household & Bodycare Nederland B.V. (hierna: "Sara Lee") maakte de NMa gebruik van bovengenoemde bevoegdheid.
3. Vervolgens constateerde de NMa dat de door haar aangebrachte verzegeling was verbroken als bedoeld in artikel 70b Mw. Naar aanleiding hiervan maakt de NMa op grond van artikel 77 Mw onderhavig rapport op.

FEITEN

4. De NMa heeft een onderzoek ingesteld naar overtreding(en) van artikel 6 van de Mw en/of artikel 81 van het EG-Verdrag, in de periode vanaf 1998, in ten minste Nederland, door ondernemingen die actief zijn op het gebied van [VERTROUWELIJK].
5. Omdat daaruit het vermoeden rees dat Sara Lee betrokken is bij (een) dergelijke overtreding(en), voerde de NMa, op grond van artikel 5:15 eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb") en in overeenstemming met artikel 5:13 Awb, op 17 en 18 juni

2008 een bedrijfsbezoek uit op haar vestiging aan de Vleutensevaart 35 te (3532 AD) Utrecht (hierna: “Bedrijfsbezoek”).¹

6. Het Bedrijfsbezoek, dat deel uitmaakte van een aantal gelijktijdig in het kader van voornoemd onderzoek door de NMa uitgevoerde bedrijfsbezoeken, ving aan op 17 juni 2008 omstreeks 10.00 uur en werd uitgevoerd door een team van zes personen². Sara Lee gaf na binnentreding desgevraagd aan haar volledige medewerking aan het Bedrijfsbezoek te verlenen.³
7. Het onderzoek ter plaatse ving aan omstreeks 11.00 uur en richtte zich op een deel van de analoge en digitale administratie van de verkoopafdeling van Sara Lee. Tevens werden digitale data van genoemde afdeling veilig gesteld voor onderzoek.⁴ De NMa had concrete aanwijzingen dat de heer [XXX] Vice-President Sales (Directeur Verkoop) Sara Lee Household & Bodycare Nederland B.V en de heer [XXX], medewerker Sales Sara Lee Household & Bodycare Nederland B.V., betrokken waren bij de in randnummer 4 genoemde overtreding(en).
8. De NMa vorderde op grond van artikel 5:17 eerste lid Awb en in overeenstemming met artikel 5:13 Awb inzage in i) analoge administratie aanwezig in de werkkamer van [XXX], ii) analoge administratie van [XXX] aanwezig bij zijn secretaresse mevrouw [XXX] en iii) analoge administratie met betrekking tot “Sales, Household & Bodycare” aanwezig in het archief van Sara Lee. Hieruit kopieerde de NMa op grond van artikel 5:17 tweede lid Awb en in overeenstemming met artikel 5:13 Awb diverse gegevens en bescheiden.⁵
9. De NMa maakte verder op grond van artikel 5:17 tweede lid Awb en in overeenstemming met artikel 5:13 Awb een forensische image van de laptop van [XXX] en de desktop van [XXX] en een digitale kopie van a) de mailboxen – inclusief de optie “dumpster files” (verwijderde items) - van [XXX], [XXX] en [XXX] en b) het deel van de netwerkdata, waartoe [XXX] en [XXX] toegang hebben.
10. Om alvast ter plaatste onderzoek te kunnen doen in een deel van de digitale gegevens genoemd onder randnummer 9, isoleerde de NMa daaruit (1) de mailbox van [XXX] afkomstig van zijn laptop, (2) de mailboxen van [XXX], [XXX] en [XXX] afkomstig van het netwerk en (3) het deel van de netwerkdata, waartoe [XXX] en [XXX] toegang hebben.

¹ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/ 1.O1017.

² Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/ 1.O1017, bijlage 1, AH01: lijst van NMa ambtenaren en andere persoon.

³ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/ 1.O1017, randnummer 6.

⁴ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/ 1.O1017, randnummers 11 en 12.

⁵ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/ 1.O1017, randnummer 11 en bijlage AH03, verzamellijst en gemaakte kopieën.

11. Het veilig stellen van de onder randnummer 9 genoemde digitale data kon op 17 juni 2008 door de NMa worden afgerond. Dat gold tevens voor het onderzoek naar de onder randnummer 8 onder i) en ii) genoemde analoge administratie. Daarna resteerde onvoldoende tijd om het onderzoek naar de onder randnummer 8 onder iii) genoemde analoge administratie volledig af te ronden en om de onder randnummer 10 genoemde digitale gegevens voor te bereiden voor inzage en vervolgens in te zien.
12. Om, in afwachting van het vervolg van het onderzoek op 18 juni 2008, manipulatie en/of verwijdering van zowel het door de NMa nog te onderzoeken als het reeds gekopieerde analoge en digitale materiaal te voorkomen, plaatste de NMa dit in overleg met Sara Lee in vergaderruimte “Heavenly Hazel” (zone geel, vergaderkamer VII; hierna: “Vergaderruimte”). Bij aanvang van het Bedrijfsbezoek had Sara Lee de Vergaderruimte aan de NMa ter beschikking gesteld, opdat het Bedrijfsbezoek de bedrijfsvoering van Sara Lee zo min mogelijk zou belasten.
13. Vervolgens verzegelde de NMa omstreeks 18:30 uur de Vergaderruimte als bedoeld in artikel 54 Mw. Dit gebeurde in overeenstemming met artikel 5:13 Awb en in het bijzijn van de heren [XXX], Senior Legal Counsel bij Sara Lee, en [XXX], raadsman van Sara Lee.⁶ Hiertoe bracht de NMa twee officiële door de NMa voor verzegeling gebruikte zegels aan op de (enig aanwezige) toegang (hierna: “Toegang”) tot de Vergaderruimte, zodanig dat deze niet kon worden geopend zonder betreffende zegels te verbreken. Hiertoe waren beide zegels aangebracht op zowel de toegangsdeur als het kozijn daarvan.⁷
14. De hiervoor genoemde zegels zijn niet scheurbaar zoals papier. De door de NMa gebruikte zegels zijn gemaakt van paarskleurig folie van het formaat 37,5– 80 mm, waarop de tekst “*VERBREKING kan worden gesanctioneerd o.g.v. art 70b Mw - NMa - VERZEGELD*” is gedrukt in zilverkleurige letters, die ook ‘s avonds goed zichtbaar zijn.⁸ Kenmerkend is dat bij verwijdering van het zegel een blauwkleurig residu achterblijft op de plek waar het was bevestigd. Dit residu vormt meerdere malen het woord “STOP”. Op het verwijderde zegel is door dit achterblijven van het residu in dezelfde vorm een roze verkleuring zichtbaar.
15. In de directe omgeving van voornoemde zegels bracht de NMa een tweetal gele waarschuwingsaffiches van A4 formaat aan, met daarop veertien logo’s van de NMa als watermerk en de tekst: “*VERZEGELD NIET OPENEN*” en: “*Opening kan gesanctioneerd worden op grond van: artikel 70b Mededingingswet*”, waarvan één zodanig dat het openen van de Toegang werd

⁶ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/1.O1017, randnummer 13 en Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 1.

⁷ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, fotobijlage, foto 1 en 2.

⁸ Product: MC116, Sicherheitsfolie “Purple Stop”, bijlage bij Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017.

belemmerd.⁹ De NMa lichtte op het moment van verzegeling de betekenis van de verzegeling en de sanctie van artikel 70b Mw mondeling toe¹⁰.

16. Vervolgens sloot Sara Lee de verzegelde Toegang in bijzijn van de NMa middels slot en sleutel.¹¹ In aansluiting daarop trachtte Sara Lee ter controle van de zegels de verzegelde Toegang enige malen met kracht te openen. Het gevolg hiervan was dat de zegels roze verkleurden over een breedte van ongeveer 2 millimeter op de plaats waar de toegangsdeur in het kozijn valt.¹² Toen de NMa de verzegelde Vergaderruimte achterliet, op 17 juni 2008 omstreeks 18:40 uur, waren de door de NMa aangebrachte zegels intact en stevig bevestigd.¹³
17. Na vertrek van de NMa bracht Sara Lee, in aanvulling op de verzegeling en waarschuwings-affiches van de NMa, twee stroken zilverkleurig tape aan over de volledige lengterichting van de Toegang. Betreffende tape was boven bevestigd aan het raam boven de Toegang en beneden aan de vloer voor de Toegang.¹⁴
18. Op woensdag 18 juni 2008 omstreeks 09:30 uur constateerde de NMa in het bijzijn van onder meer [XXX], [XXX] en de heer [XXX], President The Netherlands and Belgium Sara Lee Household & Body Care, dat de beide door de NMa aangebrachte zegels van het kozijn verwijderd waren geweest.¹⁵ Dit bleek uit de opgetreden roze verkleuring in de vorm van het diverse malen verschenen woord "STOP", in beide gevallen over het gehele deel van het zegel dat zich op het kozijn bevond. Tevens was, op de plaats waar beide zegels waren aangebracht, tweemaal een blauwkleurig residu achtergebleven op het kozijn, in de vorm van eerder genoemde roze verkleuring.¹⁶
19. Zoals omschreven in randnummer 14, zijn de door de NMa bij verzegeling gebruikte zegels zo ontworpen, dat de hiervoor beschreven kenmerken zich openbaren indien deze worden verwijderd.

⁹ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, fotobijlage, foto 1 en 2.

¹⁰ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/1.O1017, randnummer 13 en Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 4.

¹¹ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 3.

¹² Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 3 en fotobijlage, foto 3 en 4.

¹³ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 2.

¹⁴ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 5 en fotobijlage, foto 7 en 8.

¹⁵ Verslag van ambtshandelingen inzake bedrijfsbezoek 6404_2/1.O1017, randnummer 13 en Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 5.

¹⁶ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 5 en fotobijlage, foto 5, 6, 7 en 8.

20. Omtrent het voorgaande nam de NMa op 18 juni 2008 omstreeks 11:00 uur een verklaring op van vertegenwoordigers van Sara Lee. Sara Lee kon niet verklaren wie verantwoordelijk was voor het verwijderen van de zegels.¹⁷

BEOORDELING

21. Een bedrijfsbezoek in het kader van een onderzoek naar mogelijke overtredingen van de Mededingingswet kan zo omvangrijk zijn dat dit niet binnen een dag kan worden afgerond. In dergelijke gevallen kunnen bedrijfsruimten op grond van artikel 54 Mw worden verzegeld, om het onderzoek op de volgende dag voort te kunnen zetten zonder risico op verlies van bewijsmateriaal.
22. De NMa mag van deze bevoegdheid gebruik maken voor zover dat voor de uitoefening van de in artikel 5:17 Awb genoemde bevoegdheden redelijkerwijs noodzakelijk is. De reden van verzegeling moet daarom zijn het waarborgen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden.
23. De NMa maakte tijdens het Bedrijfsbezoek gebruik van de haar op grond van artikel 54 Mw verleende bevoegdheid om een bedrijfsruimte te verzegelen, omdat zij niet in staat bleek haar werkzaamheden op grond van artikel 5:17 eerste en tweede lid Awb op 17 juni 2008 volledig af te ronden.
24. In de verzegelde Vergaderruimte bevonden zich twaalf specifiek uit het archief ter inzage opgevraagde en nog te onderzoeken archiefdozen.¹⁸ Gezien de totale hoeveelheid te onderzoeken analoge documenten, is de NMa hieraan op 17 juni 2008 niet toe gekomen.
25. Verder bevonden zich in de verzegelde Vergaderruimte een laptop van de NMa die de digitale gegevens zoals omschreven onder randnummer 10 indexeerde, zodat deze met zoektermen bevaagbaar werden. Dit nam ongeveer vier uur in beslag en kon, gezien de overige digitale werkzaamheden op 17 juni 2008, niet eerder worden gestart dan omstreeks 18:00 uur. Sara Lee had ingestemd met de keuze om reeds ter plaatse onderzoek in voornoemde digitale gegevens te doen.
26. Naast bovengenoemd nog te onderzoeken materiaal waren in de verzegelde Vergaderruimte veilig gesteld: de administratief nog te verwerken analoge kopieën van door de NMa tijdens het onderzoek beschreven onder randnummer 8 onder i), ii) en iii) geselecteerde documenten

¹⁷ Verslag van ambtshandelingen inzake verklaring 6404_2/4.O1017.

¹⁸ Verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling 6404_2/2.O1017, randnummer 2. Zie Inventarisatieformulier Semi Statisch Archief 6404_2/10.

en twee harddisks met daarop de onder randnummers 9 en 10 genoemde gegevens van Sara Lee in digitale vorm.

27. Gezien het voorgaande handelde de NMa conform de daaraan gestelde eisen toen zij gebruik maakte van haar bevoegdheid om tot verzegeling over te gaan. Door verzegeling van de Vergaderruimte kon bovendien een voor de bedrijfsvoering van Sara Lee meer belastende verzegeling van een archiefruimte worden voorkomen.
28. De NMa constateerde op 18 juni 2008 dat de door de NMa bij Sara Lee aangebrachte zegels verwijderd zijn geweest van de plaats waarop de NMa deze zegels conform de daaraan gestelde eisen had aangebracht. Sara Lee kan niet verklaren wie de zegels heeft verwijderd. Sara Lee was zich bewust, althans had zich bewust moeten zijn van de verantwoordelijkheid die op haar als beheerder van het pand waarin de verzegeling was aangebracht rustte, om ervoor zorg te dragen dat deze verzegeling niet als omschreven in artikel 70b Mw zou worden verbroken, opgeheven of beschadigd. Op deze verantwoordelijkheid en de sanctionering van het niet conform die verantwoordelijkheid handelen was zij bovendien door de NMa ten tijde van het aanbrengen van de verzegeling gewezen.
29. Nu de zegels verwijderd zijn geweest, kan de NMa niet beoordelen of de Toegang tot de Vergaderruimte tijdens haar afwezigheid geopend is geweest en of door of ten behoeve van Sara Lee dan wel medewerkers van Sara Lee bewijsmateriaal, dat op het tijdstip van verzegeling in de Vergaderruimte aanwezig was, is gemanipuleerd en/of verwijderd. Dit is te meer van belang nu een gedeelte van het in de Vergaderruimte aanwezige materiaal door tijdgebrek op 17 juni 2008 nog niet door de NMa was ingezien.
30. Alleen in het geval de verzegeling tijdens de afwezigheid van de NMa onaangetast was gebleven, had de NMa voldoende zekerheid gehad dat de Toegang tot de Vergaderruimte gesloten was gebleven en dat geen bewijsmateriaal was gemanipuleerd en/of verwijderd. Die zekerheid is de NMa nu ontnomen.
31. Het middel van verzegeling biedt de NMa juist de garantie dat in een verzegelde ruimte aanwezig bewijsmateriaal niet is gemanipuleerd en/of verwijderd en is daarmee voor de NMa een onmisbaar instrument bij haar taak de Mededingingswet effectief te handhaven. Verbreken van deze verzegeling is daarom een bijzonder ernstige overtreding.

CONCLUSIE

32. In de periode tussen 17 juni 2008 omstreeks 18:30 uur en 18 juni 2008 omstreeks 09:30 uur is de bij Sara Lee op grond van artikel 54 Mw door de NMa aangebrachte verzegeling verbroken, althans opgeheven, althans beschadigd. Deze verbreking, althans opheffing, althans beschadiging vormt een overtreding als omschreven in artikel 70b eerste lid Mw.

TOEREKENING

33. De onderneming aan wie bovenstaande overtreding kan worden toegerekend is Sara Lee, statutair gevestigd te Veenendaal, kantoorhoudend te (3532 AD) Utrecht aan de Vleutensevaart 35.
34. Entiteiten die 100% van de aandelen bezitten in een rechtspersoon die eigenaar is van de onderneming die de overtreding heeft begaan of aan wie de overtreding kan worden toegerekend, worden geacht een beslissende invloed te hebben op het gedrag van deze rechtspersoon. Derhalve kan bovenstaande overtreding mede worden toegerekend aan de rechtspersoon die ten tijde van de overtreding enig aandeelhouder was van Sara Lee, te weten Koninklijke Douwe Egberts B.V., statutair gevestigd te Joure, kantoorhoudend te (3532 AD) Utrecht aan de Vleutensevaart 100.

Aldus opgemaakt te Den Haag op 17 juli 2008.

W.g.

M.J van Dijk

Op grond van artikel 25 van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2005 aangewezen als ambtenaar belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de Mededingingswet bepaalde.