



Toelichting bij de verwerking van de reacties op de consultatie van de concepten *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* en *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014*

Hieronder licht de Autoriteit Consument & Markt (hierna: “**ACM**”) toe hoe zij de reacties van marktpartijen heeft verwerkt die zijn ontvangen bij de consultatie van de concepten *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* en *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* (hierna gezamenlijk: “**de Werkwijzen**”). De reacties van marktpartijen zijn bijgevoegd (zie **bijlage**).

1. Achtergrond

Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden.¹ Vanaf deze datum is ACM de rechtsopvolger van de Consumentenautoriteit (hierna: CA), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa), en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA). Vanwege de instelling van ACM heeft ACM gewerkt aan de ontwikkeling van uniforme werkwijzen betreffende onderzoek in digitale gegevens, alsook betreffende het recht op geprivilegieerde correspondentie met een advocaat. Hierbij zijn *best practices* van de CA, NMa en OPTA leidend geweest. De Werkwijzen vervangen de werkwijzen zoals deze vóór de fusie golden voor de CA, NMa, respectievelijk OPTA.

De Werkwijzen zijn op 3 juli 2013 in concept ter consultatie voorgelegd aan marktpartijen. Tevens heeft op 16 juli 2013 een consultatiebijeenkomst plaatsgevonden. Daarbij heeft ACM een nadere toelichting gegeven en konden marktpartijen hun reactie geven op de concepten. Een significant aantal partijen heeft deelgenomen aan de consultatiebijeenkomst en hier een mondelinge reactie verstrekt. ACM heeft daarnaast een schriftelijke reactie op haar concepten ontvangen van de volgende zeven marktpartijen: DLA Piper Nederland, Loyens & Loeff, de

¹ Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (*Stb.* 2013, 102).



Adviescommissie Mededingingsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, Stibbe, de Vereniging voor Mededingingsrecht (hierna: VvM), CMS en TenneT TSO B.V.. Deze schriftelijke reacties zijn opgenomen in de **bijlage** bij dit document. ACM is alle marktpartijen die een reactie hebben gegeven, erkentelijk voor de ontvangen reacties aangezien deze reacties haar in staat hebben gesteld de concept Werkwijzen te verbeteren voorafgaand aan vaststelling.

2. Wijze van verwerking van ontvangen reacties

2.1 Algemeen

ACM heeft een groot aantal nuttige suggesties van marktpartijen ontvangen en verwerkt. De wijze waarop veel van deze punten zijn verwerkt, behoeven geen nadere toelichting. Het betreft bijvoorbeeld suggesties ter verduidelijking van de tekst van de Werkwijzen (zoals de verduidelijking van definities) of ter ondervanging van omissies in de concept Werkwijzen (zoals het moment van uitreiking van het doel en voorwerp van onderzoek).

Hieronder wordt echter een aantal punten uit de reacties besproken waarvoor een nadere toelichting van de wijze van verwerking of de keuze om deze punten niet te verwerken, wenselijk is.

2.2 ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014

Waarborgen of procesbeschrijving

Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat een procesbeschrijving transparantie geeft in het te volgen proces in een specifieke zaak. De *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* bevat geen procesbeschrijving, maar geeft in de vorm van waarborgen de kaders weer waarbinnen ACM haar bevoegdheden uitoefent en de wijze waarop betrokkenen dit kunnen controleren. Deze keuze is ingegeven door de wens te komen tot één werkwijze geldend voor geheel ACM. Dit is bij een procesbeschrijving niet mogelijk aangezien het door ACM gevolgde proces verschilt onder meer naar gelang het type bepaling dat wordt gehandhaafd. Dit is nader toegelicht tijdens de consultatie.

Niettemin acht ACM transparantie voor marktpartijen van groot belang. ACM realiseert zich dan ook het belang van het verstrekken van nadere informatie over het te volgen proces in een specifieke zaak. ACM zal betrokkene dan ook van nadere informatie voorzien over het proces voorafgaand aan de toepassing van de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* en de *ACM werkwijze geheimhouding advocaat 2014*.



Inscope programma voorzien van een zoekfunctie

ACM voorziet in speciale software (het programma *InScope*), om het claimen door betrokkenen te faciliteren. ACM heeft dit programma verbeterd naar aanleiding van reacties van marktpartijen door het toepassen van een nieuwe *viewertechniek*. Gebruikers (ondernemingen en advocatenkantoren) hebben ACM nadrukkelijk verzocht om een zoekfunctie toe te voegen. Aanvankelijk wilde ACM hierop niet ingaan omdat de juistheid van het (technische) proces van het claimen van gegevens als 'geprivilegieerd' of 'niet-zakelijk' een verantwoordelijkheid is van de gebruikers en nadrukkelijk niet van ACM. Door het opnemen van een zoekfunctie in het Inscope-programma zou ACM het verwijt gemaakt kunnen worden dat eventuele gemiste bestanden bij het zoeken voor rekening van ACM moeten komen. Hoewel ACM nog steeds geen invloed wil en kan hebben op de wijze waarop een dergelijke claim tot stand komt, heeft ACM haar standpunt aangepast. ACM wil hiermee tegemoet komen aan de uitdrukkelijke en breed uitgedragen wens zoals die in de consultatie naar voren is gekomen. ACM heeft een technische mogelijkheid gecreëerd in Inscope die ondersteunt bij het vinden van geprivilegieerde en/of niet-zakelijke gegevens in de betreffende dataset. De gebruiker moet deze mogelijkheid wel activeren. Door deze mogelijkheid te activeren, neemt de gebruiker de verantwoordelijkheid voor de resultaten op zich. ACM wil met deze verbeteringen bereiken dat gebruikers eenvoudiger de claim binnen de gestelde termijn in kunnen dienen.

Termijnen

Verschillende marktpartijen hebben aangegeven dat zij graag een termijn voor het indienen van claims genoemd zien in de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014*. Volgens ACM past zo'n vaste termijn niet in de opzet van deze werkwijze (zie hierboven onder 'Kaders of procesbeschrijving'). Wat een redelijke termijn is, hangt af van de situatie. Zo beïnvloeden (onder meer) de omvang en de structuur van de dataset de termijn. Om deze reden is ACM op dit punt niet tegemoet gekomen aan het verzoek van een aantal marktpartijen en zijn geen termijnen opgenomen. Per geval zal ACM een passende redelijke termijn kiezen. Een (gemotiveerd) verzoek om uitstel behoort altijd tot de mogelijkheden.

Moment van inzage

De VvM heeft opgemerkt dat de rechten van de verdediging worden geschaad wanneer het moment van inzage in de zoekvragenlijst een ander moment is dan in de *Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren* was bepaald. In de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* is opgenomen dat inzage wordt gegeven uiterlijk op het moment van inzage in het rapport. Dit is ingegeven door het feit dat ACM verschillende soorten onderzoeken uitvoert, waarvoor verschillende procedures gevolgd worden. Een zoekvragenlijst bij een onderzoek naar de naleving van de Mededingingswet zal in beginsel eerder vaststaan dan een



zoekvragenlijst bij een onderzoek naar de naleving artikel 11.7, eerste tot en met vierde lid van de Telecommunicatiewet ('spamverbod'), omdat de eerste doorgaans in een continue proces tot stand komt en de laatste in een iteratief proces tot stand komt. In de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* is beoogd de zoekvragenlijst zo snel mogelijk aan betrokkenen ter beschikking te stellen. In de praktijk is de verwachting dat dit nauwelijks verandering zal brengen ten opzichte van de in het verleden gevolgde procedure in mededingingsrechtelijke onderzoeken.

Hoedanigheid van betrokkenen

Bij het opstellen van de Werkwijzen rees de vraag aan welke bij het onderzoek betrokken partij de controle mogelijkheden zouden moeten worden toegekend. Tijdens de consultatiebijeenkomst heeft ACM de aanwezigen specifiek gevraagd om reacties op dit punt. In de Werkwijzen is besloten de controle mogelijkheden in beginsel toe te kennen aan de geadresseerde bij de inzet van bevoegdheden. De reden hiervan is onder meer dat de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) rust op de geadresseerde bij de inzet van bevoegdheden. De medewerkingsplicht geldt voor zover de bevoegdheden van ACM reiken. De in de Werkwijzen opgenomen waarborgen begrenzen deze bevoegdheden. De controle mogelijkheden op naleving van deze waarborgen dienen daarom toe te komen aan de geadresseerde van de bevoegdheden. Hoewel ACM het voorgaande als uitgangspunt zal hanteren, kan het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 van de Algemene wet bestuursrecht er toe leiden dat onder omstandigheden (tevens) een andere marktpartij als 'betrokkene' wordt aangemerkt. De bovenstaande benadering is in lijn met de ACM benadering bij de beoordeling van de vertrouwelijkheid van gegevens. Daarbij moet verder nog opgemerkt worden dat de naleving van de waarborgen een eigen verantwoordelijkheid van ACM is; ongeacht de vraag of een betrokkene ACM hierin wel of niet controleert.

4/9

Voorafgaande rechterlijke machtiging

De VvM heeft opgemerkt dat het de vraag is of het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging bij bedrijfsbezoeken valt te verenigen met artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (het recht op privacy). Deze vraag is volgens ACM onlangs bevestigend beantwoord door het Gerecht van Eerste Aanleg².

Aanvullende waarborgen bij onderzoek in woningen

Daarnaast merkt de VvM op dat de *ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014* niet voorziet in aanvullende waarborgen voor het rechercheren bij privépersonen. ACM is van

² GvEA 6 september 2013, gevoegde zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11.



mening dat de *ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014* in dit opzicht verenigbaar is met het Europees recht nu het rechercheren bij privépersonen uitsluitend geschiedt met voorafgaande rechterlijke machtiging, waarbij de proportionaliteit van het handelen van ACM wordt gecontroleerd.

Onderzoek op locatie of op kantoor ACM

De tekst van de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* is zodanig geformuleerd dat deze de precieze plaats van onderzoek (het veiligstellen en uitvoeren van een zoekslag) niet nader beschrijft. Op basis van opgedane ervaringen hanteert ACM als hoofdregel dat het veiligstellen van gegevens ter plaatste gebeurt en dat de zoekslag op kantoor van ACM plaatsvindt. De omstandigheden van het geval kunnen ervoor zorgen dat wordt afgeweken van de hoofdregel. Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat zij het uitvoeren van de zoekslag op locatie (van het bedrijfsbezoek) als primaire plaats daarvoor zien. ACM heeft dit punt niet overgenomen. Het veiligstellen van data vindt op locatie plaats. Afhankelijk van de aard en hoeveelheid van de data en de technische mogelijkheden bepaalt ACM vervolgens waar de zoekslag plaatsvindt. Veelal zal dit ten kantore van ACM zijn. Gelet op de ontwikkeling van de techniek en de acceptatie van digitale communicatie in het algemeen wordt de bij ondernemingen aangetroffen hoeveelheid data in zijn algemeenheid alleen maar groter. Om te komen tot gerichte datasets is het zoeken met zoekvragen op dit moment gangbaar. Voor de keuze omtrent het verwerken van data op locatie of op kantoor van ACM is een aantal elementen van belang zoals de structuur en grootte van de dataset maar ook de stand van de forensische techniek (bijvoorbeeld de mate waarin data forensisch dienen te worden bewerkt voordat deze gefilterd kunnen worden). ACM zet in op het genereren van zo klein mogelijke 'binnen-de-reikwijdte-datasets'. Feit is dat hoe specifiek de uiteindelijke onderzoeksdataset wordt, hoe geringer de kans dat dit op locatie kan plaatsvinden in een redelijke tijd (proportionaliteit). De huidige situatie, waarbij ACM meer en meer gerichte onderzoeksdatasets wil genereren, maakt dat ACM het verwerken van data in principe ten kantore van ACM zal uitvoeren (hoofdregel). ACM zal per geval vooraf zoveel mogelijk transparant zijn over de te volgen werkwijze en locatie waar de werkzaamheden zullen plaatsvinden.

Aanwezigheid bij de totstandkoming van de binnen-de-reikwijdte dataset

Marktpartijen geven onder verwijzing naar de rechterlijke uitspraak in de zaak Fortis-Allianz³ aan dat zij aanwezig dienen te zijn bij het onderzoek dat ACM in de veiliggestelde dataset doet. ACM is van mening dat betrokkenen in de gelegenheid dienen te worden gesteld aanwezig te zijn bij het onderzoek dat ACM in de veiliggestelde dataset verricht indien daarbij data worden

³Rb. Den Haag (Vzr.) 13 oktober 2008, CLI:NL:RBSGR:2008:BH2647, *Allianz/de Staat der Nederlanden*.



ingezien. Indien ACM op de veiliggestelde dataset een zoekslag verricht met behulp van zoekvragen, vinden hierbij echter uitsluitend handelingen plaats waarbij geen gegevens worden ingezien. De reden dat ACM deze handelingen verricht in afwezigheid van partijen, ongeacht de vraag waar de zoekslag plaatsvindt, is tweërlei. Ten eerste zijn deze redenen van praktische aard. De duur van de betreffende handelingen is namelijk veelal aanzienlijk en kan meerdere dagen in beslag nemen. Daarbij geldt tevens dat de duur van de handelingen van tevoren veelal niet goed in te schatten is. Ten tweede wil ACM partijen geen onbeperkt inzicht verschaffen in de door haar gehanteerde forensische techniek en –tactiek uit het oogpunt van haar onderzoeksbelang. Dit laatste neemt niet weg dat ACM bij haar forensisch onderzoek de waarborgen in acht neemt zoals opgenomen in de *ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014* en betrokkenen in staat worden gesteld de naleving van deze waarborgen te controleren, eveneens voorzien in deze werkwijze. Verder dient te worden opgemerkt dat aanwezigheid bij deze handelingen ook betrokkenen geen inzicht zou geven in de betreffende gegevens. Na het veiligstellen van data (genereren van de veiliggestelde dataset) volgt slechts een aantal forensisch IT-technische handelingen zoals het ‘uitpakken’ van email, het doorzoekbaar maken van sommige bestanden en het filteren van systeemdata. Hiervoor gebruikt ACM verschillende *tools* waarbij geen inzage in de data wordt verkregen. De daadwerkelijke zoekslag betreft een technische handeling met behulp van een softwareprogramma waarbij evenmin inzage in de inhoud van de gegevens wordt verkregen. Het bovenstaande neemt niet weg dat een betrokkene wordt uitgenodigd aanwezig te zijn bij het onderzoek in de veiliggestelde dataset indien ACM wel voornemens is gegevens in te zien op het moment dat er nog geen sprake is van een binnen-de-reikwijdte-dataset. Een betrokkene wordt geacht plaats te nemen in een aparte ruimte voor de inzage, waarbij een betrokkene direct contact op kan nemen met de toezichthoudend ambtenaar indien hier aanleiding voor is. De reden dat ACM betrokkene verzoekt plaats te nemen in een aparte ruimte is dat de data veelal moeten worden verwerkt in een laboratoriumomgeving waar gelijktijdig aan meerdere onderzoeken gewerkt kan worden of van meerdere ondernemingen data worden verwerkt. Tevens dienen de toezichthoudende ambtenaren overleg te kunnen voeren zonder aanwezigheid van een betrokkene. Om deze redenen is het onwenselijk dat een betrokkene in die omgeving aanwezig is.

Binnen-de-reikwijdte dataset is niet proportioneel

Twee marktpartijen hebben aangegeven dat de werkwijze met zoekvragen leidt tot niet-proportionele datasets omdat uitsluitend het resultaat van een selectie bepalend zou zijn voor



de proportionaliteit. Sinds de *Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren*⁴ heeft de NMa zich op het standpunt gesteld dat de gegevens die behoren bij de reikwijdte van het doel en voorwerp van het onderzoek worden bepaald met behulp van een selectie op basis van zoekvragen die rechtstreeks verband houden met het doel en voorwerp van het onderzoek. Wanneer met een dergelijke zoekvraag een bepaald bestand wordt geselecteerd, valt deze binnen de binnen-de-reikwijdte dataset. Ook was en blijft het voor een betrokkene mogelijk aan de hand van de verstrekte zoekvragen te reageren, waarna een aanpassing van zoekvragen plaats kon/kan vinden indien deze bij nader inzien in het specifieke geval niet geschikt en/of voldoende gericht blijken te zijn. Voor de proportionaliteit van het onderzoek is bij deze werkwijze de wijze van selectie bepalend en niet uitsluitend het resultaat. In de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* is op dit punt dezelfde benadering gehanteerd als in de werkwijzen die sinds 2007 door de NMa zijn gehanteerd. Deze benadering wordt volgens ACM ingegeven door de omstandigheden die gelden bij onderzoek in digitale gegevens.

Verstrekken van veiliggestelde dataset aan betrokkene

Zoals hierboven reeds vermeld, selecteert ACM data op het netwerk van betrokkene en stelt de data vervolgens veilig op locatie. De geselecteerde data van betrokkene die worden veiliggesteld (de brondata), bevinden zich dus in principe bij de betrokkene zelf, en niet bij ACM. ACM adviseert bij het veiligstellen van de data de betrokkene een kopie van deze dataset te maken binnen haar netwerk en deze te bewaren. ACM maakt geen aparte kopie voor betrokkene. ACM werkt met hashwaarden van de veiliggestelde dataset om te kunnen verifiëren dat deze dataset gelijk is aan de geselecteerde brondata. De hashwaarden worden aan de betrokkene verstrekt. Na afloop van een bedrijfsbezoek verstrekt ACM een lijst met bestanden en bijbehorende hashwaarden aan de betrokkene. Hierdoor ligt vast uit welke bestanden de veiliggestelde dataset bestaat, alsook dat deze een juiste kopie vormen van de brondata. Betrokkene beschikt zelf over de brondata. ACM verstrekt betrokkene daarom geen kopie van de veiliggestelde dataset.

Bewaartermijn van datasets

Naar aanleiding van de reacties ten aanzien van de bewaartermijn van gegevens, heeft ACM overwogen om de veiliggestelde dataset te retourneren aan betrokkene zodra ACM een rapport heeft opgemaakt in het betreffende onderzoek. Echter, het bewaren van de veiliggestelde dataset bij ACM dient een tweeledig doel: zowel het mogelijk maken van een nieuwe zoekslag als het leveren van bewijs dat een bepaald bestand daadwerkelijk afkomstig is van de betreffende betrokkene. Meer in het bijzonder heeft ACM overwogen of een betrokkene die

⁴ Van 20 augustus 2010. Deze werkwijze is o.m. te vinden op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/4747/NMa-publiceert-werkwijze-analoog-en-digitaal-rechercheren/>.



verklaart dat alle bestanden in de onderzoeksdataset, de binnen-de-reikwijdte dataset en/of de veiliggestelde dataset, inderdaad van betrokkene afkomstig zijn, daarmee de veiliggestelde dataset retour zou kunnen krijgen. Hierbij werd als moment gekozen zodra ACM een rapport in het betreffende onderzoek heeft opgemaakt, omdat er dan in beginsel geen verdere zoekslag in de data meer nodig is (het hierboven eerstgenoemde doel van het bewaren van de veiliggestelde dataset). Uiteindelijk heeft ACM er voor gekozen om een dergelijke bepaling niet in de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014* op te nemen. Dit omdat na het opmaken van een rapport ACM of de rechter aanvullend onderzoek kan gelasten. Voor dit aanvullende onderzoek is de beschikking over de veiliggestelde dataset nodig ten behoeve van het uitvoeren van een zoekslag (tweede doel).

Ter verduidelijking van de bewaartermijn van datasets, heeft ACM de definitie van afronding van het onderzoek toegevoegd in de *ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014*.

2.3 ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege correspondentie advocaat 2014

Status advocaat in dienstbetrekking

Uit een reactie op de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* bleek dat het onduidelijk was of correspondentie tussen een betrokkene en een advocaat in dienstbetrekking ook geprivilegieerd is. Naar aanleiding hiervan is in de toelichting verduidelijkt dat dit het geval is.

Nadere inkleding term 'vluchtig inzien'

In een aantal reacties op de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* kwam naar voren dat niet voldoende duidelijk was wat onder de term 'vluchtig inzien' wordt verstaan. De toelichting op deze werkwijze geeft een nadere invulling aan de term 'beknopt onderzoek'.⁵

Term 'aannemelijk maken'

In artikel 3, vierde lid van de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* heeft ACM er op basis van de ontvangen reacties voor gekozen om in de toelichting een nadere invulling te geven aan de term 'aannemelijk maken'.⁶

⁵ In lijn met GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 (*Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie*), overweging 81.

⁶ In lijn met GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 (*Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie*), overwegingen 81 en 82.



Onafhankelijkheid functionaris verschoningsrecht

In verschillende reacties op de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* kwam naar voren dat de onafhankelijkheid van de functionaris verschoningsrecht niet gewaarborgd is terwijl hij opereert onder verantwoordelijkheid van ACM. In de Toelichting heeft ACM verduidelijkt dat hoewel de functionaris verschoningsrecht, gelet op zijn formele dienstbetrekking, inderdaad niet volledig onafhankelijk van ACM is, de functionaris wel de uitdrukkelijke opdracht heeft om zijn werkzaamheden onafhankelijk te verrichten van ambtenaren die belast zijn met het onderzoek. Tevens is verduidelijkt dat de keuze voor de procedure waarbij een beoordeling plaatsvindt door de functionaris verschoningsrecht, vrijwillig is.

Termijnstelling

In enkele reacties op de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* kwam naar voren dat de gestelde termijn van vijf werkdagen voor het aanwenden van een rechtsmiddel praktisch onhaalbaar zou zijn. ACM heeft in de *ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014* de termijn verruimd naar 10 werkdagen.