

De weledelgestrengste vrouwe
Mr. M.J. van Heyningen
Nederlandse Mededingingsautoriteit
2500 BH, Den Haag

Per email: consultatie_werkwijze@nmanet.nl

Amica,

Betreft: reactie op consultatiedocument ‘*werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren*’

Het bestuur van de Vereniging van Mededingingsrecht (*VvM*) heeft kennis genomen van de oproep te reageren op de concept ‘*werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren*’ van 7 januari 2010.

Namens de commissie van de VvM, Janneke Kohlen, Maikel van Wissen en ondergetekende, gaat hierbij de reactie op de concept werkwijze.

De reactie is samengesteld op basis van de praktijkervaring van verschillende mededingingsrechtjuristen met o.a. de Digitale Werkwijze 2007 en de werkwijze van andere (mededingings)autoriteiten. Voor de goede orde merken wij op dat deze reactie niet noodzakelijkerwijs het standpunt van alle VvM leden weergeeft.

Hoogachtend,

Marc Knapen

Bijlage

REACTIE VAN DE VERENIGING VAN MEDEDINGINGSRECHT OP DE 'WERKWIJZE NMA ANALOOG EN DIGITAAL RECHERCHEREN'

Inleiding

De concept 'werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren' (hierna: **concept werkwijze**) wijkt op een aantal onderdelen af van haar voorganger, de NMa Digitale Werkwijze 2007 (hierna: **Werkwijze 2007**)¹. Hoewel de concept werkwijze verbeteringen biedt ten opzichte van de oude werkwijze, lijken een aantal procedures te wringen met de rechten van de verdediging van de onderneming en privépersonen.

Op deze punten wordt nader ingegaan in de onderstaande reactie op de concept werkwijze. Daarbij stellen wij de volgende onderwerpen aan de orde: (1) de reikwijdte van de concept werkwijze; (2) de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek; (3) de procedure tijdens het onderzoek ter plaatse; (4) bewerken dataset "mogelijk buiten de reikwijdte" na afloop van het onderzoek ter plaatse; (5) geprivilegieerde gegevens en de ambtenaar verschoningsrecht; (6) de cautie bij het vorderen van inlichtingen; (7) harmonisatie van de procedure met andere mededingingsautoriteiten; en (8) het onderzoek bij privé personen.

1. De reikwijdte van de concept werkwijze

De reikwijdte van de concept werkwijze is uitgebreid ten opzichte van de Werkwijze 2007. In tegenstelling tot de Werkwijze 2007 heeft de concept werkwijze betrekking op zowel analoge als digitale gegevens (zie artikel 1 lid 5 van de concept werkwijze). Hiermee trekt de NMa de procedures voor het verzamelen van beide categorieën gegevens gelijk, wat een welkome ontwikkeling is met het oog op de rechtszekerheid en stelselmatigheid - alle betrokken partijen kunnen immers beter anticiperen op het door de NMa gevoerde beleid. Hetzelfde geldt voor de keuze om de concept werkwijze niet langer enkel van toepassing te verklaren op onderzoeken krachtens de Mededingingswet, maar ook op onderzoeken krachtens alle andere wetten die aan de NMa handhavingsbevoegdheden toekennen, te weten de Gaswet, de Elektriciteitswet 1998, de Wet personenvervoer 2000, de Loodsenwet, de Spoorwegwet, de Telecommunicatiewet, de Tijdelijke wet mediaconcentraties en de Wet luchtvaart.

Verder verklaart de NMa de procedure voor de behandeling van verkregen documenten ook deels van toepassing op gegevens die zij op grond van haar inlichtingenbevoegdheid (art. 5:16 Awb) vordert. Krachtens artikel 5:20 Awb rust op eenieder een medewerkingsplicht. Wanneer de gevraagde inlichtingen betrekking hebben op geprivilegieerde gegevens bepaalt artikel 9 van de concept werkwijze dat dezelfde procedure geldt als voor gegevens die tijdens het onderzoek ter plaatse zijn meegenomen: ze worden ter onderzoek aan geboden aan de functionaris verschoningsrecht. Onze aanbevelingen ten aanzien van deze procedure zijn verderop in deze zienswijze te vinden.

¹ Staatscourant 14 december 2007, nr 243, blz. 23.

2. Omschrijving van het doel en het voorwerp van het onderzoek (artikel 2)

In artikel 2 van de concept werkwijze is opgenomen dat bij aanvang van een onderzoek een document wordt uitgereikt waarin het doel en voorwerp van het onderzoek zijn vermeld. Ook is in dat artikel opgenomen dat – indien daar aanleiding toe bestaat – het doel en voorwerp van het onderzoek kan worden uitgebreid. Indien die situatie zich voordoet, dan wordt onverwijld een document uitgereikt waarin de uitbreiding wordt beschreven.

Artikel 3 bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaar ter plaatse aan de hand van de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek bepaalt of gegevens en bescheiden binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Gegevens en bescheiden die buiten de reikwijdte vallen, worden door de ambtenaar niet langer ingekeken dan noodzakelijk is om te bepalen dat deze gegevens buiten de reikwijdte vallen.

De eerste bedrijfsbezoeken van de NMa kenmerkten zich door een summiere omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek. Meer dan eens heeft de NMa documenten overhandigd aan ondernemingen waarin was opgenomen dat het onderzoek zich richtte op: “*inbreuken op artikel 6 Mededingingswet bestaande uit prijs- en marktverdelingsafspraken in de X sector*”. Gelet op het belang wat de concept werkwijze toekent aan het doel en voorwerp van het onderzoek – wat als basis wordt genomen om te bepalen of gegevens binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en aldus opgenomen worden in het onderzoeksdossier², menen wij dat de NMa in de omschrijving van het doel en voorwerp zichzelf de verplichting dient op te leggen zo specifiek mogelijk het doel en voorwerp van het onderzoek te omschrijven.

Nu blijkt de NMa in de praktijk steeds vaker een meer nauwkeurige omschrijving te overleggen dan hierboven beschreven, maar een duidelijke norm is hiervoor nog niet gegeven. In het bijzonder geldt een verplichting tot een specifieke(re) omschrijving indien de NMa een bedrijfsbezoek brengt naar aanleiding van een clementieverzoek. Immers, indien onderneming A een clementieverzoek heeft gedaan, is bij de NMa exact bekend welke gedragingen door het kartel zijn gepleegd, in welke sector of nog specifiekere ten aanzien van welke producten/diensten en welke personen binnen de ondernemingen betrokken zijn geweest bij de kartelgedragingen. Dit kan dan vervolgens exact worden omschreven in het doel en voorwerp van het onderzoek zodat de toezichthoudende ambtenaren ter plaatste zo efficiënt mogelijk te werk kunnen gaan en direct ter plaatse een nauwkeurige selectie kunnen maken van documenten die binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Een specifiekere omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek neemt enerzijds de vrees weg bij ondernemingen dat de NMa geen *fishing expeditions* uitvoert. Anderzijds vermindert een specifieke omschrijving dat de NMa die *fishing expeditions* kan uitvoeren, omdat op basis van de ruime formulering vrijwel alles valt “binnen de reikwijdte van het onderzoek”. In dit kader verwijzen wij naar de

² Zie o.a. artikel 3 concept Werkwijze.

verschillende NMa besluiten waarin onderzochte ondernemingen bezwaar maakten tegen de algemene omschrijving van het onderzoeksdoel³.

Op basis van artikel 2 (3) van de concept werkwijze kan de NMa, indien daartoe aanleiding bestaat, naar “believen” het doel en voorwerp van het onderzoek uitbreiden. De vraag die dan direct opkomt, is wat de waarborgen zijn die daarvoor gelden? Ter voorbereiding op een bedrijfsbezoek waarborgt de NMa de evenredigheid en de doelmatigheid van de onderzoeken door vooraf haar doel, de betrokken personen en de te onderzoeken objecten te preciseren⁴. Indien het doel en het voorwerp van het onderzoek ter plaatse kan worden uitgebreid, *indien daartoe aanleiding bestaat*, kan de NMa niet meer waarborgen dat haar onderzoek de toets van de evenredigheid en doelmatigheid ex artikel 5:13 Awb doorstaat.

Gelet op de mogelijkheid om het doel en voorwerp van het onderzoek uit te breiden – indien daartoe aanleiding is – rijst de vraag wat de functie en relevantie is van de overige bepalingen in artikel 2 en 3 van de concept werkwijze. De concept werkwijze beschrijft uitvoerig op welke wijze de gegevens en bescheiden worden geselecteerd en wat de vervolgstappen zijn indien gegevens en bescheiden binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Tevens voorziet de concept werkwijze in de situatie waarin de vermoedelijke overtreder claimt dat bepaalde gegevens en bescheiden buiten de reikwijdte vallen. Doordat in artikel 2(3) van de concept werkwijze is opgenomen dat het doel en voorwerp van het onderzoek mag worden uitgebreid, kan de situatie ontstaan dat iedere claim van een onderneming dat gegevens en bescheiden buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen, zinledig wordt.

Om die reden menen wij dat de mogelijkheid voor de NMa om het doel en voorwerp van het onderzoek ter plaatse uit te breiden moet worden ingeperkt door aanvullende waarborgen op te nemen om oneigenlijk gebruik van deze bevoegdheid te voorkomen. Voorkomen moet worden dat de NMa het voorwerp uitbreidt of het onderzoek verlegt naar andere ondernemingen als gevolg van bijvangsten die oorspronkelijk niet onder het omschreven doel en voorwerp van het onderzoek vielen. Dit betekent dat, naast het introduceren van aanvullende waarborgen, het voor de onderneming ook duidelijk moet zijn op grond waarvan (of naar aanleiding waarvan) de NMa meent het doel en voorwerp uit te breiden. Anders kan de vermoedelijke overtreder nooit vaststellen of de uitbreiding van het onderzoek op basis van *fishing expeditions* is geschied.

3. De procedure tijdens het onderzoek ter plaatse (artikel 3)

Ten aanzien van de procedure tijdens het onderzoek ter plaatse maakt de concept werkwijze een onderscheid tussen gegevens die “binnen de reikwijdte” vallen en gegevens die “mogelijk buiten de reikwijdte” vallen⁵. Onder de eerste categorie vallen

³ NMa besluit in zaak 3064 – Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland, NMa besluit in zaak 2973 – BOVAG en NCBRM, NMa besluit in zaak 3687 – Aanbesteding complex 1731, NMa besluit in zaak 3689 – Aanbesteding dakrenovatie AMC, NMa besluit in zaak 3690 – Aanbesteding dakrenovatie Sporthal ‘De Springers’, NMa besluit in zaak 3691 – Aanbesteding dakrenovaties Emmtec en NMa besluit in zaak 3692 – Dakwerkzaamheden Philips Drachten.

⁴ Dit wordt dan niet in de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek aan de onderneming opgenomen, maar intern afgestemd met de Raad.

⁵ Artikel 3 concept Werkwijze.

(i) gegevens die onderdeel uitmaken van een “deelverzameling met een omschrijving die rechtstreeks verband houdt met het doel en voorwerp van het onderzoek” (hierna: “deelverzameling”) en (ii) gegevens die de NMa ter plaatse vindt aan de hand van zoekvragen die verband houden met het doel en voorwerp van het onderzoek. De gegevens die onderdeel uitmaken van de deelverzameling en de zoekresultaten worden – zonder individueel te worden beoordeeld – allen geacht binnen de reikwijdte van het onderzoek te vallen en worden in beginsel direct opgenomen in het onderzoeksdossier. Op basis van artikel 3(3) concept werkwijze kan de vermoedelijke overtreder uitsluitend gedurende het onderzoek ter plaatse aangeven of deze gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De ervaring met digitale kopieën⁶ leert echter dat deze veelal zeer omvangrijke digitale bestanden bevatten. De vermoedelijke overtreder heeft in de regel onvoldoende gelegenheid om tijdens het bedrijfsbezoek te verifiëren of de betreffende gegevens binnen het doel en voorwerp van het onderzoek vallen. Het gevolg is dat de vermoedelijke overtreder niet kan voorkomen dat gegevens die buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen worden toegevoegd aan het onderzoeksdossier.

De vraag rijst of een procedure waarbij de NMa gegevens kopieert waarvan het niet op voorhand heeft vastgesteld of deze daadwerkelijk binnen het doel en voorwerp van het onderzoek vallen, verder gaat dan noodzakelijk (zie hieronder). Los van deze vraag menen wij dat de werkwijze in ieder geval een mogelijkheid zou moeten bieden voor de vermoedelijke overtreder om aan te geven of - en zo ja, welke - gekopieerde gegevens buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen voordat deze gegevens worden opgenomen in het onderzoeksdossier van de NMa. Deze mogelijkheid zou niet beperkt moeten worden tot de periode van het onderzoek ter plaatse.

4. *Bewerken dataset “mogelijk buiten de reikwijdte” na afloop van het onderzoek ter plaatse (artikel 6)*

Artikel 3(7) van de concept werkwijze bepaalt dat gegevens waarvan de NMa niet ter plaatse kan uitsluiten of deze buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen worden gekopieerd op de dataset “mogelijk buiten de reikwijdte”. Na afloop van het onderzoek ter plaatse wordt deze dataset bewerkt door de NMa, waarna de vermoedelijke overtreder een nieuwe kopie krijgt van de dataset⁷. De vermoedelijke

⁶ Krachtens artikel 3(7) Werkwijze 2007 kan de onderneming na afloop van het onderzoek gemotiveerd aangeven welke gegevens buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen. Deze mogelijkheid wordt echter alleen geboden voor gegevens die zijn gekopieerd op een forensische image en niet voor digitale kopieën (Artikel 7 Werkwijze 2007). Voor digitale kopieën kan de onderneming alleen gedurende het onderzoek ter plaatse aangeven dat gegevens buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen en daarmee voorkomen dat ze worden toegevoegd aan het onderzoeksdossier. Echter, aangezien de door de NMa vervaardigde digitale kopieën in de regel grote hoeveelheden bestanden bevatten (net als forensic images), is het in de praktijk veelal niet mogelijk om gedurende het bedrijfsbezoek te verifiëren of bestanden buiten het doel/voorwerp van het onderzoek vallen. Hierdoor kunnen grote hoeveelheden bestanden worden toegevoegd aan het onderzoeksdossier zonder dat de vermoedelijke overtreder heeft kunnen verifiëren of deze binnen het doel en voorwerp van het onderzoek vallen.

⁷ De vermoedelijke overtreder ontvangt na het onderzoek ter plaatse een eerste dataset (artikel 3(7) concept werkwijze). Deze dataset is onbewerkt en bevat gecomprimeerde bestanden,

overtreder dient binnen vijf dagen na ontvangst van de bewerkte dataset aan te geven welke gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Gebeurt dit niet, dan worden alle gegevens toegevoegd aan het onderzoeksdossier. Wij menen dat zowel de vijf dagen termijn als de omkering van de (bewijs)last ten nadelen van de vermoedelijke overtreder onvoldoende waarborgen bieden ter bescherming van de rechten op de verdediging.

De NMa dient op grond van het evenredigheidsbeginsel⁸ een redelijke termijn te geven waarbinnen de vermoedelijke overtreder kan aangeven welke gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Bij gebreke daarvan voldoet de nieuwe procedure niet aan de toepasselijke wettelijke en gerechtelijke waarborgen ter bescherming van de belangen van de onderneming. De termijn die de Werkwijze 2007 hanteert van tien dagen is in de praktijk onvoldoende om de vermoedelijke overtreder de mogelijkheid te geven bestanden die buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen te identificeren en de bijbehorende motivatie daarvoor op te stellen (artikel 3(7) Werkwijze 2007). Hoewel de termijn onder de concept werkwijze op een later moment aanvangt (d.w.z. na ontvangst van de bewerkte dataset, in plaats van direct na afloop van het bedrijfsbezoek), is de termijn van vijf dagen in de praktijk evenmin werkbaar. Allereerst is van belang dat de onbewerkte dataset die de NMa overlegt na afloop van het onderzoek ter plaatse⁹ in veel gevallen niet volledig leesbare zal zijn (bijv. doordat deze gecomprimeerde bestanden bevat). De vermoedelijke overtreder kan op basis van deze dataset slechts een initiële scan/onderzoek uitvoeren. Vervolgens zal de vermoedelijke overtreder na ontvangst van de bewerkte dataset - vaak voor het eerst in de procedure - nauwkeurig kunnen verifiëren welke bestanden en gegevens¹⁰ zijn gekopieerd op de dataset om te beoordelen of deze binnen of buiten het doel en voorwerp van het onderzoek vallen.

Ter illustratie een rekenvoorbeeld.

De NMa kopieert tijdens een bedrijfsbezoek 5 computer harddisks op de dataset "mogelijk buiten de reikwijdte". De gemiddelde harddisk bevat ongeveer 10 gigabyte aan data. Onderzoek heeft uitgewezen dat één gigabyte gelijk staat aan ongeveer 100.000 tot 140.000 documenten¹¹. De data die de NMa op de 5 datasets kopieert staat gelijk aan ongeveer 5 tot 7 miljoen documenten [5 datasets X 10 GB X 100.000 (of 140.000)]. Indien de vermoedelijke overtreder een termijn krijgt van 5 dagen om deze documenten door te nemen en te motiveren welke documenten buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen, dan zullen er per dag één miljoen (of meer) documenten beoordeeld moeten worden.

Om de bestanden te kunnen verifiëren en voldoende gelegenheid te hebben om te motiveren welke bestanden buiten het onderzoeksdoel vallen, menen wij dat een termijn van minimaal tien dagen vanaf het moment van ontvangst van de bewerkte dataset moet worden aangehouden, met de mogelijkheid hiervan af te wijken indien

programmabestanden en ander technische bestanden waardoor deze dataset minder toegankelijk is dan de bewerkte dataset.

⁸ Artikelen 3:4 en 5:13 Awb.

⁹ Artikel 3(7) concept werkwijze.

¹⁰ In dit kader zal de vermoedelijke overtreder bijv. willen nagaan of er documenten op de bewerkte dataset staan die niet leesbaar/zichtbaar waren op de dataset zoals die na het onderzoek ter plaatse is overlegd.

¹¹ 'Computer Forensic for lawyers who can't set the of their VCR', Craig D. Ball, p.5.

de bestanden op de dataset omvangrijk zijn (bijv. meer dan 1000 e-mails of meer dan 10mb aan data). Artikel 6 (7) van de concept werkwijze biedt de mogelijkheid voor de NMa om af te wijken van de standaard procedure en termijn. Wij menen echter dat het niet redelijk zou zijn om ten nadele van de vermoedelijke overtreder af te wijken van de reactie termijn. De termijn van artikel 6 (3) concept werkwijze zou dan ook als minimum termijn moeten worden aangehouden.

Indien de vermoedelijke overtreder gemotiveerd heeft aangegeven welke gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen, ontvangt het een uitnodiging van de NMa om de claims te verifiëren ten kantore van de NMa (artikel 6(4) concept werkwijze). Evenals de Werkwijze 2007 ligt de (bewijs)last bij de vermoedelijke overtreder, die moet aangeven en motiveren welke gegevens buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De concept werkwijze hanteert het uitgangspunt dat alle gegevens op de dataset “mogelijk buiten de reikwijdte” binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen, tenzij de onderneming gemotiveerd weerlegt dat dit niet het geval is. De vraag is hoe deze omkering van de bewijslast zich verhoudt tot artikel 5:17 jo. 5:13 Awb, met name omdat deze omkering van bewijslast niet noodzakelijk lijkt te zijn voor de uitoefenen van de taak van de NMa¹². Erkend moet worden dat de NMa ook tijdens een gerichte onderzoek ter plaatse op ‘bijvangst’ kan stuiten in de vorm van (analoge) bescheiden die geen betrekking hebben op het doel en voorwerp van het onderzoek. Dit kan eveneens voorvallen bij het onderzoek naar digitale bestanden. Echter, een wezenlijk verschil tussen de analoge bescheiden die tijdens een (gericht) onderzoek ter plaatse worden ingezien en digitale data die wordt gekopieerd en achteraf wordt ingezien is dat analoge bescheiden veel minder omvangrijke zijn dan de digitale bestanden die worden gekopieerd. Hierdoor is het risico op een *fishing expedition* bij een onderzoek naar analoge bescheiden aanzienlijk kleiner dan het geval is bij het kopiëren van digitale bestanden.

Tegen deze achtergrond achten wij een aanpassing van de procedure ten aanzien van de dataset “mogelijk buiten de reikwijdte (artikelen 3(7) en 6(3) concept werkwijze) wenselijk. Een alternatieve wat meer recht doet aan de bescherming van de rechten van de verdediging (artikel 6 EVRM) kan bestaan uit een procedure waarbij de dataset “mogelijk buiten de reikwijdte” ten kantore van de NMa (zo nodig na bewerking van de dataset) wordt onderzocht aan de hand van de zoektermen die gebruikt zijn bij het onderzoek ter plaatse. Deze zoeksessie zou plaatsvinden in aanwezigheid van de vermoedelijke overtreder, aan wie de NMa de mogelijkheid zou geven om eventuele niet relevante zoekresultaten te laten verwijderen. Op die manier kan de NMa de betreffende data ter plaatse veiligstellen ten behoeve van haar onderzoek en wordt tegelijkertijd voor de onderneming (of natuurlijk persoon) een waarborg ingebouwd dat er binnen de dataset alleen gericht wordt gezocht (en niet doorzocht). Voorts zou de NMa aansluiting kunnen zoeken bij procedures die andere mededingingsautoriteiten volgen (zie hieronder).

¹² In het onderzoek naar analoge bescheiden kopieert de NMa alleen de relevante documenten. Wat de NMa terecht niet doet is het hele archief van een ‘key player’ kopiëren en de onderneming vragen om aan te geven welke bescheiden buiten het doel en voorwerp van het onderzoek liggen.

5. *Geprivilegieerde gegevens en de ambtenaar verschoningsrecht (artikelen 4 en 7)*

De behandeling van documenten die onder Legal Professional Privilege (hierna: *LPP*) vallen, blijft nog altijd onderwerp van discussie. Artikel 7 van de concept werkwijze beschrijft de te volgen procedure voor de behandeling van geprivilegieerde gegevens en bescheiden na afloop van een onderzoek ter plaatse. Deze procedure wijkt op essentiële punten af van de te volgen procedure zoals deze nader is uitgelegd in de uitspraak van het Gerecht in Akzo.¹³ De NMa is zelf echter van mening dat deze procedure goed functioneert, zo blijkt uit de toelichting op de concept werkwijze.¹⁴ Zij heeft deze daarom in de nieuwe concept werkwijze gehandhaafd. Wij menen echter dat er een aantal gebreken kleven aan de door de NMa voorgestelde behandeling van (mogelijk) geprivilegieerde stukken.

Ten eerste valt te betwijfelen in hoeverre de behandeling van de stukken door de functionaris verschoningsrecht zich verhoudt tot het arrest van het Gerecht in Akzo. Hierin is overwogen dat een *“onderneming het recht heeft te weigeren de functionarissen van de Commissie – zelfs beknopt – inzage te geven in een of verscheidene concrete documenten ten aanzien waarvan de onderneming aanvoert dat zij door de vertrouwelijkheid worden beschermd, mits zij van mening is dat een dergelijk beknopt onderzoek onmogelijk is zonder de inhoud van die documenten te onthullen en zij de functionarissen van de Commissie hiervoor redenen geeft.”*¹⁵ Op Europees niveau wordt hiertoe gebruik gemaakt van de “verzegelde envelop” procedure, waarbij het Gerecht zo nodig inzage krijgt in de betwiste stukken en beslist omtrent de claim.

De NMa neemt uit efficiëntieoverwegingen¹⁶ echter genoeg met een door de Raad aangestelde functionaris verschoningsrecht – in de praktijk een medewerker van de NMa die niet bij het onderzoek is betrokken en door middel van een zogenaamde *Chinese wall* van het onderzoek wordt afgeschermd. Zonder de integriteit van de NMa in twijfel te trekken valt niet te ontkennen dat deze procedure de schijn van een gebrek aan de vereiste onafhankelijkheid tegen heeft. Immers, de functionaris neemt kennis van de inhoud van mogelijk geprivilegieerde documenten, terwijl het Gerecht een dergelijke kennisname juist uitdrukkelijk verbiedt:

*“Gelet immers op de bijzondere aard van het beginsel van bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten, dat tot doel heeft zowel de volledige uitoefening van de rechten van verweer van de justitiabelen te garanderen als te verzekeren dat elke justitiabele de mogelijkheid heeft in alle vrijheid een advocaat te raadplegen [...], vormt kennisname door de Commissie van de inhoud van een vertrouwelijk document op zich een schending van dit beginsel.”*¹⁷

¹³ Arrest van het Gerecht van 17 september 2007 in gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, Akzo Nobel Chemicals en Akroc Chemicals v Commissie.

¹⁴ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analooq en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.3

¹⁵ Arrest van het Gerecht in Akzo, ro. 82

¹⁶ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analooq en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.3

¹⁷ Arrest van het Gerecht in Akzo, ro. 86

De NMa erkent in de toelichting op de concept werkwijze dat voor het gebruik van de functionaris verschoningsrecht het vertrouwen van partijen in deze functionaris cruciaal is.¹⁸ De NMa laat echter onbesproken wat de gevolgen zijn als dit vertrouwen niet aanwezig is.

In het verlengde van deze problematiek ligt de behandeling van het bezwaar van een beslissing van de functionaris verschoningsrecht. In Akzo bepaalde het Gerecht dat “[d]e bescherming uit hoofde van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten impliceert [...] dat de Commissie, wanneer zij haar beschikking tot afwijzing van een verzoek daartoe eenmaal heeft vastgesteld, pas kennis mag nemen van de inhoud van de betrokken documenten nadat zij de betrokken onderneming de mogelijkheid heeft gegeven naar behoren beroep in te stellen bij het Gerecht. In dit verband moet de Commissie wachten totdat de termijn voor het instellen van beroep tegen haar afwijzende beschikking is verstreken alvorens kennis te nemen van de inhoud van deze documenten.”¹⁹ Volgens de toelichting op de concept werkwijze kunnen vermoedelijke overtreders die het niet eens zijn met de beslissing van de functionaris dit wel voorleggen aan de rechter²⁰, maar krachtens artikel 7 lid 5 dient eerst beroep ingediend te worden bij de functionaris zelf. Wanneer deze het beroep ongegrond verklaard zal hij de stukken al na vijf dagen toevoegen aan het dossier van het onderzoeksteam, aldus artikel 7 lid 7 concept werkwijze. De door het Gerecht beoogde rechtsbescherming wordt met deze procedure tekort gedaan. De concept werkwijze zou een duidelijke verwijzing naar mogelijke rechtsmiddelen moeten bevatten. Evenals dat een termijn zou moeten worden gesteld die recht doet aan deze mogelijkheid en de gelegenheid biedt aan ondernemingen om deze rechtsbescherming volledig te benutten (waaronder beroepsmogelijkheden). De functionaris verschoningsrecht zou in ieder geval moeten wachten met het toevoegen van de betwiste gegevens aan de onderzoeksdata tot deze rechtsmiddelen zijn uitgeput.

Verder is in de huidige procedure de bewijslast onevenredig hoog voor de partij die zich op LPP beroept. Artikel 7 van de concept werkwijze bepaalt dat de vermoedelijke overtreder aan moet tonen waarom een bepaald stuk geprivilegieerd is. Vooropgesteld moet worden dat voor een bepaalde categorie bescheiden – namelijk de communicatie met een externe advocaat – geen twijfel mag bestaan over de claim van LPP. In Akzo herhaalt het Gerecht dat “de vertrouwelijkheid van de communicatie met advocaten moet worden beschermd wanneer, enerzijds, het gaat om een briefwisseling in het kader en ten behoeve van de rechten van verweer van de cliënt, en, anderzijds, zij afkomstig is van onafhankelijke advocaten”. Verwijzend naar de beschikking in Hilti/Commissie²¹ verklaart het Gerecht bovendien “dat bovenbedoelde bescherming, gelet op het doel ervan, moet worden geacht zich ook uit te strekken tot de interne nota’s die binnen een onderneming zijn verspreid en enkel de tekst of de inhoud weergeven van een briefwisseling met onafhankelijke advocaten waarin juridische adviezen zijn opgenomen”. Uit deze rechtspraak blijkt dat het vaak een delicate oefening is om een document op zijn vertrouwelijkheid te testen, terwijl

¹⁸ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analooq en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.3

¹⁹ Arrest van het Gerecht in Akzo, ro. 88

²⁰ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analooq en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.3

²¹ Arrest van het Gerecht van 12 december 1991 in zaak T-30/89, Hilti v Commissie

er zwaarwegende belangen op het spel staan. Het Gerecht legt uit dat de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten tot doel heeft om het openbare belang van een goede rechtsbedeling te garanderen en om te vermijden dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten van verweer van de betrokken onderneming.²²

In het verlengde van het voorgaande kan aansluiting worden gezocht bij het strafrecht, waar de verschoningsgerechtigde in beginsel zelf aangeeft of bepaalde stukken vertrouwelijk zijn.²³ De opsporingsambtenaren dienen in beginsel op de juistheid van deze claim af te gaan, behoudens gevallen waarin gerede twijfel bestaat over de juistheid van deze claim. In dat geval kan de rechter-commissaris, officier van justitie of een vertegenwoordiger van de beroepsgroep worden ingeschakeld om als onafhankelijke derde te bepalen of de gegevens vertrouwelijk zijn. Voor wat betreft geprivilegieerde stukken van advocaten die tijdens een NMa inval worden gevorderd, zou bijvoorbeeld, bij gerede twijfel over de juistheid van de claim, bijvoorbeeld de deken van de plaatselijke orde kunnen worden ingeschakeld om zich een oordeel te laten vormen over de claim.²⁴ Deze is ook in staat tuchtrechtelijke maatregelen te nemen indien zou blijken dat de verschoningsgerechtigde ten onrechte zich op zijn privilege heeft beroepen.

Ten slotte wijzen we nog op een praktisch mankement wat aan de procedure kleeft. Het huidige consultatiedocument vraagt uitdrukkelijk om suggesties voor een betere selectie van gegevens die de NMa op locatie verzameld²⁵: hiermee erkent de NMa indirect dat zij in de praktijk vaak een grote hoeveelheid aan gegevens meeneemt, waaronder veel documenten die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen dan wel geprivilegieerd zijn. Onder de Werkwijze 2007 gold een termijn van 10 werkdagen waarbinnen de vermoedelijke overtreder moest beoordelen of de documenten al dan niet ten onrechte waren meegenomen. Het is vaak onmogelijk gebleken om binnen deze termijn alle documenten daadwerkelijk te controleren.²⁶ De termijn van vijf dagen die is gesteld in artikel 7 lid 1 van de concept werkwijze is dan ook praktisch onhaalbaar.

In het verlengde hiervan speelt nog een ander probleem ten aanzien van de geprivilegieerde stukken. Bij het digitaal onderzoek wordt omwille van de hoeveelheid van informatie door de NMa gebruik gemaakt van zoekvragen. Een zoekvraag is een *“in een computerprogramma gegeven opdracht tot het zoeken van bepaalde digitale gegevens”*, aldus artikel 1 lid 8 van de concept werkwijze. Dit is op zichzelf een efficiënte methode om het onderzoek te verrichten. Het is inherent aan de hoeveelheid data dat niet document voor document kan worden nagegaan of het binnen de reikwijdte van het onderzoek valt. Immers, de ervaring leert dat een dataset al snel een meervoud van 100.000 documenten bevat (zie punt 4 hiervoor). Zoals gezegd eist artikel 7 lid 1 van de concept werkwijze dat ondernemingen binnen vijf dagen gemotiveerd aangeven welke stukken geprivilegieerd zijn. In de concept

²² Arrest van het Gerecht in Akzo, ro. 87

²³ Hoge Raad, 22 november 1991, NJ 1992, 315 en HR, 29 maart 1994, NJ 1994, 537

²⁴ G.J.M. Corstens, Het Nederlandse Strafrecht, 2005, p.468

²⁵ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analooq en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.4

²⁶ Zie ook S.M. Evers en A.B.B. Gelderman, “*Fishing Expeditions onder de ‘NMa digitale werkwijze 2007’*”, Bedrijfsjuridische Berichten 2009/6.

werkwijze noch in de toelichting daarop wordt beschreven hoe dit praktisch in zijn werk gaat. Op basis van de huidige praktijk dient de onderneming voor ieder document gemotiveerd aan te geven waarop het als LPP moet worden aangemerkt, hetgeen gezien de hoeveelheid data feitelijk ondoenlijk is (te meer gezien de gestelde termijn van vijf dagen). Een juistere en efficiëntere benadering, en ook één die past bij de vorm van digitaal onderzoek, zou zijn om ook de onderneming gebruik te laten maken van zoektermen (bijvoorbeeld LPP, (naam van) advocaat etc.). Door de vermoedelijke overtreder op deze manier documenten te laten selecteren zal worden bijgedragen aan de wens van de NMa om de praktische uitvoerbaarheid van de procedure te vergroten.²⁷ Ook valt niet in te zien waarom het gebruik van zoektermen door de NMa wel zou kunnen worden gerechtvaardigd door de omvang van de te onderzoeken data, terwijl deze grond niet zou bestaan voor een mogelijke overtreder c.q. verschoningsgerechtigde.

6. De cautie bij het vorderen van inlichtingen (artikel 9)

Artikel 9 van de concept werkwijze bepaalt dat de procedure ten aanzien van geprivilegieerde gegevens van overeenkomstige toepassing is op gegevens en bescheiden die de NMa vordert op grond van artikel 5:16 Awb. De NMa vermeldt bij zijn vordering dat gegevens en bescheiden waarvan geclaimd wordt dat deze geprivilegieerd zijn, rechtstreeks aan de functionaris verschoningsrecht dienen te worden gestuurd (artikel 9(2) concept werkwijze).

Op 2 februari jl. heeft het CBb in een boetezaak van Tele2 tegen OPTA bepaald dat de OPTA onder omstandigheden ook bij het vorderen van schriftelijke inlichtingen aan een natuurlijk persoon of rechtspersoon de cautie moet verlenen²⁸. Het CBb overwoog hierover:

“Weliswaar schrijft die bepaling [artikel 15.6 Tw] voor dat de cautie moet worden gegeven voordat mondeling om informatie wordt gevraagd, maar naar het oordeel van het College dient dit voorschrift aldus te worden verstaan dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie sprake is van de in de eerste volzin van voormeld artikel genoemde situatie [redelijk vermoeden van overtreding] onder omstandigheden eveneens op het zwijgrecht dient te worden gewezen voordat de betrokkenen schriftelijk om informatie wordt gevraagd”.

Het CBb bevestigt hiermee dat het zwijgrecht niet langer beperkt is tot mondelinge verhoren. Aannemelijk is dat dit niet alleen geldt bij het vorderen van inlichtingen op grond van de Telecommunicatiewet, maar ook op grond van andere wetten op grond waarvan een toezichthouder schriftelijk informatie bij een natuurlijke persoon of rechtspersoon vordert op basis van artikel 5:16 jo. 5:20 Awb. In het licht van deze recente uitspraak menen wij dat de NMa in haar vordering om inlichtingen dient te wijzen op het zwijgrecht van de (rechts)persoon indien de NMa ten aanzien van deze (rechts)persoon een redelijk vermoeden heeft van een overtreding van de Mededingingswet (of een andere wettelijke bepaling op basis waarvan de NMa een (punitieve) bestuursrechtelijke sanctie kan opleggen).

²⁷ Consultatiedocument “Werkwijze NMa Analoog en Digitaal Rechercheren”, 7 januari 2010, p.4

²⁸ AWB 08/923, CBb d.d. 2 februari 2010, hoger beroep van Tele 2 Nederland BV tegen OPTA, nng.

7. *Harmonisatie van de procedure met andere mededingingsautoriteiten*

Binnen de EU gelden op dit moment 28 verschillende procedures voor het analoge en digitaal rechercheren van bescheiden in het kader van mededingingsrechtelijke onderzoeken. Wij menen dat verdergaande harmonisatie op dit punt gepast is. Vanuit praktisch oogpunt zou dit (multinationale) ondernemingen ontlasten. Deze ondernemingen hebben op dit moment per Lidstaat een ‘tailor made’ procedure die veelal jaarlijks moet worden geactualiseerd (en waarnodig opnieuw geïmplementeerd).

Voorts zou een verdere harmonisatie passen binnen de doelstelling van Verordening 1/2003²⁹, in het bijzonder de in artikel 12 van Verordening 1/2003 vervatte bevoegdheid van NCA's om onderling (en/of met de Commissie) informatie uit te wisselen. Deze informatie kan op basis van artikel 12(2) Verordening 1/2003 als bewijs dienen in nationale en/of Commissie procedures. Aangezien de nadruk van kartelonderzoeken steeds meer komt te liggen op het verzamelen van digitale data (waar het veelal gaat om grote bestanden), ontstaat er een toenemend risico dat (te) ruime datacollectie mogelijkheden van de NCA in een Lidstaat voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor ze oorspronkelijk zijn ingewonnen, bijvoorbeeld ten behoeve van een mededingingsrechtelijk onderzoek van de Commissie of een NCA in een andere Lidstaat. Harmonisatie van de procedure, met name de procedurele waarborgen en de rechten van de verdediging die een onderneming (en natuurlijk personen) toekomen bij een onderzoek naar digitale en analoge bestanden door NCA's/de Commissie, lijken in dit kader gepast. De NCA's en de Commissie zouden in dit verband een (uniforme) procedure kunnen opstellen voor het onderzoeken van grote databestanden na afloop van het onderzoek ter plaatse³⁰. Wij menen dat het uitgangspunt daarbij zou moeten zijn dat bestanden alleen in bijzijn van de (raadsman van de) onderneming/natuurlijk persoon inhoudelijk mogen worden beoordeeld op relevantie voor het onderzoek van de betreffende NCA.

8. *Het onderzoek bij privé personen*

Sinds 1 oktober 2007 heeft de NMa op grond van artikel 55 Mw ook de bevoegdheid om woningen zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken. Het doorzoeken is toegestaan voor zover dat voor de uitoefening van de in artikel 5:17 Awb bedoelde bevoegdheden redelijkerwijs noodzakelijk is. Ondanks het feit dat deze waarborg is opgenomen in de wet en het vereiste ex artikel 55a Mw van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, zijn wij van mening dat de concept werkwijze op dit punt tekort schiet.

Naar onze mening zou de concept werkwijze uitdrukkelijk moeten voorzien in een procedure voor de situatie waarin toezichthoudende ambtenaren analoge en digitaal rechercheren in woningen van privépersonen. De NMa merkt ook in haar toelichting op de concept werkwijze op dat getracht is een werkwijze op te stellen waarbij zoveel mogelijk wordt tegemoet gekomen aan de benodigde waarborgen voor de

²⁹ Zie o.a. randnummers 1, 5, 6 en 8 van de preambule van Verordening 1/2003.

³⁰ Denk aan bestanden die de NCA/Commissie integraal heeft gekopieerd bij het onderzoek ter plaatse, om vervolgens ten kantore van de betreffende autoriteit te beoordelen of ze binnen het doel van het onderzoek vallen.

overtreder(s) in de zin van het EVRM en de beginselen van behoorlijk bestuur. Op grond van deze *commitment*, waarbij artikel 8 EVRM een belangrijke rol speelt en de toezegging van de NMa dat zij uitvoeringsregels zou opstellen voor de bevoegdheid om woningen te doorzoeken³¹, ligt het in de rede dat de NMa in de concept werkwijze apart aandacht besteedt aan het doorzoeken van woningen. De machtiging van de rechter-commissaris zal conform art. 55b Mw een omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek moeten vermelden. Uit art. 8 EVRM en een eerder advies van de Raad van State volgt dat het object van de huiszoeking en de aard van de daarbij gewenste inlichtingen zo concreet mogelijk dienen te worden geformuleerd (zie hiervoor ook het arrest van het HvJ EG Colas Est.). Vermoedelijk zal de rechter-commissaris volstaan met een verwijzing naar de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek van de NMa. De vraag is of dit voldoende waarborgen biedt voor de privépersoon. Wij zijn van mening dat indien de NMa de doelomschrijving beperkt tot "*een vermoedelijke inbreuk op artikel 6 Mw in de periode 1998-2010*" en de rechter-commissaris volstaat met een verwijzing naar deze summiere omschrijving niet wordt voldaan aan de speciale waarborgen die gelden bij een onderzoek bij privépersonen.

Voorts vragen wij aandacht voor de bijstand van de advocaat indien de NMa een woning doorzoekt. Om de rechten van de verdediging en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te waarborgen, dient de NMa te wachten met het betreden van de woning totdat de advocaat is gearriveerd. Het risico op een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is immers vele malen groter in geval van een onderzoek in een (privé) woning dan wanneer de NMa een bedrijfsbezoek brengt, hetgeen zich ons inziens zou moeten vertalen in aanvullende waarborgen/bescherming voor privépersonen in de concept werkwijze.

³¹ M&M, 2008/ 2, p. 47, Kroniek NMa-besluiten 2007, mr. C.T. Dekker en mr. A.M. Hoekstra - Borzymowska.