



De inzagebevoegdheid van de NMa – verduidelijking gewenst bij uitbreiding bevoegdheden

mr C.T. Dekker

Inleiding

In oktober jongstleden zond de Minister van Economische Zaken het kabinetsstandpunt met betrekking tot de evaluatie van de Mededingingswet aan de Tweede Kamer.¹ Een van de voorstellen tot wijziging van de Mededingingswet die voortvloeit uit deze evaluatie betreft de uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa. Het kabinet stelt onder andere voor om het binnentreden van woningen (na machtiging door de rechter-commissaris) mogelijk te maken.² De Minister heeft inmiddels aangekondigd in verband hiermee een afzonderlijk wetsvoorstel in te dienen.³

De bevoegdheid om ook woningen binnen te treden zou nodig zijn omdat is gebleken dat bestuurders van ondernemingen en medewerkers voor de onderneming belastende stukken ook (of wellicht juist) thuis bewaren. De vraag of de bevoegdheid om binnen te treden in woningen het resultaat brengt dat de Minister ervan verwacht, is afhankelijk van de vraag hoever de inzagebevoegdheid van de NMa, eenmaal binnen, strekt.

De huidige praktijk wijst uit dat de NMa ervan uitgaat dat haar ambtenaren bevoegd zijn om – zelfstandig – de gegevens en bescheiden in te zien die zich in een bepaalde ruimte bevinden en die voor wat betreft hun 'identiteit' dus niet nader zijn aangeduid, behalve dan ten aanzien van hun plaats van opslag (namelijk die ruimte) en ze vervolgens op hun waarde voor de activiteit van de NMa

(toezicht of onderzoek) mogen beoordelen. Zo komt het, niet zelden, voor dat NMa-ambtenaren alle ordners in een bepaalde kast, ongeacht hun opschrift, openen, inzien en, indien de ordner waardevolle documenten bevat, die documenten kopiëren. Ook worden blocnotes doorgebladerd om te zien of daarin voor het toezicht of onderzoek interessante gegevens zijn genoteerd.⁴ Het is duidelijk dat een dergelijke werkwijze effectief is in een onderzoek dat erop gericht is om vast te stellen of de Mededingingswet is overtreden en om daarvoor bewijzen te vinden. In dat opzicht is het ook niet verwonderlijk dat NMa-ambtenaren zo te werk gaan. Of deze werkwijze wordt gedekt door de bevoegdheid om inzage te vorderen is echter een andere vraag.

Wanneer een degelijke wettelijke basis voor de huidige praktijk ontbreekt, houdt de mogelijkheid om ook privéwoningen te betreden per saldo nog geen verhoogde effectiviteit van het onderzoek in. Zoals hierna zal blijken, lijkt het betreden van woningen immers nog niet met zich mee te brengen dat NMa-ambtenaren mogen verifiëren of zich bijvoorbeeld iets interessants in de linnenkast op de slaapkamer bevindt.

1 Brief van 23 oktober 2003, ME/MW 3055851.

2 P. 4 van de in de vorige noot vermelde brief.

3 Kamerstukken II 2003-2004, 29 276, nr. 9.

4 Inmiddels wordt overigens ook wel aangegeven dat de betrokken onderneming kan beslissen of een van haar medewerkers de gegevens en bescheiden zal aanreiken dan wel dat de NMa-ambtenaren de documenten zelf mogen pakken. Geeft de onderneming toestemming voor het laatste, dan handelen de NMa-ambtenaren in ieder geval niet in strijd met hun bevoegdheid.

mr C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh te Zwolle en verbonden aan de leerstoelgroep Ordeningsrecht van de Universiteit van Amsterdam.

Tegen bovengenoemde achtergrond ga ik in deze bijdrage in op de reikwijdte van de bevoegdheid om inzage te vorderen.

Mijns inziens staat niet ter discussie dat NMa-ambtenaren *gericht* kunnen vragen naar min of meer bepaalde documenten. Zo kan men – bijvoorbeeld om na te gaan of voorafgaande aan een aanbesteding prijsafspraken zijn gemaakt – inzage vorderen in de projectadministratie van het betreffende aanbestedingsproject. Evenzeer kan inzage worden gevorderd in de correspondentie betreffende een bepaald onderwerp of de correspondentie van of met een bepaalde persoon of onderneming. Een dergelijke manier van inzien van gegevens en bescheiden is met name effectief bij digitale bestanden, waarin immers goed met behulp van trefwoorden gezocht kan worden.

De vraag of op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voor het op deze manier inzien van gegevens en bescheiden voorafgaande toestemming van een rechterlijke instantie nodig zou zijn, is een vraag die in wezen gerelateerd is aan de vraag naar de omvang van de betredingsbevoegdheid van artikel 5:15 Awb. Hoe dan ook, ik ga in deze bijdrage niet in op *die* vraag. Ik verwijs naar verschillende artikelen en annotaties met betrekking tot het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Colas Est*.⁵ Wel zal ik, ter vergelijking, enige opmerkingen maken over de voorafgaande rechterlijke controle bij doorzoekingen in het kader van strafrechtelijke handhaving.

Ik ga evenmin in op de specifieke regels met betrekking tot het inzien van digitale bestanden, zoals geformuleerd door de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.⁶ Er blijft dan echter nog genoeg over dat naar mijn mening het bespreken waard is.

Schets van het juridisch kader

De op grond van artikel 50, lid 1, Mw, aangewezen ambtenaren zijn belast met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet alsmede met het verrichten van onderzoek (artikel 52, lid 1, Mw).⁷ Daartoe beschikken zij over de bevoegdheden die hun bij de Mededingingswet specifiek ten behoeve van het verrichten van onderzoek zijn toegekend (bevoegdheid tot verzegeling ex artikel 54 Mw en de bevoegdheid tot inschakeling van de sterke arm ex artikel 55 Mw), alsmede over de bevoegdheden van Afdeling 5.2 van de Awb.⁸

Voor deze bijdrage zijn primair van belang artikel 5:15, lid 1, Awb en artikel 5:17 Awb. Artikel 5:15, lid 1, Awb luidt:

‘Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.’

Artikel 5:17 Awb luidt:

1. *Een toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.*
2. *Hij is bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.*
3. *Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is hij bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen tegen een door hem af te geven schriftelijke bewijs.’*

De verhouding tussen het betreden van plaatsen en het vorderen van inzage

Het geven van inzage – op vordering van de onderzoeksambtenaar – geschiedt in beginsel op de plaats, althans min of meer op de plaats waar de gegevens en bescheiden waarvan inzage wordt gevorderd, zich bevinden. Dit valt af te leiden uit artikel 5:17, leden 2 en 3, Awb. De toezichthouder, en daarmee de onderzoeksambtenaar, is immers bevoegd van de gegevens en bescheiden *kopieën* te maken en als dat niet *ter plaatse* kan geschieden voor dat doel de gegevens en bescheiden *mee te nemen*. Inzien gaat vooraf aan het kopiëren, dus als het kopiëren in beginsel ter plaatse moet gebeuren, dan zal voor het inzien hetzelfde gelden. Dit betekent derhalve dat de medewerkingsplicht niet met zich meebrengt dat gegevens en bescheiden die ter inzage worden gevraagd aan de NMa toegestuurd behoeven te worden. Verzoekt de NMa om toezending van gegevens of bescheiden, dan begaat men geen overtreding van artikel 5:20, lid 1, Awb wanneer men dat niet doet, zodat geen boete ex artikel 69, lid 1, kan worden opgelegd. Of men er verstandig aan doet de NMa aldus impliciet uit te nodigen de gegevens en bescheiden te komen ‘halen’ is natuurlijk een ander verhaal.

Dit gezegd zijnde, moet dus geconstateerd worden dat om gegevens en bescheiden ter inzage te vorderen – en ter plekke kopieën te maken – doorgaans de bevoegdheid om plaatsen te betreden moet worden gebruikt.⁹

Zo gezien speelt de bevoegdheid om plaatsen te betreden met name een rol ten behoeve van de uitoefening van andere bevoegdheden. Met andere woorden: teneinde de bevoegdheid om inzage in gegevens en bescheiden te

5 EHRM 16 april 2002, nr. 3791/97. Zie bijvoorbeeld de noot bij dit arrest van H.R. Kranenburg, *M&M* 2002, p. 239 e.v.

6 Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 9 april 2003, *M&M* 2003, p. 182, m.nt. I.W. VerLoren van Themaat en F.M. Versteeg.

7 Onderzoek betreft de handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan (art. 1, sub k, Mw). Zie over het onderscheid en onderzoek *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, pp. 245-252.

8 Dit volgt uit de aanwijzing van een ambtenaar tot toezichthouder op de grond van art. 50, lid 1, Mw, in samenhang met art. 5:11 en de artikelen in de Awb die de toekenning van de specifieke toezichtsbevoegdheden betreffen.

9 Zij het dat het theoretisch mogelijk is dat de NMa-ambtenaren buiten, voor de voordeur, de gegevens en bescheiden specificeren die zij willen inzien. Erg werkbaar lijkt dat niet.

vorderen te kunnen gebruiken en om daadwerkelijk deze gegevens en bescheiden – ter plaatse! – in te zien, dient de NMa-ambtenaar ook de bevoegdheid te hebben om, zo nodig tegen de wil van de betrokken onderneming, de ruimte te betreden waar die gegevens en bescheiden zich bevinden.

Dit impliceert dat de beperkingen die aan de bevoegdheid om plaatsen te betreden zijn verbonden, doorwerken in de bevoegdheid om inzage in gegevens en bescheiden te vorderen, tenzij deze laatste bevoegdheid uitdrukkelijk een uitbreiding van de bevoegdheid om plaatsen te betreden inhoudt. Zo kunnen zich in de privéwoning bevindende gegevens en bescheiden alleen (ter plaatse) worden ingezien, wanneer de bewoner toestemming geeft de privéwoning te betreden.¹⁰ De bevoegdheid inzage te vorderen brengt derhalve niet met zich mee dat de NMa-ambtenaren met voorbijgaan aan de bepaling van artikel 5:15, lid 1, Awb, plaatsen kunnen betreden waar zij vermoeden gegevens en bescheiden te vinden die voor hen interessante informatie bevatten. De bevoegdheden die niet reeds zijn begrepen in de bevoegdheid om plaatsen te betreden moeten dan ook zijn toegekend in het kader van de specifieke toezichtsbevoegdheid. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Zoals wij hierna zullen zien betekent de bevoegdheid om plaatsen te betreden nog niet dat de ambtenaren ook de bevoegdheid hebben die plaatsen te *doorzoeken*. Wanneer een specifieke toezichtsbevoegdheid deze doorzoekingsbevoegdheid wel zou toekennen wordt daarmee de beperking op de bevoegdheid om plaatsen te betreden *overruled*.

Gezien deze verhouding tussen de bevoegdheid inzage te vorderen en de bevoegdheid plaatsen te betreden zal hieronder eerst worden nagegaan wat de reikwijdte van de bevoegdheid om plaatsen te betreden is, en wat deze reikwijdte betekent voor de inzagebevoegdheid, en vervolgens, mede aan de hand daarvan, wat de inhoud is van de bevoegdheid inzage te vorderen.

De bevoegdheid om plaatsen te betreden en om te doorzoeken

De bevoegdheid om plaatsen te betreden houdt uitdrukkelijk niet de bevoegdheid in om deze te doorzoeken.¹¹ Het openen van kasten, laden en klokken en het verbreken van zaken, moet als doorzoeken worden aangemerkt.¹² Van doorzoeken zou sprake zijn wanneer de ambtenaren meer doen dan ‘zoekend rondkijken’.¹³ Er is geen grond voor de stelling dat alleen het openen van kasten en laden¹⁴ die op slot zijn, onder het begrip ‘doorzoeken’ zou vallen en dat het openen van kasten die *niet* op slot zijn binnen de reikwijdte van het begrip ‘zoekend rondkijken’ valt.¹⁵ Het begrip ‘doorzoeken’ is ook niet beperkt tot ‘geheime bergplaatsen’.

Wanneer de bevoegdheid om elke plaats te betreden niet inhoudt dat kasten en laden kunnen worden geopend, en evenmin dat zaken zouden mogen worden verbroken, moet, zoals hierboven is opgemerkt, die bevoegdheid op

een andere bepaling gegrond kunnen worden. Zo niet, dan ontbreekt de bevoegdheid om zelf laden en kasten te openen. Nu een uitdrukkelijke grondslag daarvoor ontbreekt, bezitten de NMa-ambtenaren dus geen doorzoekingsbevoegdheid.¹⁶ Zij zijn aangewezen op de naleving van de medewerkingsplicht wanneer zij inzage van gegevens en bescheiden verlangen. Daarnaast mogen zij ‘zoekend rondkijken.’ Feitelijk betekent dit dat NMa-ambtenaren van documenten die bijvoorbeeld op een tafel of op een bureau ‘in het zicht’ liggen, kunnen vragen of zij ze mogen inzien (waarbij het dus niet nodig is ze reeds min of meer te identificeren, anders dan door ze aan te duiden als ‘de documenten die op die tafel liggen’).

Wanneer echter wordt gevraagd wat voor documenten zich in een bepaalde gesloten kast bevinden en de betrokken onderneming weigert daarop te antwoorden, zou dat eventueel schending van de medewerkingsplicht kunnen opleveren (namelijk het niet voldoen aan een vordering inlichtingen te verstrekken), maar het levert de NMa-ambtenaar nog niet het recht op dan de kast zelf te openen en te kijken wat voor documenten zich in die kast bevinden. Evenzeer ontbreekt de bevoegdheid om te verifiëren of de betrokken onderneming juiste inlichtingen over de documenten heeft verstrekt. Indien bijvoorbeeld is gezegd dat zich in een gesloten kast laboratoriumanalyses bevinden, zou het de NMa-ambtenaren niet toegestaan zijn de kast te openen of te verifiëren of dat waar is. Op zichzelf zou de ambtenaar vervolgens kunnen vorderen de documenten met laboratoriumanalyses ter inzage te geven, maar het moet betwijfeld worden of, gezien het proportionaliteitsbeginsel en de in de Mededingingswet geregelde materie, een dergelijke vordering ook een basis in de wet vindt.

Zoals ik elders heb opgemerkt¹⁷ brengt de bevoegdheid van artikel 55 Mw om de sterke arm in te roepen, in

10 Dit laat overigens onverlet dat de NMa-ambtenaren, tijdens een bedrijfsbezoek, inzage zouden kunnen vorderen van gegevens en bescheiden die zich in de privéwoning van een medewerker bevinden. Het doet immers op zichzelf niet ter zake *waar* de gegevens en bescheiden waarvan inzage wordt gevorderd zich bevinden.

11 MvT, PG Awb III, p. 343.

12 Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek (rapport Commissie Moons), Gouda Quint, Arnhem 1990, p. 101. Vgl. ook Jansen 1999, p. 23 en p. 76.

13 Zie Jansen 1999, p. 23.

14 Ik heb tot nu toe geen gevallen meegemaakt waarin klokken zijn geopend (als er al klokken aanwezig waren die geopend zouden kunnen worden). Klokken ken ik vooral als bergplaats voor geitjes die bang zijn voor de grote boze wolf.

15 Zie overigens ook voor wat betreft het begrip ‘huiszoeking’, HR 17 maart 1987, NJ 1988, 155, m.nt. Th.W. van Veen, waaruit blijkt dat het doorzoeken van een woning (en dit geldt evenzeer voor andere ruimten) met het doel na te gaan of zich daarin voor inbeslagneming vatbare voorwerpen bevinden, waarbij o.m. zijn aangetroffen geld in een koffer, een plat zakje onder een stapel linnengoed in een linnenkast, een zak en een envelop in een kast en een envelop in een klok, ook al hoeft daar niets voor te worden verbroken, een stelselmatig en gericht onderzoek oplevert. Zie ook Rapport Commissie Moons, p. 91.

16 Zo ook: P.J.M. Koning & N.U.N. Van den Heuvel-Kien, *Formeel Mededingingsrecht*, Elsevier, Den Haag, 2000, p. 148.

17 *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, p. 293 e.v.

tegenstelling tot hetgeen in de Memorie van Toelichting hierover wordt opgemerkt,¹⁸ niet mee dat – alsnog – laden en kasten kunnen worden geopend en zo nodig kunnen worden opengebrouwen. Dat zou immers betekenen dat de niet aan de NMa-ambtenaren toekomende bevoegdheid te doorzoeken, alsnog gerealiseerd wordt. Artikel 55 Mw zou dan met zich meebrengen dat de beperkte uitleg van de bevoegdheid om plaatsen te betreden voor het onderzoek in het kader van de Mededingingswet niet opgaat. Zonder dat de wetgever er blijk van heeft gegeven dat hij voor het mededingingsonderzoek de algemene bevoegdheid plaatsen te betreden heeft willen uitbreiden met de bevoegdheid te doorzoeken, mag mijns inziens niet een dergelijke vergaande conclusie uit artikel 55 Mw worden getrokken. Dit is te meer niet op zijn plaats, omdat, zoals wij hierna zullen zien, de bevoegdheid om te doorzoeken in het strafrecht met de nodige waarborgen is omgeven en alleen in bepaalde gevallen zonder inschakeling van de rechter-commissaris kan plaatsvinden.

Het inroepen van de sterke arm kan vanzelfsprekend dan ook alleen in die gevallen dat een *wel* aan de NMa-ambtenaren toekomende bevoegdheid niet kan worden uitgeoefend omdat de onderneming niet meewerkt aan het onderzoek. Ik kan mij iets dergelijks eigenlijk alleen voorstellen in het geval dat geen medewerking aan de betredingsbevoegdheid wordt gegeven óf wanneer het de NMa-ambtenaren bekend is dat bepaalde documenten zich in een bepaalde kast bevinden en de onderneming weigert die kast open te maken. Zelfs dan is er ruimte voor twijfel of hier de grenzen van de bevoegdheid niet worden overschreden.

De bevoegdheid inzage te vorderen

De wijze van het vorderen van inzage¹⁹

De manier waarop de wetgever de inzagebevoegdheid heeft geformuleerd in artikel 5:17, lid 1, Awb, duidt er naar mijn oordeel op dat de bevoegdheid niet inhoudt dat de NMa-ambtenaren *zelf* op zoek kunnen gaan naar de betreffende gegevens en bescheiden. Er staat immers in artikel 5:17, lid 1, dat de toezichthouder inzage kan *vorderen* en niet dat hij gegevens en bescheiden kan *inzien*. Deze tekst impliceert de tussenkomst van de betrokkene: aan *hem* richt de toezichthouder zijn vordering tot inzage en *hij* is het die vervolgens de gegevens en bescheiden aan de toezichthouder overhandigt, zodat deze ze kan inzien.

Een vergelijking met de formulering van andere toezichtsbevoegdheden bevestigt de aard van de bevoegdheid van artikel 5:17, lid 1. Zo blijkt uit het hierboven aangehaalde artikel 5:17, lid 2, Awb, betreffende het maken van kopieën, dat de NMa-ambtenaren die handeling *wél* zelfstandig kunnen uitvoeren: het is niet de betrokken onderneming die, op grond van de medewerkingsplicht, de kopieën op vordering van de NMa-ambtenaren dient te maken. Van vorderen is immers in artikel 5:17, lid 2, Awb geen sprake. Ook artikel 5:18, lid 1, Awb duidt op een acti-

viteit aan de zijde van de toezichtsambtenaren. Artikel 5:18, lid 1, Awb luidt:

‘Een toezichthouder is bevoegd zaken te onderzoeken, aan opnemings te onderwerpen en daarvan monsters te nemen.’

Net zoals artikel 5:19, lid 1, Awb (‘Een toezichthouder is bevoegd vervoermiddelen te onderzoeken met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft’) gaan deze bevoegdheden niet uit van een vorderingsbevoegdheid aan de zijde van de toezichthoudende ambtenaren, maar van een bevoegdheid om direct de benodigde handelingen *zelf* te verrichten.

Wanneer de wetgever had gewild dat de toezichthouder zelfstandig – dat wil zeggen: zonder tussenkomst van de betrokkene – naar gegevens en bescheiden op zoek had kunnen gaan, dan had hij artikel 5:17, lid 1, Awb als volgt moeten formuleren:

‘Een toezichthouder is bevoegd zakelijke gegevens en bescheiden in te zien.’

De tekst van artikel 5:17, lid 1, Awb impliceert dus dat de NMa-ambtenaren min of meer gericht de gegevens en bescheiden kunnen aanduiden waarvan zij inzage verlangen, maar dat het aan de betrokken onderneming is overgelaten om de betreffende gegevens en bescheiden te verzamelen en ter inzage te *geven*.²⁰ Tegenwoordig lijken de NMa-ambtenaren dit onderscheid te maken. Ik ben in ieder geval tegengekomen dat aan de betrokken onderneming uiteen wordt gezet dat de onderneming het recht heeft om de verzochte bescheiden aan de ambtenaren te overhandigen, maar dat zij er ook voor kan *kies* de NMa-ambtenaren de bescheiden zelf uit de kasten te laten halen. Als die toestemming wordt gegeven kan later bezwaarlijk worden gesteld dat de NMa-ambtenaren onrechtmatig hebben gehandeld door zelf de bescheiden uit de kasten te halen.

De benadering dat de NMa-ambtenaren de gegevens en bescheiden die zij willen inzien, moeten aanduiden, wordt naar mijn opvatting bevestigd door de wetgeschiedenis van Afdeling 5.2 Awb.

De opname van toezichtsbevoegdheden in deze afdeling was ingegeven door de lappendeken die voordien bestond in bijzondere wetgeving. Afdeling 5.2. is bedoeld

18 MvT, PG Mw, p. 679.

19 Zie voor wat betreft het object van inzage: *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, p. 298.

20 De Hoge Raad (HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173) gaat daar voor wat betreft de inzagebevoegdheid die in art. 19 WED aan opsporingsambtenaren is toegekend ook van uit: hij acht de inzagebevoegdheid niet in strijd met het *nemo tenetur* beginsel, omdat de betrokkene gegevens en bescheiden dient te overhandigen die losstaan van zijn wil (vgl. EHRM 17 december 1996 (*Saunders*), Reports 1996-VI, r.o. 69). Zouden de opsporingsambtenaren bevoegd zijn de gegevens en bescheiden zelf uit kasten e.d. te pakken, dan zou het *nemo tenetur* beginsel in het geheel niet ter sprake komen, omdat er dan geen medewerking van de betrokkene nodig zou zijn.

als codificatie en harmonisatie van de in diverse wetten vastgelegde toezichtsbevoegdheden.²¹ In de Memorie van Toelichting werd hierover opgemerkt:

*'Aan deze bezwaren [namelijk die van een onoverzichtelijk geheel en rechtsonzekerheid bij de burger – CTD] kan tegemoet worden gekomen door in een afzonderlijke afdeling van de Algemene wet bestuursrecht een afgewogen algemene regeling tot stand te brengen met betrekking tot de bevoegdheden van toezichthouders, welke tot nu toe steeds in afzonderlijke wetten zijn voorzien.'*²²

Dat met de codificatie in de Awb niet beoogd is ten opzichte van de afzonderlijke wettelijke regelingen een uitbreiding van de bevoegdheden als zodanig te bewerkstelligen, blijkt uit de opmerking in de Memorie van Toelichting dat het

*'[...] hier bevoegdheden [betreft] die in de bijzondere wetgeving thans reeds veelvuldig aan toezichthouders plegen te worden toegekend en die in algemene zin kunnen worden omschreven. De Algemene wet bestuursrecht bevat dus een weerspiegeling van het gebruikelijke pakket van bevoegdheden dat men in tal van bijzondere wetten aantreft.'*²³

De inzagebevoegdheid zoals die in bijzondere wetten was neergelegd, betrof vooral een bevoegdheid die zag op min of meer vastomlijnde gegevens en bescheiden. Dit werd bepaald door de beperkte reikwijdte van de betreffende wetten. Zo kan naleving van de Warenwet, de Prijzenwet, de Vleeskeuringswet, de Wet tarieven gezondheidszorg en dergelijke, worden gecontroleerd middels de inzage van duidelijk aan te geven documenten. Zo kunnen ook inzagebevoegdheden in het kader van milieuwetgeving direct gerelateerd worden aan bijvoorbeeld een verplichting (die al dan niet in de betreffende milieuvergunning is vastgelegd) om bij te houden welke uitstoot (van schadelijke stoffen) heeft plaatsgevonden.

Het ging bij deze wetgeving dus steeds om een duidelijk afgebakende categorie van documenten. Daardoor was het – en is het in het kader van de handhaving van deze wetten nog steeds – ook vrij eenvoudig voor de toezichthoudende ambtenaren om aan te duiden van welke gegevens en bescheiden zij inzage wensten. Het niet voorhanden zijn van de gevraagde gegevens en bescheiden leverde daarbij doorgaans een schending van wettelijke of uit de betreffende vergunning voortvloeiende verplichtingen op. Anders dan in het kader van de Mededingingswet had (en heeft) bij deze wetgeving de inzage niet ten doel bewijs te verzamelen van een overtreding van de wet, door documenten in te zien waarvan de toezichthouders van tevoren het bestaan nog niet kennen, maar om gericht bepaalde gegevens te controleren die als zodanig bepalend zijn voor de vraag of de wet is nageleefd of niet. Uit de wetsgeschiedenis van Afdeling 5.2 Awb of artikel 5:17 Awb kan niet worden afgeleid dat met het opnemen van de 'geharmoni-

seerde' inzagebevoegdheid in de Awb bedoeld is aan de bestaande praktijk en impliciete beperkte bevoegdheid een uitbreiding te geven.

In dit verband moet ook voor ogen worden gehouden dat de strafbaarstelling van overtreding van dit soort wetten onder het regime van de Wet economische delicten plaatsvindt en vond. Op een andere wijze was en is dus voorzien in de mogelijkheid van doorzoeking, namelijk via de strafrechtelijke weg.²⁴

Hiertegenover kan worden gesteld dat voor de genoemde specifieke wetgeving een, gezien de aard van de betreffende wetgeving, gerichte inzagebevoegdheid een logisch gevolg is, maar dat gezien de aard van de mededingingswetgeving – die een veel minder beperkte en minder gerichte inzage vereist teneinde de wet te kunnen handhaven – de inzagebevoegdheid ook minder beperkt en minder gericht zal mogen worden toegepast. Praktisch gesproken: gezien de noodzaak die de handhaving van de Mededingingswet met zich meebrengt om in zekere zin onbeperkt zakelijke gegevens en bescheiden in te zien, zou de inzagebevoegdheid zo moeten worden uitgelegd dat de documenten waarvan inzage wordt gevraagd niet specifiek behoeven te worden aangeduid. Een dergelijke hypothese vindt echter naar mijn mening noch in de tekst van artikel 5:17 Awb, noch in de wetsgeschiedenis steun.

Men zou zich overigens nog op het standpunt kunnen stellen dat het voldoende is de ter inzage gevraagde gegevens en bescheiden aan te duiden als: 'de gegevens en bescheiden die zich op de kamer van de heer of mevrouw X bevinden.' Ik betwijfel of een dergelijke formulering een voldoende 'individualisering' inhoudt van de ter inzage gevraagde stukken. Zij worden op die manier immers niet aangeduid naar hun aard of inhoud, maar naar de plaats waar zij zijn opgeslagen. Zou dat toegestaan zijn, dan kan de vordering ook betrekking hebben op alle bescheiden in het archief, of, nog ruimer, alle bescheiden die zich in het kantoorpand bevinden. Op die manier verschilt de inzage niet meer van het doorzoeken van archieven of een (geheel) kantoor, terwijl ook hier geldt dat deze wijze van inzage vorderen in ieder geval weinig meer van doen heeft met de inzagebevoegdheid zoals die althans oorspronkelijk gebruikt werd en kennelijk bedoeld was.

Dit probleem wordt des te klemmender indien het voorstel van het kabinet om de NMa-ambtenaren de bevoegdheid te geven om privé-woningen tegen de wil van de bewoner te betreden, tot wet wordt verheven.²⁵ Zou

21 MvT, PG Awb III, p. 308.

22 Idem.

23 Idem.

24 Ik wijs er in dit verband ook op dat bijvoorbeeld de FIOD/ECD in het kader van de WED, dus in het kader van de *opsporing*, ook beschikt over de bevoegdheid gegevens en bescheiden in beslag te nemen – een bevoegdheid waarover de toezichthouder niet beschikt.

25 Zie het voorstel, geformuleerd in de brief van de Minister van Economische Zaken van 23 oktober 2003 aan de Tweede Kamer, ME/MW 3055851, naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet.

men immers concluderen dat de inzagebevoegdheid dan kan worden uitgeoefend middels een vordering tot inzage van alle zich in de woning bevindende zakelijke gegevens en bescheiden, en zou men zich op het standpunt stellen dat *dus* door de gehele woning naar dergelijke gegevens en bescheiden kan worden gezocht, dan is in feite ook de doorzoeking in de privé-woning in de betredingsbevoegdheid geslopen. De enkele voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris lijkt mij daarvoor erg mager, als men bedenkt dat in het strafrecht de doorzoeking *onder leiding van de rechter-commissaris* plaatsvindt.

Een betoog dat het evenredigheidsbeginsel met zich mee zou brengen dat minder beperkt en gericht inzage kan worden gevorderd, omdat de handhaving van de Mededingingswet dat nu eenmaal vergt, gaat evenmin op.

Artikel 5:13 bepaalt:

‘een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.’

Betekent dit artikel dat de toezichthouder in kasten, bureaus en dergelijke zou mogen rondneuzen omdat dat redelijkerwijs nodig is om de inzagebevoegdheid uit te oefenen of om handhaving van de Mededingingswet te kunnen realiseren? Dat lijkt mij niet. Bij de bepaling over welke bevoegdheden de NMa-ambtenaren beschikken, moet als eerste stap worden bepaald welke bevoegdheid een bepaald artikel uit Hoofdstuk 5 van de Awb inhoudt. Wanneer wordt vastgesteld dat de bevoegdheid om inzage in gegevens en bescheiden te vorderen niet impliceert dat naar die gegevens en bescheiden gezocht mag worden, kan artikel 5:13 Awb niet als grond dienen om toch een bevoegdheid om te (door)zoeken te creëren. Dit blijkt niet alleen uit de toevoeging in de bepaling van het woord slechts. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 5:13 Awb alleen een beperkende werking heeft op in andere bepalingen verleende bevoegdheden en geen uitbreidende werking heeft. In de Memorie van Toelichting wordt hierover gezegd:

‘Het op deze wijze neergelegde evenredigheidsbeginsel houdt in ieder geval in dat de toezichthouder een bevoegdheid niet mag uitoefenen als dat voor de vervulling van zijn taak niet redelijkerwijze noodzakelijk is. Dit betekent onder meer dat een aantal bevoegdheden die krachtens de algemene wet bestuursrecht aan toezichthouders toekomen voor sommige toezichthouders geen betekenis hebben, omdat de aard van de voorschriften op welke naleving zij toezien, zulks met zich meebrengt.’²⁶

Teneinde de reikwijdte van de inzagebevoegdheid te bepalen kan voorts – vergelijkenderwijs – worden gekeken naar de verhouding van deze bevoegdheid tot de opsporingsbevoegdheid voor die wetten die zowel middels bestuursrecht

telijk toezicht als strafrechtelijke opsporing gehandhaafd worden.

De bevoegdheid om voorwerpen in beslag te nemen – de strafrechtelijke pendant van de inzagebevoegdheid, zou men kunnen zeggen – moet ook hier in verhouding tot de bevoegdheid om te doorzoeken worden gezien. Die voorwerpen die men met zoekend rondkijken ontwaart en in beslag kan nemen, kunnen met behulp van deze bevoegdheid inderdaad in beslag worden genomen. Wil men een plaats betreden ter inbeslagneming (van bescheiden) en daarvoor de plaats ‘doorzoeken’, dan kan dat alleen in bepaalde gevallen en alleen door de officier van justitie.²⁷ In geval van andere delicten dan de in artikel 96c Sv genoemde, kan inbeslagneming en de doorzoeking ten behoeve van inbeslagneming zelfs alleen door de rechter-commissaris gebeuren.²⁸ In beide gevallen is de opsporingsambtenaar niet zelfstandig bevoegd tot doorzoeking, maar dient een *magistraat* te worden ingeschakeld.

Wanneer een vergelijking wordt gemaakt met de Wet economische delicten, waarin naast de bevoegdheid tot inbeslagname ook een bevoegdheid tot het vorderen van inzage (artikel 19 WED) aan de opsporingsambtenaren is gegeven, valt op dat in artikel 20 WED weliswaar is voorzien in een bevoegdheid tot binnentreden, maar dat ook daar van een doorzoekingsbevoegdheid geen sprake is.²⁹

Wil men in het kader van de opsporing van in de WED strafbaar gestelde feiten een doorzoeking plegen, dan zal dat op grond van het commune strafrecht moeten gebeuren, dat wil zeggen onder leiding van een officier van justitie, wanneer het gaat om verdenking van een delict waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld,³⁰ dan wel met inschakeling van de rechter-commissaris.³¹

Enige opmerkingen ter zake van digitale bestanden

Computerbestanden (al dan niet interne correspondentie via e-mail) worden soms ingezien doordat de ambtenaar aangeeft aan een medewerker van de betrokken onderneming welke bestanden de laatste dient op te zoeken, soms doordat de onderzoeksambtenaar zelf een computerterminal bedient. Meer en meer is het gebruik dat er een *forensic image* van de harde schijf van een computer wordt gemaakt. De NMa heeft haar werkwijze bij het inzien van digitale bestanden in een bekendmaking neergelegd, welke naar aanleiding van de uitspraak in de zaak *Van Hattum & Blankevoort B.V.* is opgesteld.³² Naar de opvatting van de

26 MvT, PG Awb III, p. 338.

27 Art. 96c Sv. Zie art. 96c, lid 2, voor de gevallen dat de hulpofficier deze bevoegdheid heeft, zij het met een machtiging van de officier.

28 Art. 110 Sv.

29 De spaarzame jurisprudentie ten aanzien van art. 19 WED geeft overigens aan dat ook bij uitoefening van deze bevoegdheid de opsporingsambtenaren gericht vragen naar bepaalde documenten. Zie bijv. HR 27 september 1983, NJ 1984, 172 en HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173.

30 Art. 25 WED juncto artt. 96c en art. 67, lid 1, Sv. Het gaat hier de facto om de delicten genoemd in art. 6, lid 1, onder 1, WED.

31 Art. 25 WED juncto art. 110, lid 1, Sv.

NMa – en die van de Voorzieningenrechter – is het maken van deze image op zichzelf nog niet het nemen van inzage. Het inzien van de bestanden gebeurt pas op het moment dat ten kantore van de NMa met behulp van zoektermen gezocht wordt in de digitale bestanden. Dat lijkt mij op zichzelf een juist gezichtspunt. Bij de inzage ten kantore van de NMa krijgt de betrokken onderneming weliswaar inzage in de gebruikte zoektermen, maar geen inzicht in de resultaten die het zoeken oplevert (dit is althans mijn ervaring). Pas wanneer het dossier ter inzage wordt gelegd blijkt welke digitale bestanden daadwerkelijk door de NMa zijn ingezien. Ook ten aanzien van deze werkwijze moet betwijfeld worden of zij wordt gedekt door de inzagebevoegdheid van artikel 5:17 Awb.

Gaat men ervan uit, zoals ik hierboven heb betoogd, dat de NMa-ambtenaar in beginsel alleen kan vragen aan de onderneming om min of meer bepaalde bescheiden te overhandigen, dan impliceert dat, dat de onderneming te allen tijde weet welke stukken ter inzage worden gegeven. Wanneer nu de NMa-ambtenaren geen inzicht geven in de zoekresultaten, dan is niet bekend bij de betrokken onderneming welke bescheiden daadwerkelijk worden ingezien.

Slotopmerkingen

Het is duidelijk dat een inzagebevoegdheid die *niet* inhoudt dat ook gekeken mag worden in bureauladen en kasten teneinde na te gaan of zich daarin materiaal bevindt dat kan bijdragen aan het bewijs van een overtreding van de Mededingingswet, niet adequaat is. Niettemin moet op zijn minst betwijfeld worden of de inzagebevoegdheid zodanig extensief kan worden geïnterpreteerd dat het openen en vervolgens doorzoeken van kasten en laden tot de bevoegdheden van de NMa behoort. Er zijn veel argumenten tegen een dergelijke ruime uitleg van de bevoegdheid. Eigenlijk kan ik als argument *pro* alleen bedenken de noodzaak van een effectief onderzoek en het argument dat een onderzoeksambtenaar zijn vordering tot inzage zodanig mag formuleren dat de gegevens en bescheiden in bepaalde ruimtes eronder vallen, zonder een nadere identificatie.

Met ingrijpende bevoegdheden als hier aan de orde – althans als zij als zodanig worden gehanteerd dat in wezen sprake is van doorzoeken – mag geen twijfel bestaan over de reikwijdte van die bevoegdheden en de omstandigheden waaronder zij mogen worden gebruikt. Het is dan ook aan de wetgever om duidelijkheid ter zake te verschaffen.

De oplossing zal moeten worden gevonden in een uitbreiding dan wel verduidelijking van de bevoegdheden van de NMa. Dat geeft de wetgever (lees: het parlement) tevens de mogelijkheid zich uitdrukkelijk uit te spreken over de wenselijkheid van een onderzoekingsbevoegdheid van de NMa.

Dergelijke uitgebreide bevoegdheden passen als zodanig niet in het stelsel dat thans in de Awb is neergelegd. Het verschijnsel ‘onderzoek’ uit de Mededingingswet, dat naast ‘toezicht’ staat, doet dat als zodanig echter ook

reeds niet. Zonder de aansluiting bij het algemene bestuursrecht verder te verkleinen, zou derhalve in paragraaf 2 van Hoofdstuk 6 van de Mededingingswet de bevoegdheid kunnen worden verstrekt om gegevens en bescheiden in te zien en daartoe kasten en laden te openen.

Gezien de wijze waarop de onderzoekingsbevoegdheden in het strafrecht zijn geregeld, ligt het voor de hand een vergelijkbare bevoegdheid in het mededingingsrecht eveneens onder toezicht van een magistraat te laten plaatsvinden. Aangezien de officier van justitie geen bemoeienis heeft met en zeggenschap heeft over de NMa, ligt het voor de hand dit toezicht bij de rechter-commissaris (van de rechtbank Rotterdam) te leggen. Dit is temeer het geval aangezien die rechter-commissaris ook toestemming zal moeten (gaan) geven voor het betreden van privé-woningen. De wet zal dan meteen duidelijk moeten maken of die toestemming ook inhoudt dat de privé-woning *doorzocht* mag worden. De te beschermen belangen van de justitiabelen zijn te belangrijk om hierover onduidelijkheid te laten bestaan. Dat geldt niet alleen voor het betreden van privé-woningen, maar ook voor het betreden van kantoren, waarbij het niet zozeer gaat om de vraag of het EVRM nu met zich meebrengt of zonder toestemming van een rechterlijke instantie de *betreding* zelf onrechtmatig zou zijn, maar wél dat het op de persoonlijke levenssfeer inbreuk makende doorzoeken alleen onder strikte voorwaarden mag gebeuren. Op zijn minst dient de vergaande bevoegdheid van doorzoeken gepaard te gaan met een, door de d-g NMa ondertekende onderzoeksopdracht, die doel en reikwijdte van het onderzoek aangeeft. Het vooraf tonen van een dergelijke onderzoeksopdracht geeft de betrokken onderneming de gelegenheid tijdens het onderzoek na te gaan in hoeverre de vordering tot inzage evenredig is aan het doel van het onderzoek.

32 Rb. Den Haag 9 april 2003, KG 03/341.