

# Artikel

## De Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren: trial and error again?

Mr. M. Knapen en mr. R. Elkerbout LL.M.\*

### Inleiding

224

Met ingang van 17 augustus 2010 voert de NMa een deel van haar toezichts- en onderzoeksbevoegdheden uit op basis van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren (hierna: de Werkwijze).<sup>1</sup> De Werkwijze vervangt de NMa Digitale Werkwijze 2007<sup>2</sup> (hierna: de Digitale Werkwijze) en beschrijft hoe de NMa te werk zal gaan tijdens bedrijfsinspecties (art. 5:15 jo. 5:17 Awb) en bij het vorderen van inlichtingen van personen (art. 5:16 Awb).<sup>3</sup> De Werkwijze wijkt op een aantal belangrijke onderdelen af van zijn voorganger. Zo is de reikwijdte van de Werkwijze uitgebreid naar (1) papieren bescheiden, (2) de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen en (3) onderzoeken van de NMa krachtens onder meer de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, Wet personenvervoer 2000, de Loodsenwet, de Spoorwegwet, de Telecommunicatiewet, de Tijdelijke wet mediaconcentraties en de Wet Luchtvaart. De doelstelling

blijft wel hetzelfde: de Werkwijze moet de NMa in staat stellen op efficiëntere wijze onderzoek te doen en tegelijkertijd de rechten van ondernemingen optimaal te waarborgen. De hamvraag is of het beoogde evenwicht tussen effectief onderzoek en de waarborgen voor ondernemingen daadwerkelijk is bereikt. In een naschrift bij het kritische artikel van Speyart over de Werkwijze in *Actualiteiten Mededingingsrecht* van september 2010 schrijven Van Heyningen en Schueler, beide werkzaam bij de NMa en betrokken bij de totstandkoming van de Werkwijze, dat het beoogde evenwicht is gezocht door middel van een proces van *trial and error*.<sup>4</sup> Wij vragen ons sterk af of het proces van *trial and error* met de Werkwijze tot een goed einde is gekomen. In deze bijdrage houden wij de Werkwijze kritisch tegen het licht, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de waarborgen die zogenoemde *fishing expeditions* moeten voorkomen en de bescherming van geprievilegieerde gegevens. Hierna volgt eerst een beknopte beschrijving van de achtergrond bij de Werkwijze en de Werkwijze zelf.

### Achtergrond

In december 2007 publiceerde de NMa tot verrassing van velen de Digitale Werkwijze. Deze verving de Werkwijze met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden uit 2003.<sup>5</sup> Met de

\* Mr. M. Knapen is werkzaam als advocaat in dienstbetrekking bij Philips. Mr. R. Elkerbout LL.M. is advocaat bij Stek. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren, *Stcrt.* 2010, 12871.  
2. NMa Digitale Werkwijze 2007, *Stcrt.* 2007, 243.  
3. De NMa heeft strikt genomen niet de bevoegdheden om toezicht te houden op de naleving van de Mededingingswet en om overtredingen daarvan op te sporen. Dat zijn namelijk de toezichhoudende ambtenaren die zijn aangewezen op grond van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (*Stcrt.* 2009, 14819, gewijzigd bij *Stcrt.* 2010, 9370). Het opsporen van overtredingen wordt in de regel uitgevoerd door meerdere NMa-ambtenaren. In aansluiting op art. 1 lid 2 Werkwijze wordt in het vervolg van dit artikel evenwel gesproken over de 'toezichhoudende ambtenaar' wanneer wordt verwezen naar de procedures in de Werkwijze.

4. H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze rechercheren van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 81-91 en M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 92-96.  
5. *Stcrt.* 2003, 109, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2005, 247.

Digitale Werkwijze beoogde de NMa, zoals hiervoor al opgemerkt, op een efficiëntere wijze digitaal onderzoek te kunnen doen en tegelijkertijd de rechten van ondernemingen optimaal te waarborgen. Alle goede bedoelingen ten spijt bestonden er een aantal praktische en juridische bezwaren tegen de procedures zoals beschreven in de Digitale Werkwijze.<sup>6</sup> Deze bezwaren hadden betrekking op de ondeugdelijke borging van de rechten van de verdediging, in het bijzonder (1) de behandeling van geprivilegieerde data door een speciaal daarvoor ingestelde functionaris verschoningsrecht en (2) de proportionaliteit van de in de Digitale Werkwijze verankerde procedures. De NMa stelde zich met de Digitale Werkwijze bloot aan juridische procedures over de (on)rechtmatigheid van een onderzoek op basis van de Digitale Werkwijze.

Bij de eerste testcase liep de Digitale Werkwijze direct op de klippen. In oktober 2008, nog geen tien maanden na de bekendmaking van de Digitale Werkwijze, oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in de zaak *Fortis/Allianz* dat de NMa bij de bedrijfsbezoeken bij Fortis en Allianz buiten haar bevoegdheden was getreden door onvoldoende selectief te werk te gaan.<sup>7</sup> De NMa had in deze zaak – conform de procedure beschreven in artikel 3 van de Digitale Werkwijze – integrale kopieën gemaakt van de *inbox* van zogenaamde *key players*. Volgens de voorzieningenrechter creëerde deze handelwijze het risico dat gegevens werden gekopieerd die niet vielen binnen het doel en voorwerp van het onderzoek, terwijl er onvoldoende waarborgen bestonden ter voorkoming van een *fishing expedition*. De voorzieningenrechter concludeerde dat de NMa haar bevoegdheid ex artikel 5:17 Awb om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden had gebruikt op een wijze die niet redelijkerwijs nodig was voor de vervulling van haar taak. Ofschoon de zaak *Fortis/Allianz* niet alle voornoemde juridische knelpunten van de Digitale Werkwijze adresseert, kon de NMa met dit vonnis de Digitale Werkwijze niet onverkort in stand houden.

Tegen deze achtergrond publiceerde de NMa in januari 2010 een consultatiedocument voor de nieuwe werkwijze analoog en digitaal rechercheren (hierna: het consultatiedocument).<sup>8</sup> De NMa organiseerde tevens een consultatiebijeenkomst op 1 februari 2010, waarin de NMa een uitgebreide toelichting gaf op de praktische uitvoering van de voorgestelde procedures.

6. Deze bezwaren zijn door verschillende auteurs aan de orde gesteld. Zie o.a. J.L. De Gou en W.A. Moerman, 'NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 37 en R. Elkerbout en M. Knapen, 'The IT Guidelines 2007 of the NMa: a Journey through the Land of the Blind', *E.C.L.R.* 2008, p. 540-545.
7. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 oktober 2009, LJN BH2647.
8. Consultatiedocument 'Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren', te vinden via [http://www.nmanet.nl/Images/Consultatiedocument%207%20januari%202010\(1\)\\_tcm16-133844.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/Consultatiedocument%207%20januari%202010(1)_tcm16-133844.pdf).

## De Werkwijze

Zoals hiervoor aangegeven, beschrijft de Werkwijze in hoofdlijnen de procedure die de toezichthoudende ambtenaar volgt bij het opsporen van overtredingen van de Mededingingswet en de vervoers- en energiewetten. De Werkwijze maakt daarbij een onderscheid tussen de procedure gedurende het onderzoek van de toezichthoudende ambtenaar 'ter plaatse' en de procedure na afloop van het onderzoek ter plaatse, *i.e.* ten kantore van de NMa. Voorts voorziet de Werkwijze in een procedure voor de omgang met geprivilegieerde gegevens. Deze procedures worden hierna kort beschreven, waarna wij een aantal kanttekeningen plaatsen bij de gekozen benadering en procedure.<sup>9</sup>

### Onderzoek ter plaatse

De Werkwijze beschrijft eerst de procedure tijdens het onderzoek ter plaatse en de methode voor het selecteren en kopiëren van gegevens. Bij aanvang van het onderzoek ter plaatse overhandigt de toezichthoudende ambtenaar een document aan het onderzoeksobject waarin het doel en voorwerp van het onderzoek zijn vermeld.<sup>10</sup> Indien daartoe aanleiding bestaat, kan het doel en voorwerp van het onderzoek worden uitgebreid. In dat geval wordt onverwijld een document uitgereikt door de toezichthoudende ambtenaar waarin de uitbreiding wordt beschreven.<sup>11</sup> Aan de hand van de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek bepaalt de toezichthoudende ambtenaar of gegevens binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen.<sup>12</sup> Gegevens die geacht worden binnen de reikwijdte van het onderzoek te vallen worden door de toezichthoudende ambtenaar gekopieerd (in *hard copy* dan wel op een digitale dataset genaamd 'origineel binnen de reikwijdte').<sup>13</sup> De Werkwijze bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaar bij het verzamelen van digitale gegevens zo veel mogelijk gebruik maakt van digitale selectiemethoden, waaronder digitale zoekvragen bij doelwitpersonen.<sup>14</sup> De *hits* die deze zoekvragen opleveren worden in beginsel integraal

9. Voor artikelsgewijs commentaar bij de Werkwijze verwijzen wij naar de bijdrage van H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze rechercheren van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 81-91.
10. Art. 2 lid 1 Werkwijze. In de Werkwijze wordt consequent gebruik gemaakt van het begrip 'vermoedelijke overtreder' als bedoeld in art. 5:1 lid 2 Awb. Dit is volgens ons een wat ongelukkige definitie van de onderneming (of de natuurlijke persoon) die voorwerp is van een onderzoek, aangezien de NMa ook inspecties kan verrichten indien er (nog) geen verdenking is van een overtreding. Daarom wordt in het vervolg van dit artikel verwezen naar het 'onderzoeksobject'.
11. Art. 2 lid 3 Werkwijze.
12. Art. 3 lid 1 Werkwijze.
13. Art. 3 lid 5 Werkwijze.
14. Zie de toelichting bij art. 3 van de Werkwijze. In de praktijk hanteert de NMa de zogenoemde voorkeursmethode, waarbij een selectie wordt gemaakt van digitale gegevens van personen die zij van tevoren heeft aangewezen als *key player*. Zie hierover meer uitgebreid H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze rechercheren van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 81-91 en M.J. van Heyningen en M.A. Schueller, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 92-96.

overgenomen op de dataset 'origineel binnen de reikwijdte' en opgenomen in het onderzoeksdossier van de NMa. Na afloop van het onderzoek ter plaatse verstrekt de toezichthoudende ambtenaar aan het onderzoeksobject een lijst met de gehanteerde zoekvragen. De Werkwijze bepaalt voorts dat de toezichthoudende ambtenaar gegevens in een 'deelverzameling'<sup>15</sup> met een omschrijving die rechtstreeks verband houdt met het doel en voorwerp van het onderzoek dient aan te merken als vallend 'binnen de reikwijdte'. Opmerkelijk is dat volgens de toelichting op de Werkwijze gegevens die dateren van vóór of na de periode zoals deze is vermeld in de omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek binnen de reikwijdte van het onderzoek kunnen vallen.

Indien de toezichthoudende ambtenaar ter plaatse niet kan uitsluiten dat een verzameling digitale data (naast gegevens die binnen de reikwijdte vallen) gegevens bevat die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen, dan verzamelt hij die in een dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte'. Het onderzoeksobject kan na afloop van het onderzoek gemotiveerd aangeven welke gegevens op deze dataset buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen.

#### Na afloop van het onderzoek ter plaatse

Na afloop van het onderzoek ter plaatse verstrekt de toezichthoudende ambtenaar aan het onderzoeksobject een overzicht van de (herkomst van de) digitale gegevens die zich op de dataset 'origineel binnen de reikwijdte' en 'mogelijk buiten de reikwijdte' bevinden. Het onderzoeksobject ontvangt ook een kopie van de (bewerkte) datasets. Vervolgens stelt de toezichthoudende ambtenaar het onderzoeksobject in de gelegenheid binnen tien werkdagen gemotiveerd aan te geven welke digitale gegevens buiten de reikwijdte vallen.<sup>16</sup> Deze gelegenheid wordt alleen geboden voor de dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte'. Indien het onderzoeksobject claimt dat bepaalde digitale gegevens buiten de reikwijdte vallen, vergewist de toezichthoudende ambtenaar zich van de juistheid van deze claim. Het onderzoeksobject wordt in de gelegenheid gesteld daarbij aanwezig te zijn. Indien de toezichthoudende ambtenaar van oordeel is dat de claim terecht is, dan worden de desbetreffende digitale gegevens niet toegevoegd aan het onderzoeksdossier. Bij afwijzing van de claim stelt de toezichthoudende ambtenaar het onderzoeksobject schriftelijk in kennis en voegt hij vervolgens de desbetreffende digitale gegevens toe aan het onderzoeksdossier.<sup>17</sup>

15. De Werkwijze definieert een deelverzameling als een 'afgebakende verzameling van (analoge of digitale) gegevens en bescheiden die deel uitmaakt van een grotere verzameling' (zie art. 1 lid 8 Werkwijze). Een voorbeeld van een deelverzameling is volgens Van Heyningen en Schueler (NMa) een submap in een *inbox* van een medewerker van het onderzoeksobject met de naam die gebruikt wordt ter aanduiding van de onderzochte gedraging.

16. Art. 6 lid 3 Werkwijze. In het consultatiedocument werd een termijn van vijf dagen aangehouden, maar deze is verlengd n.a.v. de opmerkingen van verschillende partijen in de consultatie (waaronder de Vereniging voor Mededingingsrecht).

17. Art. 6 lid 7 Werkwijze.

#### Procedure ten aanzien van geprivilegieerde gegevens

De procedure die de Werkwijze voorschrijft ten aanzien van geprivilegieerde gegevens is op hoofdlijnen gelijk aan de procedure die de NMa hanteerde op basis van de Digitale Werkwijze.<sup>18</sup> Tijdens het onderzoek ter plaatse worden gegevens die de toezichthoudende ambtenaar beschouwt als geprivilegieerd niet gekopieerd.<sup>19</sup> Indien het onderzoeksobject claimt dat bepaalde gegevens geprivilegieerd zijn, dan kan de toezichthoudende ambtenaar zich van de juistheid van deze claim vergewissen door deze gegevens ter plaatse vluchtig in te zien (tenzij het vluchtig inzien het geprivilegieerde karakter van het document schaadt).<sup>20</sup> Indien de toezichthoudende ambtenaar niet overtuigd is van het geprivilegieerde karakter van gegevens, terwijl het onderzoeksobject volhardt in zijn claim, dan neemt de toezichthoudende ambtenaar de gegevens mee in een verzegelde enveloppe die zo spoedig mogelijk aan de functionaris verschoningsrecht (hierna: de functionaris) wordt overhandigd. De functionaris is een door de (Raad van Bestuur van de) NMa aangewezen persoon die niet als toezichthoudende ambtenaar bij het desbetreffende onderzoek betrokken is of zal zijn. Deze functionaris toetst het geprivilegieerde karakter van de als zodanig geclaimde gegevens nadat het onderzoeksobject zijn claim schriftelijk heeft gemotiveerd.<sup>21</sup> Indien de functionaris oordeelt dat de claim terecht is, dan worden de gegevens vernietigd of geretourneerd. Indien de functionaris van oordeel is dat de claim niet terecht is, dan wordt het onderzoeksobject opnieuw in de gelegenheid gesteld zijn claim nader te motiveren. Blijft de functionaris na deze nadere motivering van oordeel dat de claim niet terecht is, dan wordt het onderzoeksobject hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld en worden de betreffende gegevens niet eerder dan vijf werkdagen na verzending van deze kennisgeving toegevoegd aan het onderzoeksdossier.<sup>22</sup>

## Kanttekeningen bij de Werkwijze

Vooropgesteld moet worden dat de publicatie van de Werkwijze een welkome ontwikkeling is met het oog op de rechtszekerheid. De uitspraak in de zaak *Fortis/Allianz* creëerde immers onzekerheid over de procedure die de NMa zou moeten hanteren bij bedrijfsbezoeken. Binnen de ECN (*European Competition Network*) is de NMa nog steeds de enige autoriteit die een uitgebreid

18. Vgl. art. 6 Digitale Werkwijze

19. Art. 4 lid 1 Werkwijze.

20. Art. 4 lid 2 en 4 Werkwijze.

21. Het onderzoeksobject ontvangt hiervoor een uitnodiging van de functionaris, waarna hij binnen tien werkdagen zijn motivering moet indienen. Zie art. 7 lid 2 Werkwijze. Deze procedure zal de NMa eveneens toepassen op (analoge of digitale) gegevens en bescheiden die de NMa vordert op grond van art. 5:16 Awb in andere situaties dan tijdens een onderzoek ter plaatse.

22. Art. 7 lid 7 Werkwijze.

beleidsdocument heeft gepubliceerd over de procedure die wordt aangehouden bij onderzoeken naar analoge en digitale gegevens.<sup>23</sup> De NMa onderscheidt zich daarmee in positief opzicht van de andere mededingingsautoriteiten in de EU. Ook voor het consultatieproces dat heeft geleid tot de Werkwijze verdient de NMa een pluim. Bovendien kent de Werkwijze een aantal verbeteringen ten opzichte van de Digitale Werkwijze. Zo is het vanuit het oogpunt van stelselmatigheid en rechtszekerheid een goede ontwikkeling dat de Werkwijze van toepassing is op zowel digitale als papieren gegevens. Hetzelfde geldt voor de keuze om de Werkwijze niet langer enkel van toepassing te verklaren op onderzoeken krachtens de Mededingingswet, maar ook op onderzoeken krachtens andere wetten die aan de NMa handhavingbevoegdheden toekennen. Een andere grote verbetering heeft betrekking op de wijze van kopiëren van digitale gegevens. Op basis van de Digitale Werkwijze kon de toezichthoudende ambtenaar nog een *forensic image* maken van digitale gegevensdragers.<sup>24</sup> Deze bezwaarlijke praktijk, waarbij de toezichthoudende ambtenaar volledige harde schijven kon kopiëren, is vervangen door een methode van digitale zoekvragen.

Toch is de vraag of de Werkwijze met deze aanpassing voldoende effectieve waarborgen biedt tegen *fishing expeditions*. Ook zijn de zorgen dat de procedure die de Werkwijze aanhoudt voor de beoordeling van geprivilegieerde gegevens in strijd is met de Mededingingswet niet weggenomen. Deze twee vraagstukken komen hieraan aan de orde.

### Is de Werkwijze verenigbaar met artikel 5:13 Awb?

De wetgever heeft de toezichthoudende ambtenaren een aantal bevoegdheden gegeven (1) ter uitvoering van het toezicht op de naleving van de Mededingingswet en (2) ter opsporing van overtredingen van de Mededin-

gingswet.<sup>25</sup> Zo mogen de toezichthoudende ambtenaren ingevolge de artikelen 5:15 en 5:17 Awb, zonder een redelijk vermoeden van een overtreding op de Mededingingswet, zonder *ex ante* toetsing door een rechter en zonder toestemming van het onderzoeksobject, elke plaats betreden om aldaar onderzoek te doen in zakelijke gegevens en bescheiden (met uitzondering van een woning).<sup>26</sup> De wetgever heeft tegelijkertijd wel grenzen gesteld aan de uitvoering van de bevoegdheden van de toezichthoudende ambtenaren. Hun handelwijze wordt begrensd door het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 5:13 Awb op grond waarvan een toezichthoudende ambtenaar slechts gebruik mag maken van zijn bevoegdheden 'voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is'. Deze open norm waarborgt dat de toezichthoudende ambtenaren geen inlichtingen vorderen van personen die niet betrokken zijn bij het onderzoek of geen inzage wordt gevorderd van bescheiden die geen verband houden met het onderzoek. Het is de toezichthoudende ambtenaren dus uitdrukkelijk niet toegestaan om een buitensporige zoektocht naar bewijs van een willekeurige overtreding van de Mededingingswet (een *fishing expedition*) uit te voeren. In de praktijk blijkt de lijn tussen een rechtmatig onderzoek naar een overtreding van de Mededingingswet en *fishing expedition* dun. Dat betekent dat de toezichthoudende ambtenaren zeer bedachtzaam moeten opereren tijdens een (bedrijfs)inspectie.

Bij ons bestaan twijfels of de Werkwijze de toets van artikel 5:13 Awb met succes kan doorstaan, vooral wat betreft het onderzoek ter plaatse naar digitale informatie. Alvorens wij deze twijfels bespreken, staan wij hierna eerst stil bij de cruciale rol die de beschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek in de praktijk speelt bij de beantwoording van die vraag.

23. De procedure die de Europese Commissie hanteert bij bedrijfsinspecties is op hoofdlijnen beschreven in de *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*. Dit document stelt dat de Europese Commissie gebruik kan maken van zoektermen bij het onderzoek naar digitale bestanden en van software die verwijderde bestanden zichtbaar maakt (zie randnr. 10). Daarnaast kan de Europese Commissie een integrale kopie maken van de harde schijf indien dit noodzakelijk is om bestanden veilig te stellen (zie randnr. 11). Andere mededingingsautoriteiten binnen de EU, waaronder de Office of Fair Trading, hebben slechts algemene richtlijnen gepubliceerd over (bedrijfs)inspecties (zie o.a. de *OFT guidelines on powers of investigation* (2004)). Hierin wordt echter niet beschreven welke procedure de autoriteit volgt bij het onderzoek naar digitale bestanden en welke waarborgen het onderzoeksobject heeft in het kader van een dergelijk onderzoek.
24. Het betreft een integrale kopie van een opslagmedium, bijvoorbeeld een harde schijf van een computer of van een mobiele telefoon, waardoor tevens inzage kon worden verkregen in de digitale gegevens waartoe de gebruiker geen toegang meer had, zoals verwijderde bestanden.

25. In de Mededingingswet wordt een onderscheid gemaakt tussen toezicht en onderzoek. Ofschoon de Mededingingswet zelf geen definitie bevat van het begrip toezicht blijkt uit de Memorie van Toelichting dat onder toezicht moet worden verstaan controle op de naleving van de Mededingingswet zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete opsporing van mogelijke overtredingen van de Mededingingswet. Onderzoek is gedefinieerd in art. 1 sub k Mededingingswet als 'handelingen die worden verricht met het oog op vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan'. Als de NMa een onderzoek start, dan is niet vanzelfsprekend sprake van een redelijk vermoeden dat een overtreding is gepleegd. Het onderzoek is veelal gericht om daarover een mening te vormen.
26. Op basis van de Awb en de Mededingingswet is voor bedrijfsinspecties door toezichthoudende ambtenaren geen voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris. Dit in tegenstelling tot het betreden of doorzoeken van woningen in de zin van art. 55 lid 1 Mededingingswet. Verwezen wordt naar art. 55a Mededingingswet en verder. De NMa voert haar onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb dan ook uit zonder rechterlijk verlof. Dat is evenwel niet zonder controverse. In de literatuur wordt door meerdere auteurs bepleit dat het ontbreken van een *ex ante* rechterlijke toetsing problematisch kan zijn in het licht van art. 8 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak, waaronder het arrest van het EHRM in de zaak *Colas Est* (EHRM 16 april 2002, *ECHR Reports* 2002-III en het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Roquette Frères* (HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011). In dit artikel zullen wij dit vraagstuk niet behandelen. Wij verwijzen voor een uiteenzetting van deze problematiek naar het recente lezenswaardige artikel van W. Geurtsen, 'Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vóóraf, uitsluiting van bewijs én schadevergoeding', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 131-134.

### Een nauwkeurige beschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek is noodzakelijk

Aan de hand van de beschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek – welke bij de start van het onderzoek wordt overhandigd – wordt bepaald welke gegevens binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De grens tussen een rechtmatig onderzoek en een *fishing expedition* wordt derhalve bewaakt door de beschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek. Wanneer het doel en voorwerp ruim worden beschreven, bijvoorbeeld ‘inbreuken op artikel 6 Mededingingswet bestaande uit prijs- en marktverdelingsafspraken in sector X gedurende 1998–2010’, verhoogt dat het risico op en de vrees voor *fishing expeditions*, met name bij het verzamelen van digitale gegevens. Digitale gegevens worden namelijk verzameld op basis van zoekvragen die rechtstreeks verband houden met het doel en voorwerp van het onderzoek.<sup>27</sup> Om *fishing expeditions* te voorkomen heeft de NMa derhalve de plicht om het doel en voorwerp van het onderzoek zo nauwkeurig mogelijk te beschrijven. Een nauwkeurige beschrijving biedt het onderzoeksobject bovendien een waarborg tegen misbruik van de bevoegdheden van de toezichthoudende ambtenaar. Dat geldt des te meer indien de NMa beschikt over een gedetailleerd clementieverzoek. In dat geval dient de beschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek naar onze mening minimaal de volgende informatie te bevatten: (1) de norm die mogelijk is geschonden; (2) de onderneming(en) die de norm mogelijk heeft (of hebben) geschonden; (3) de individuen die daarbij mogelijk betrokken zijn (geweest); (4) de sector of nog specifiek de producten/diensten waarop het onderzoek betrekking heeft; en (5) de periode waarop het onderzoek betrekking heeft.<sup>28</sup> De Werkwijze geeft echter geen norm of richtsnoeren over de mate van nauwkeurigheid van de beschrijving van het doel en voorwerp. De praktijk moet uitwijzen of de beschrijving voldoende nauwkeurig is om *fishing expeditions* te voorkomen.

### Het hanteren van zoekvragen is niet hetzelfde als gericht zoeken

De Werkwijze bepaalt dat gegevens die buiten de reikwijdte vallen niet langer mogen worden ingezien dan noodzakelijk om te bepalen of deze buiten de reikwijdte vallen.<sup>29</sup> Deze norm volgt uit de zaak *Fortis/Allianz*.<sup>30</sup> Bij het onderzoek in papieren bescheiden kan eenvoudig worden gecontroleerd of de toezichthoudende ambtenaar zich houdt aan deze norm. Dat ligt anders bij digi-

tale gegevens. Het onderzoek in de digitale omgeving van het onderzoeksobject wordt namelijk uitgevoerd aan de hand van zoekvragen bij doelwitpersonen. De zoekvragen worden geformuleerd aan de hand van gegevens uit het vooronderzoek en kunnen op basis van gegevens verkregen tijdens het onderzoek aangevuld worden. Elke *hit* wordt vervolgens automatisch, *i.e.* zonder individuele beoordeling, toegevoegd aan de dataset ‘origineel binnen de reikwijdte’. Deze verzamelmethode staat naar onze mening op gespannen voet met de plicht om afdoende selectief en gericht te zoeken teneinde te voorkomen dat gegevens worden gekopieerd die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Daardoor herbergt deze verzamelmethode op basis van rechtsvermoedens het reële risico dat een digitaal onderzoek uitmondt in een *fishing expedition*. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn wanneer de toezichthoudende ambtenaar gebruik maakt van algemene zoekvragen. Denk aan: kartel, NMa, afspraken, overeenkomst, compensatie, kortingsregeling, toeslag, samenwerking, coördinatie, prijsverhoging en overleg. Het is niet denkbeeldig dat dergelijke zoektermen veel *hits* opleveren waardoor de dataset ‘origineel binnen de reikwijdte’ grote hoeveelheden informatie bevat die in feite niets met het onderzoek te maken hebben. De NMa is zich er volgens Van Heyningen en Schueler van bewust dat de kwaliteit van de zoekvragen van cruciaal belang is voor de gerichtheid en daarmee de rechtmatigheid van het onderzoek.<sup>31</sup> Daarom moeten de gehanteerde zoekvragen ‘een zodanig verband [...] houden met het doel en voorwerp van het onderzoek dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een noemenswaardig deel van de treffers een bestand betreft dat relevant is voor het onderzoek’.<sup>32</sup> Niettegenstaande de goede bedoelingen van de NMa, blijft de principiële vraag of de handelwijze waarbij digitale gegevens automatisch als binnen de reikwijdte van het onderzoek worden gekwalificeerd en vervolgens gekopieerd, in overeenstemming is met artikel 5:17 Awb in samenhang met het evenredigheidsbeginsel. Wij wagen dat te betwijfelen, te meer nu voor het onderzoeksobject adequate waarborgen ontbreken om *fishing expeditions* te voorkomen.

### Aanvullende waarborgen zijn vereist m.b.t. dataset ‘origineel binnen de reikwijdte’

De Werkwijze voorziet niet, althans zeer beperkt, in een procedure die het onderzoeksobject de gelegenheid geeft om te verifiëren of de gegevens die de toezichthoudende ambtenaar op de dataset ‘origineel binnen de reikwijdte’ kopieert daadwerkelijk binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Zo ontvangt het onderzoeksobject officieel pas na afloop van het onderzoek ter plaatse de zoektermen, waardoor deze niet vooraf kan toetsen of de zoekvragen voldoende verband houden met het doel en

27. Art. 3 lid 4 Werkwijze.

28. De NMa lijkt zich daar ook van bewust te zijn. Zie M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, ‘Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 92-93.

29. Zie art. 3 lid 2 Werkwijze.

30. In de zaak *Fortis/Allianz* oordeelde de Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) dat de procedure die de NMa volgde bij het kopiëren van de e-mailboxen van *key players* en het overleggen van een ‘logboek’ niet uitsloot dat bestanden die niet binnen de reikwijdte van het onderzoek vielen ‘langer dan noodzakelijk door de NMa worden ingezien’ (zie Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 13 oktober 2009, LJN BH2647, r.o. 4.5).

31. M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, ‘Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 94.

32. M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, ‘Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 94.

voorwerp van het onderzoek en deze eventuele bezwaren niet tijdig kenbaar kan maken. Het onderzoeksobject kan in de praktijk mogelijk eerder kennis nemen van de zoekvragen wanneer vertegenwoordigers van het onderzoeksobject aanwezig zijn bij de digitale invoer van de zoekvragen door de toezichthoudende ambtenaar. Het onderzoeksobject heeft dan een zeer beperkt tijdsbestek om te beoordelen of de gehanteerde zoektermen geoorloofd zijn in het licht van het doel en voorwerp van het onderzoek. Daar komt bij dat onderzoeksobjecten in de praktijk veelal terughoudend zijn met het uiten van bezwaren tegen de handelwijze van een toezichthoudende ambtenaar, aangezien zij het risico op een (aanzienlijke) boete voor niet-medewerking zoveel mogelijk willen vermijden.

Daarnaast bepaalt de Werkwijze dat het onderzoeksobject uitsluitend gedurende het onderzoek ter plaatse bezwaar kan maken tegen het kopiëren van gegevens op de dataset 'origineel binnen de reikwijdte' (bijvoorbeeld omdat er geprivilegieerde gegevens zijn gekopieerd of gegevens die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen).<sup>33</sup> Evenals de Digitale Werkwijze laat de procedure in de Werkwijze daarmee 'onverlet dat [...], mede gelet op de hoeveelheid daarvan, gegevens worden gekopieerd die niet vallen binnen het doel en voorwerp van het onderzoek'.<sup>34</sup> De Werkwijze zal naar onze mening dan ook alleen in overeenstemming zijn met de evenredigheidstoets indien de toezichthoudende ambtenaar een (beperkte) hoeveelheid data kopieert die het onderzoeksobject ook daadwerkelijk kan verifiëren op relevantie tijdens het onderzoek ter plaatse.<sup>35</sup> Alleen dan kan het onderzoeksobject er immers op toezien 'dat gekopieerde gegevens die buiten het doel en onderwerp van het onderzoek vallen niet worden doorzocht'.<sup>36</sup>

De NMa had eenvoudig tegemoet kunnen komen aan dit bezwaar door het onderzoeksobject in de gelegenheid te stellen om, na het onderzoek ter plaatse, aanwezig te zijn bij het onderzoek van de niet gecontroleerde gege-

vens door de toezichthoudende ambtenaar.<sup>37</sup> Dat zou ook in overeenstemming zijn met de vonnissen in de zaken *Fortis/Allianz* en *HBG*.<sup>38</sup> Een vergelijkbare procedure wordt gehanteerd door de Europese Commissie bij bedrijfsinspecties op basis van artikel 20 van Verordening (EG) nr. 1/2003.<sup>39</sup> Dat de NMa deze mogelijkheid niet heeft willen bieden aan het onderzoeksobject heeft te maken met de focus van de NMa op de effectiviteit van het onderzoek. Die focus miskent echter het fundamentele recht van het onderzoeksobject om te kunnen controleren of sprake is van een buitensporige zoektocht door de toezichthoudende ambtenaar. Daarmee gaat de NMa wat ons betreft weer in de fout. Bovendien ondermijnt die keuze voor effectiviteit het vertrouwen van het onderzoeksobject in het functioneren van de NMa, terwijl de NMa juist zo gebaat is bij dat vertrouwen. Bij het onderzoeksobject bestaat dikwijls de zorg dat de toezichthoudende ambtenaar op een buitensporige wijze op zoek gaat naar willekeurige overtredingen van het onderzoeksobject in de gekopieerde (digitale) gegevens. De NMa lijkt zich onvoldoende te realiseren dat deze zorg wordt gevoed door het feit dat de toezichthoudende ambtenaar op grond van de Werkwijze, zonder enig toezicht op zijn handelen, naar zijn eigen goeddunken onderzoek mag verrichten in de gekopieerde datasets.

#### De procedure met betrekking tot de dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte' is niet verenigbaar met artikel 5:17 jo.5:13 Awb

De dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte' bevat een verzameling digitale gegevens waarvan de toezichthoudende ambtenaar ter plaatse niet kan uitsluiten dat die verzameling gegevens bevat die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Na afloop van het onderzoek ter plaatse ontvangt het onderzoeksobject een kopie van deze dataset, waarna het onderzoeksobject binnen tien

33. In de toelichting op de Werkwijze stelt de NMa: 'Niettemin kan de vermoedelijke overtredende toezichthoudende ambtenaar tijdens het onderzoek ter plaatse op voorhand wijzen op de aanwezigheid van bepaalde privégegevens in de dataset "origineel binnen de reikwijdte". Indien de vermoedelijke overtredende dit noodzakelijk acht, kan zij de toezichthoudende ambtenaar gemotiveerd verzoeken deze gegevens niet aan de onderzoeksdata toe te voegen.'

34. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 oktober 2009, LJN BH2647, r.o. 4.5.

35. In de consultatieronde kwam naar voren dat digitale kopieën in de regel zeer omvangrijke digitale bestanden bevatten. In die gevallen zal het onderzoeksobject onvoldoende gelegenheid hebben om te toetsen of de gekopieerde gegevens daadwerkelijk relevant zijn in het licht van het doel en voorwerp van het onderzoek. Zie o.a. de reactie op het consultatiedocument van de Vereniging voor Mededingingsrecht, punten 3 en 4.

36. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 oktober 2009, LJN BH2647, r.o. 4.6.

37. De Werkwijze biedt deze mogelijkheid alleen voor gegevens op de dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte' (zie art. 6 lid 3 en 4 Werkwijze). Opmerkelijk is dat Van Heyningen en Schueler stellen dat het onderzoeksobject na afloop van het bedrijfsbezoek nog kan aangeven waarom zij het niet eens is met de kwalificatie 'binnen de reikwijdte' van de NMa. Daarmee wordt afgeweken van de procedure beschreven in de Werkwijze. De NMa zal vervolgens de kwalificatie van de desbetreffende gegevens opnieuw beoordelen. Niet duidelijk is of het onderzoeksobject daarbij aanwezig kan zijn. Zie M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 95.

38. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 april 2003, LJN AF7087, r.o. 4.13: 'Uit artikel 5:17 Awb vloeit verder – op zijn minst genomen – voort dat de NMa, zodra zij overgaat tot het gericht zoeken in de door haar vervaardigde "forensic images", HBG in de gelegenheid moet stellen dit onderzoek bij te wonen, dan wel, indien HBG van deze gelegenheid geen gebruik wenst te maken, haar op de hoogte moet stellen van de zoektermen die bij het onderzoek worden gebruikt. Met deze oplossing wordt HBG ook de mogelijkheid geboden om te beoordelen of zich op de "forensic images" privé-documenten en documenten waarop een "legal privilege" rust bevinden, en om, zo dit het geval is, de NMa te verzoeken deze documenten aan haar af te geven ook wanneer de NMa daartoe niet al uit eigen beweging zou overgaan.'

39. Zie randnr. 11 van de *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*.

werkdagen gemotiveerd moet aangeven welke digitale gegevens buiten de reikwijdte vallen. Maakt het onderzoeksobject geen gebruik van die mogelijkheid dan worden deze digitale gegevens aan het onderzoeksdossier toegevoegd. Met deze procedure keert de NMa de bewijslast om: niet de NMa, maar het onderzoeksobject moet gemotiveerd aantonen dat sprake is van gegevens die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Kortom, de NMa kopieert en het onderzoeksobject selecteert. Dit systeem is naar onze mening niet verenigbaar met artikel 5:17 Awb in samenhang met het evenredigheidsbeginsel.<sup>40</sup> De toezichthoudende ambtenaar heeft immers niet de bevoegdheid om gegevens te kopiëren die buiten de reikwijdte vallen, ook niet als die gegevens mogelijk buiten de reikwijdte vallen. Het evenredigheidsbeginsel schrijft voor dat de toezichthoudende ambtenaar zich er ter plaatse van moet vergewissen of sprake is van gegevens die binnen dan wel buiten de reikwijdte vallen. Doet hij dit niet, dan dient het onderzoeksobject uitgenodigd te worden om aanwezig te zijn bij het onderzoek ten kantore van de NMa, zodat erop kan worden toegezien dat niet relevante gegevens niet worden doorzocht.<sup>41</sup> Van het onderzoeksobject kan aldus niet worden verlangd dat het eerst gemotiveerd aangeeft waarom gegevens buiten de reikwijdte vallen, alvorens het wordt uitgenodigd om de claim te verifiëren.

Bovendien maakt de Werkwijze (alsook de toelichting daarbij) niet duidelijk in welke situaties een dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte' wordt gemaakt en welke gegevens daaraan kunnen worden toegevoegd. Deze lacune in de Werkwijze doet de controleerbaarheid van de handelwijze van de toezichthoudende ambtenaar geen goed. De toezichthoudende ambtenaar kan deze bevoegdheid gebruiken om een grote hoeveelheid (ondoorzoekbare en daarmee willekeurige) gegevens zonder enige inhoudelijke selectie te kopiëren.<sup>42</sup> De toezichthoudende ambtenaar wordt daarin in geen enkel opzicht geremd door de Werkwijze, zeker niet nu de bewijslast bij het onderzoeksobject wordt gelegd. Het behoeft geen toelichting dat de mogelijkheid tot het verzamelen van digitale gegevens op een dataset 'mogelijk

buiten de reikwijdte' het risico op een *fishing expedition* ten kantore van de NMa aanzienlijk vergroot.<sup>43</sup>

### De bescherming van geprivilegieerde gegevens is te gering

In de Digitale Werkwijze introduceerde de NMa de functionaris. De functionaris, een door de Raad aangewezen NMa-ambtenaar, kreeg de taak te beoordelen of een claim van het onderzoeksobject op het geprivilegieerde karakter van bepaalde gegevens of bescheiden al dan niet gerechtvaardigd is. De instelling van de functionaris als hoeder van het *legal privilege* in de zin van artikel 5:20 lid 2 Awb en artikel 51 Mededingingswet deed menig wenkbrauw fronsen.<sup>44</sup> De kritiek luidde dat de procedure in strijd zou zijn met artikel 51 Mededingingswet.<sup>45</sup> Bovendien viel te betwijfelen of de procedure met betrekking tot geprivilegieerde gegevens in lijn was met de procedure zoals voorgeschreven door het Gerecht in *Akzo*.<sup>46</sup> Toch vond de NMa het niet nodig om de procedure op dit punt ingrijpend te wijzigen. Ook in de Werkwijze is een prominente rol weggelegd voor de functionaris. In de toelichting bij het consultatiedocument geeft de NMa aan dat zij de procedure met de functionaris in stand heeft gehouden omdat deze procedure zeer efficiënt is en goed functioneert. In het naschrift schrijven Van Heyningen en Schueler nog dat de procedure met de functionaris in de praktijk regelmatig wordt gebruikt en dat deze voldoende waarborgen bevat voor onderzoeksobjecten.<sup>47</sup> De afgelopen drie jaar is volgens Van Heyningen en Schueler slechts een

40. Andere bezwaren tegen de omkering van de bewijslast zien op de tijdrovendheid van het interne onderzoek dat het onderzoeksobject moet uitvoeren en de hoge kosten ervan.

41. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 oktober 2009, LJN BH2647, r.o. 4.6.

42. Tijdens de consultatiebijeenkomst bleek dat de dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte' daar in feite ook voor bedoeld was.

43. Het is overigens onduidelijk hoe de NMa om zal gaan met clementieverzoeken waarin bewijsstukken worden verstrekt die de NMa heeft gekopieerd op de dataset 'mogelijk buiten de reikwijdte', maar die de NMa nog niet heeft geïdentificeerd als relevant bewijsstuk. Op basis van de Clementieregeling 2009 wordt het percentage boetevermindering bepaald aan de hand van o.a. de additionele waarde van dergelijke bewijsstukken voor het onderzoek van de NMa (zie art. 18 van de Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels). De NMa zou zich op het standpunt kunnen stellen dat, aangezien zij al beschikt over het bewijsstuk, dit bewijsstuk geen 'additionele waarden' heeft voor het onderzoek. Anderzijds kan worden gesteld dat, aangezien het onderzoeksobject de NMa eerder in kennis heeft gesteld van dit bewijsstuk, er wel degelijk sprake is van additionele waarde. In de praktijk zal de clementieverzoeker echter niet kunnen verifiëren wie eerder (actief) kennis heeft genomen van het stuk (de NMa of de clementieverzoeker).

44. Zie J.L. De Gou en W.A. Moerman, 'NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 37 en R. Elkerbout en M. Knapen, 'The IT Guidelines 2007 of the NMa: a Journey through the Land of the Blind', *E.C.L.R.* 2008, p. 540-545.

45. Op grond van art. 51 Mededingingswet is het de toezichthoudende ambtenaar niet toegestaan om inzage te vorderen in geprivilegieerde gegevens. Het gaat dan om 'geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat die is toegelaten tot de balie, die zich bij de onderneming bevinden, doch waarop, indien zij zich zouden bevinden bij de advocaat, artikel 5:20 Awb van toepassing zou zijn'.

46. GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros chemicals/ Commissie, Jur.* 2007, p. II-3523. Voor een nadere beschrijving van dit arrest zie J. Fanoy en H. Speyart, 'Akzo: capita selecta van het legal privilege', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, p. 214.

47. Zie ook M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren in de praktijk', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 93-94.

beperkt aantal keren bedreigd om geclaimde geprivilegieerde gegevens toe te voegen aan het onderzoeksdoossier. Er is kennelijk niet één partij geweest die het vervolgens nodig vond om een kort geding te starten ten einde dat te voorkomen.

Ten eerste geldt ook hier dat vanuit praktisch oogpunt begrip kan worden opgebracht voor de overwegingen van de NMa om de bestaande procedure in stand te houden. De procedure met de functionaris waarborgt in eerste instantie op efficiënte wijze (en zonder rechterlijke tussenkomst) dat geclaimde geprivilegieerde gegevens niet worden toegevoegd aan het onderzoeksdoossier. De procedure heeft in het verleden bovendien naar tevredenheid van partijen gefunctioneerd (aldus de NMa). Dit zijn voor de NMa wellicht goede argumenten om de procedure in tact te laten, maar zij hebben geen betrekking op de principiële onverenigbaarheid van de procedure met artikel 51 Mededingingswet. Anders gezegd, de argumenten van de NMa doen geenszins af aan het standpunt dat de procedure in strijd is met artikel 51 Mededingingswet. Immers, hoewel de functionaris niet actief betrokken is bij het onderzoek, is en blijft de functionaris een toezichthoudende ambtenaar van de NMa in de zin van artikel 50 Mededingingswet.<sup>48</sup> Artikel 51 Mededingingswet beschermt het onderzoeksobject juist tegen inzage van geprivilegieerde gegevens door toezichthoudende ambtenaren in de zin van artikel 50 Mededingingswet. Vanwege zijn dienstbetrekking bij de NMa heeft de functionaris de schijn tegen. De NMa is overigens ook de enige (bij ons bekende) toezichthouder met een functionaris verschoningsrecht, althans een speciaal aangewezen ambtenaar die een eindoordeel kan vellen over de geprivilegieerde aard van gegevens.

De NMa lijkt zich te realiseren dat de procedure op gespannen voet staat met artikel 51 Mededingingswet maar wil om pragmatische redenen toch verder op de ingeslagen weg. Daarmee begeeft de NMa zich wederom op glad ijs. Zoals de NMa zelf erkent, valt of staat de procedure met het vertrouwen van het onderzoeksobject en zijn advocaten in de onafhankelijkheid van de functionaris.<sup>49</sup> De vraag is of de NMa zich voldoende realiseert dat dat vertrouwen broos is. Het is voorts onduidelijk wat er gebeurt als het vertrouwen in de functionaris wordt weggeslagen. De Werkwijze voorziet niet in een andere procedure.

De NMa heeft een kans laten liggen om het vertrouwen in de functionaris te laten toenemen. In de toelichting bij de Werkwijze verduidelijkt de NMa dat de geclaimde geprivilegieerde gegevens alsmede de daarover gevoerde correspondentie bewaard worden op een voor de zaakbehandelaren niet toegankelijk it-netwerk. Bovendien is de it-specialist die betrokken is bij de behandeling van de geclaimde geprivilegieerde gegevens niet betrokken bij de overige digitale aspecten van het

onderzoek. De NMa had er echter beter aan gedaan als zij het vertrouwen in de functionaris had geïnstitutionaliseerd. Dit had de NMa kunnen doen door (1) de scheiding tussen de functionaris en de toezichthoudende ambtenaren die betrokken zijn bij de opsporing wettelijk te verankeren, bijvoorbeeld in het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 en (2) nadere voorschriften op te stellen met betrekking tot de handelwijze van de functionaris die de schijn van partijdigheid nog verder kunnen wegnemen.

Tot slot zijn wij van mening dat er sprake is van een te zware motiveringsplicht voor het claimen van *legal privilege*. Het onderzoeksobject moet in eerste instantie richting de toezichthoudende ambtenaar afdoende motiveren dat sprake is van geprivilegieerde gegevens om dat vervolgens nog een keer te motiveren en mogelijk nader toe te lichten richting de functionaris.<sup>50</sup> Deze bewijsstandaard heeft het risico het verschoningsrecht uit te hollen en verhoudt zich slecht tot de overwegingen van het Gerecht in de zaak *Akzo*<sup>51</sup> en de vaste rechtspraak van de Hoge Raad aangaande de motivering van een beroep op het verschoningsrecht.<sup>52</sup> Volgens Van Heyningen en Schueler bindt het *Akzo*-arrest de NMa echter niet.<sup>53</sup> Nog los van de vraag of dat standpunt juist is, is het een opmerkelijk standpunt. In de toelichting bij het consultatiedocument stelt de NMa namelijk dat juist dat arrest de aanleiding vormde om de functionaris in te stellen.

## Slotopmerkingen

Ondanks dat de Werkwijze een aantal aanvullende waarborgen introduceert voor het onderzoeksobject, biedt de

48. Zie ook art. 23 van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (*Stcr.* 2009, 14819, gewijzigd bij *Stcr.* 2010, 9370).

49. Zie de toelichting bij het consultatiedocument, p. 3: 'De NMa realiseert zich dat het vertrouwen van marktpartijen in de functionaris en gehanteerde procedure daarbij cruciaal is'.

50. Zie art. 4 lid 5 jo. art. 7 Werkwijze.

51. Op grond van het *Akzo*-arrest heeft een onderzoeksobject het recht om inzage te weigeren in geprivilegieerde documenten indien het van mening is dat een beknopt onderzoek onmogelijk is zonder de inhoud van die documenten te onthullen en het de functionarissen van de Commissie hiervoor redenen geeft. De Commissie kan dan indien zij niettemin twijfels heeft over het geprivilegieerde karakter de desbetreffende documenten in een verzegelde envelop doen en die meenemen. Hoe dan ook heeft de Commissie niet het recht kennis te nemen van de desbetreffende documenten voordat zij een beschikking heeft vastgesteld op basis waarvan de betrokken onderneming naar behoren beroep kan instellen bij het Gerecht en eventueel bij de kortgedingrechter. Zie GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros chemicals/Commissie*, *Jur.* 2007, p. II-3523, punten 79-89.

52. HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 315, punt 3.3: 'De aard van de hier aan de orde zijnde bevoegdheid tot verschoning brengt echter mede dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde persoon. Wanneer deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven of geschriften die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan gediend hebben en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel er over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.'

53. Zie ook M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analoog en digitaal onderzoeken in de praktijk', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 95. Deze stelling wordt opvallenderwijs niet nader onderbouwd.



procedure naar onze mening onvoldoende bescherming tegen het kopiëren van grote hoeveelheden gegevens die niet vallen binnen het doel en voorwerp van het onderzoek en de doorzoeking daarvan door de toezichthoudende ambtenaar.

De NMa motiveert de keuzes die zij heeft gemaakt in de Werkwijze door te wijzen op het verschil tussen digitaal en analogo onderzoek.<sup>54</sup> De hoeveelheid te onderzoeken digitale gegevens is doorgaans vele malen groter dan de hoeveelheid te onderzoeken papieren bescheiden. Vanwege dit verschil in omvang dient het onderzoek in digitale gegevens op een andere wijze, *i.e.* met zoekvragen, te geschieden in plaats van door middel van een afzonderlijke beoordeling van elk bestand. Dit argument toont het belang dat de NMa hecht aan de effectiviteit van het onderzoek. Hoewel er een evident onderscheid bestaat tussen papieren en digitaal materiaal, betwijfelen wij of de rechter het belang van effectiviteit ook zo zwaar zal laten wegen in zijn toetsing van de rechtmatigheid van de procedures in de Werkwijze. De eerdere vonnissen in *HBG*<sup>55</sup> en *Fortis/Allianz* bevestigen dat het belang van naleving van rechtsbeschermende normen dient te prevaleren boven de effectiviteit van de opsporing. Die rechtsbeschermende normen, *i.e.* de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarvan artikel 5:13 Awb een species is, zijn techniekneutraal. De toezichthoudende ambtenaar heeft daarom naar onze mening de plicht om gericht en ter plekke te zoeken ongeacht de omgeving waarin hij/zij zoekt.

Tot slot kan – naast het risico op een *fishing expedition* door de NMa – worden gewezen op het risico dat gekopieerde informatie wordt gebruikt voor de handhaving van andere (aanpalende) wetgeving. Indien de NMa bijvoorbeeld op ‘bijvangst’ stuit waaruit blijkt dat het onderzoeksobject in strijd heeft gehandeld met wetgeving die dient ter bescherming van de belangen van de consument, is de NMa verplicht om deze informatie te delen met de Consumentenautoriteit.<sup>56</sup> Ingeval van een intracommunautaire inbreuk op dergelijke wetgeving, moet deze informatie onverwijld naar andere relevante lidstaten en de Commissie worden doorgestuurd.<sup>57</sup> Voorts bestaat de mogelijkheid voor de NMa om informatie uit te wisselen met de Belastingdienst en de Nederlandse Zorgautoriteit.<sup>58</sup> Het risico op dergelijke *spillover effects* onderstreept het belang van een procedu-

re waarin het onderzoeksobject effectief kan verifiëren dat alleen gegevens worden gekopieerd die relevant zijn voor het NMa onderzoek.

54. M.J. van Heyningen en M.A. Schueler, 'Naschrift: Toepassing van de Werkwijze NMa analogo en digitaal rechercheren in de praktijk', *Actualliteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 93.

55. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 april 2003, LJN AF7087.

56. Art. 10 van het Samenwerkingsprotocol Consumentenautoriteit – Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Stcrt.* 2010, 9400.

57. Art. 7 van Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming van 27 oktober 2004, Pb. EU 2004, L 364/1-11.

58. Art. 13 van het Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang van 10 oktober 2006 (beschikbaar op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)) en art. 1 van het Convenant inzake informatie-uitwisseling tussen de Belastingdienst en de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 4 juli 2007, *Stcrt.* 2007, 126.