



## HBG Civiel B.V. en Hattum & Blankevoort B.V. vs de Staat der Nederlanden (d-g NMa)

HBG Civiel B.V. tegen de Staat der Nederlanden (d-g NMa), Zaak KG 03/342

Voorzieningenrechter, Rechtbank Den Haag, 9 april 2003; en Hattum & Blankevoort B.V. tegen de Staat der Nederlanden (d-g NMa), Zaak KG 03/341

Voorzieningenrechter, Rechtbank Den Haag, 9 april 2003  
Artikel 5:17 Awb. Digitale verificatiebevoegdheden NMa. (m.nt. mr I.W. VerLoren van Themaat en mr F.M. Versteeg<sup>1</sup>)

Beide uitspraken betreffen onder andere de bevoegdheid van de NMa een “forensic image” te nemen. De NMa heeft daaropvolgend op 6 juni haar werkwijze met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden (hierna “de Werkwijze”) vastgelegd en op 11 juni gepubliceerd in de Staatscourant.<sup>2</sup> Een forensic image is in deze Werkwijze gedefinieerd als “een integrale kopie van een digitaal opslagmedium, waardoor tevens inzage kan worden verkregen in de digitale bestanden waartoe de gebruiker geen toegang (meer) heeft (zoals verwijderde bestanden), de historie van bestanden (bijvoorbeeld eerdere versies) en de digitale omgeving van bestanden (bijvoorbeeld de status daarvan)”.<sup>3</sup>

### Feiten en vordering

De twee procedures zijn aangespannen door respectievelijk HBG Civiel B.V. (HBG) en Van Hattum & Blankevoort B.V. (Van Hattum). Beide ondernemingen zijn actief in de civiele beton- en wegenbouw. Aangezien beide zaken nagenoeg identiek zijn, nemen wij de procedure HBG tegen de d-g NMa als uitgangspunt

In het kader van een algemeen onderzoek naar schendingen van de Mededingingswet door ondernemingen in de civiele beton- en wegenbouw, deed de NMa op 19 en 20 maart onaangekondigde invallen bij een tiental ondernemingen, waaronder HBG en Van Hattum. Het onderzoek richtte zich, volgens de mededeling bij het binnentreden van de NMa op “inbreuken op artikel 6 Mededingingswet bestaande

in prijs- of marktverdelingsafspraken in de civiele beton- en wegenbouw”. In eerste instantie weigerde HBG mee te werken. Nadat de NMa dreigde de sterke arm in te schakelen, besloot HBG toch medewerking te verlenen aan het onderzoek.<sup>4</sup> De NMa onderzocht daarop de werkkamers van een aantal directieleden en deed onderzoek in de centrale archief-ruimte. Hierbij werden niet alleen kasten, laden en andere bergplaatsen geopend en werden kopieën gemaakt van aldaar aangetroffen schriftelijke documenten, maar tevens werden kopieën gemaakt van e-mailboxen en diskettes. Bovendien werden zogenaamde forensic images genomen van harde schijven van computers. De gegevens en forensic images werden vervolgens meegenomen naar de kantoren van de NMa. Hiertegen werd door HBG beroep aangetekend bij de voorzieningenrechter bij de Rechtbank 's-Gravenhage.

In het geding werd primair gevorderd dat alle gemaakte kopieën van gegevensbestanden en bescheiden in de originele versie zouden worden geretourneerd en daarvan ook geen kopieën, in welke vorm dan ook, achter zouden worden gehouden en bovendien dat de Staat zich zou onthouden van ieder gebruik van informatie die op de bestanden en in de bescheiden is aangetroffen. Subsidiair eiste HBG dat alle elektronische gegevensdragers met HASH-codes<sup>5</sup> in originele versie zouden worden geretourneerd en daarvan ook geen kopieën, in welke vorm dan ook, achter zouden worden gehouden en zich te onthouden van ieder gebruik van informatie die op de bestanden is aangetroffen.

1 De auteurs danken Gerben Schreurs, IT consultant bij KPMG, voor diens technisch commentaar op een eerder concept. Deze eindversie valt geheel onder verantwoordelijkheid van de auteurs.

2 Stcrt. 11 juni 2003, nr. 109, p. 30.

3 De Werkwijze spreekt van een “Forensische image”, hetgeen een merkwaardige combinatie van talen inhoudt.

4 Van Hattum weigerde daadwerkelijk mee te werken en pas nadat de sterke arm was ingeschakeld, verleende zij alsnog, onder protest, medewerking aan het onderzoek.

5 Hiermee wordt bedoeld de HASH-waarde, hetgeen in de Werkwijze is gedefinieerd als de “unieke waarde, welke algoritmisch wordt berekend over digitale kopieën en forensische images. Aan de hand van deze unieke waarde kan de authenticiteit van digitale kopieën en forensische images achteraf worden gecontroleerd.”

HBG baseerde haar vorderingen op het feit dat de NMa onrechtmatig handelde door allereerst het doel en de omvang van het onderzoek bij binnentreden onvoldoende te specificeren; dat het onderzoek ongericht was waardoor sprake was van “doorzoeken” en niet van “onderzoeken”, getuige het maken van forensic images van harde schijven van computers. Tevens werd de afwezigheid van een rechterlijke machtiging voor het optreden van de NMa aangevoerd als een verdere grond voor de onrechtmatigheid van het optreden van de NMa.

### Beoordeling door de voorzieningenrechter

Na in de eerste overwegingen zijn bevoegdheid en HBG's spoedeisend belang bij het geding te hebben vastgesteld, stelde de voorzieningenrechter dat dit niet wegneemt dat de vorderingen van HBG terughoudend moeten worden beoordeeld:

*(ov. 4.3) [...] “De consequenties van toewijzing van de vordering zijn immers ingrijpend en onomkeerbaar in deze zin dat – indien een toewijzend vonnis in dit kort geding later, in hoger beroep of in een eventuele civiele bodemprocedure, wordt vernietigd of terzijde wordt gesteld – het onderzoek van de NMa in de bouwwereld naar kartels, prijsafspraken en andere vormen van vooroverleg bij aanbestedingen in het algemeen en het onderzoek bij HBG in het bijzonder, hoogstwaarschijnlijk onherstelbare schade zal hebben opgelopen. Hier komt bij dat het oordeel ten gronde uiteindelijk aan de bestuursrechter is. [...]*

*(ov. 4.4) Deze terughoudendheid betekent niet dat toewijzing van de vordering onmogelijk is. Voor honorering daarvan is echter wel vereist dat buiten redelijke twijfel is dat de Staat (meer in het bijzonder de NMa) onrechtmatig heeft gehandeld jegens HBG en (dus) ook dat de bestuursrechter in een eventueel later stadium tot een dergelijk oordeel zal komen.”*

Vervolgens werd het eerste inhoudelijke argument behandeld, namelijk dat de NMa onrechtmatig handelde jegens HBG door ongericht plaatsen en zaken te “doorzoeken”, in plaats van deze te “onderzoeken”. Ten aanzien hiervan stelt de voorzieningenrechter:

*(ov. 4.6) “Hoewel de grens tussen onderzoeken in het kader van toezicht enerzijds en doorzoeken (zoals dat gebeurt in het strafrecht) anderzijds niet altijd scherp is te trekken, kan in dit geval niet met de hier vereiste hoge mate van aannemelijkheid worden gezegd dat de ambtenaren van de NMa op dit punt buiten de grenzen van de Awb en/of het EVRM zijn getreden. [...]. “Doorzoeken” impliceert een alomvattendheid (volledigheid) en een bepaalde, mogelijk hoge, mate van willekeurigheid. Mede gelet op het door de ambtenaren van de NMa genoemde doel van het onderzoek, mag worden aangenomen dat zij kasten, laden en andere bergplaatsen hebben geopend omdat zij vermoedden dat zich*

*daar documenten bevonden die voor hun onderzoek van belang zouden kunnen zijn. Van een alomvattendheid of willekeurigheid als hiervoor bedoeld kan dus niet worden gesproken. De Staat heeft voorts verklaard, hetgeen door HBG niet is betwist, dat de ambtenaren van de NMa bij de aanvang van hun onderzoek hebben meegedeeld welke werkkamers zij voornemens waren te onderzoeken en op (de bescheiden van) welke werknemers van HBG het onderzoek zich zou gaan richten, zodat ook om die reden niet gezegd kan worden dat de ambtenaren van de NMa totaal “onggericht” te werk zijn gegaan. Bij een en ander is verder van belang dat de wetgever met de opneming van voornoemde artikelen in de Awb (5:15 e.v.) voor ogen moet hebben gestaan een in normale gevallen effectief middel voor een toezichthouder te creëren. Uitvoering van de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen en het onderzoeken daarvan op de beperkte en strikte wijze zoals HBG heeft bepleit zou tot gevolg hebben dat de onderzoeken van de NMa ook in normale gevallen, waarin documenten zijn opgeborgen in kasten, laden en andere bergplaatsen op werkkamers, veelal niet of nauwelijks resultaat opleveren.”*

Voor wat betreft de grief van HBG dat het doel en voorwerp van het onderzoek nader hadden dienen te worden gespecificeerd, stelt de voorzieningenrechter kortweg dat het niet onmiskenbaar onrechtmatig is dat het doel van het onderzoek op een algemene wijze werd omschreven. Daarbij wees hij op de functie van de NMa en het brede karakter van haar onderzoek in de bouwsector. Verder hield hij het ook voor “aannemelijk” dat, “indien de ambtenaren van de NMa meer gespecificeerd zouden opgeven welke gegevens en bescheiden zij willen inzien, het risico bestaat dat deze gegevens en bescheiden vooraf worden vernietigd of anderszins worden verwijderd” (ov. 4.7).

Ten aanzien van HBG's klachten over de onrechtmatigheid van het maken van forensic images onderscheidde de voorzieningenrechter drie punten. Ten eerste dat forensic images niet alleen toegang geven tot bestanden op een computer die voor de gebruiker van die computer nog toegankelijk zijn, maar ook tot bestanden waartoe de gebruiker geen toegang meer heeft, zoals reeds lang geleden verwijderde bestanden. Ten tweede wordt tevens de historie en de digitale omgeving van bestanden (bijvoorbeeld de status ervan) toegankelijk. Dit zijn gegevens die voor de gebruiker niet te raadplegen zijn. Ten derde kon niet worden uitgesloten dat zich op deze bestanden documenten bevonden die te gelden hadden als persoonlijke documenten en/of documenten waarop het legal privilege rust.

De voorzieningenrechter vervolgde met een ruime interpretatie te geven van artikel 5:17 Awb:

*(ov. 4.10) “Voorzover HBG heeft betoogd dat artikel 5:17 Awb, waarin de bevoegdheid van de toezichthouder is neergelegd om inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken, strikt moet worden uitgelegd en het op grond van dit artikel niet is toegestaan*

om kopieën van complete harde schijven van computers te vervaardigen, kan zij daarin niet worden gevolgd. In dit verband zij verwezen naar de memorie van toelichting bij artikel 5:17 Awb (Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 144), waarin is vermeld dat de term “gegevens” in dat artikel ook gegevens omvat die langs elektronische weg zijn vastgelegd. Daaronder kunnen in beginsel ook de door de NMa vervaardigde forensic images worden begrepen. Dit zijn op de keper beschouwd immers niets anders dan kopieën.

(ov. 4.11) Hierbij past wel een kanttekening. Door haar bezit van forensic images beschikt de NMa thans mede over gegevens die voor HBG niet (zonder meer) toegankelijk zijn. HGB heeft nog wel de beschikking over de harde schijven van de computers in kwestie, met daarop alle informatie die nu in de vorm van de forensic images bij de NMa berust, maar in dit kort geding moet ervan worden uitgegaan dat zij niet beschikt over de (technische) mogelijkheid om alle verwijderde gegevens of de totale digitale omgeving van aanwezige of verwijderde bestanden in te zien. Dit levert strijd op met de regel van artikel 5:17 Awb, waarin immers is neergelegd dat de toezichthouder van gegevens en bescheiden kopieën mag maken. Het begrip kopiëren impliceert dat degene wiens gegevens zijn gekopieerd, daarna over exact hetzelfde beschikt als de toezichthouder.”

Om tot een oplossing te komen voor het probleem dat de NMa informatie op de forensic image niet zou kunnen gebruiken in haar onderzoek, stelde de rechter de volgende handelswijze voor:

(ov. 4.13) “De Staat heeft zich [...] bereid verklaard om een kopie van de door haar vervaardigde forensic images aan HGB af te geven en de naam te noemen van de leverancier van de software waarmee het – onder meer – mogelijk is om forensic images in te zien. [...]. Het ligt wel op de weg van de Staat (NMa) om HGB de relevante informatie te verschaffen voor het verkrijgen van toegang tot de op de schijven aanwezige gegevens die zij thans niet kan raadplegen. 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, HGB in de gelegenheid moet stellen dit onderzoek bij te wonen, dan wel, indien HGB 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 HGB 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.”

Op basis hiervan werd het de NMa verboden de op de forensic images aangetroffen informatie te gebruiken wanneer niet aan deze voorwaarden is voldaan.

Het argument dat de NMa niet beschikte over een rechterlijke machtiging en hun optreden tevens daarom onrechtmatig was, wordt zonder veel omhaal van woorden verworpen, aangezien “de ambtenaren bij het onderzoek zijn gebleven binnen de grenzen van hetgeen in artikel 5:15 Awb is bepaald en dat artikel de eis van een rechterlijke machtiging niet stelt. Ook de overige grondslagen van de vordering leiden niet tot een ander oordeel. Aan de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende verplichtingen is in voldoende mate voldaan”, zo stelde de rechter.

## Commentaar

De HBG-uitspraak is eerder gepubliceerd in AM 2003, p. 86, m.nt. H.M.H Speyart en AB 2003, 199, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Speyart uit in zijn noot kritiek op de terughoudende beoordeling door de voorzieningenrechter van de vordering van HGB en de summiere behandeling van het “Colas-Est”-verweer. Beide annotatoren gaan voorts in op het spanningsveld tussen genoemde uitspraak en het wettelijk doorzoekingsverbod.

In dit commentaar willen wij ons beperken tot enkele opmerkingen omtrent de toelaatbaarheid van het maken van de forensic images in het kader van toezicht en onderzoek door de NMa.

Voorzover ons bekend, zijn dit de eerste Nederlandse uitspraken waarbij dit onderwerp aan de orde is gekomen. De uitspraken hebben inmiddels een vervolg gekregen in de vorm van de bekendmaking van de “Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden”.<sup>6</sup>

De juridische basis voor het kopiëren van gegevens en bescheiden is te vinden in artikel 5:17 Awb. Ingevolge het eerste lid van dit artikel is een toezichthouder “bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden”; ingevolge lid 2 is hij tevens bevoegd van deze “gegevens en bescheiden kopieën te maken”; ingevolge het derde lid mag de toezichthouder, indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, de gegevens voor dat doel voor korte tijd meenemen. Het staat op zichzelf buiten kijf dat met de term “gegevens” ook gegevens worden bedoeld die langs elektronische weg zijn vastgelegd<sup>7</sup>. De kanttekening die de voorzieningenrechter echter maakt bij het nemen van een forensic image (ov. 4.11) is dat vanwege het bijzonder karakter van een dergelijke volledige kopie van de harde schijf, de NMa mede over gegevens beschikt die voor HGB niet (zonder meer) toegankelijk zijn. HGB beschikt dus in wezen niet over hetzelfde materiaal als de NMa. Dit ontnam het materiaal het karakter van een “kopie”. Op grond hiervan werd de handelswijze van de NMa in strijd geacht met artikel 5:17 Awb. Daarnaast oordeelde de voorzieningenrechter (in ov. 13) dat uit artikel 5:17 op zijn minst genomen, voortvloeit dat de

<sup>6</sup> Zie voetnoot 2.

<sup>7</sup> Vergelijk Tekst&Commentaar Algemene Wet Bestuursrecht, bij art. 5:17, aant. 3).

NMa zodra zij overgaat tot het gericht zoeken in de door haar vervaardigde forensic images, HBG in de gelegenheid moet worden gesteld dit onderzoek bij te wonen. Vervolgens formuleerde de voorzieningenrechter richtsnoeren voor de NMa, om de onrechtmatigheid weg te nemen.

Hoewel de voorzieningenrechter hiermee een belangrijke correctie aanbracht op de onderzoeksmethode van de NMa, is dit oordeel naar onze smaak toch te terughoudend.

In de eerste plaats lijkt het nemen van forensic images tegen de wil van een onderneming op gespannen voet te staan met het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb.

De techniek staat er bovendien niet aan in de weg dat als de NMa toch per se een image zou willen maken, zij in het bijzijn van belanghebbende eerst een 'preview' doet waarbij ze, zonder te imagen, door middel van zoekcriteria vaststelt of bepaalde documenten voorkomen op een harde schijf. Daarmee kan enerzijds de relevantie van de opgeslagen gegevens worden bepaald en anderzijds de persoonlijke en geprivilegieerde gegevens van de schijf worden verwijderd, en kan men vervolgens alsnog besluiten om een image te maken. Dit wordt dan zowel gerechtvaardigd als gericht wanneer bepaalde specifieke zoekwoorden aangetroffen zijn. Gebruik van de preview-methode sluit evenwel nog steeds niet uit dat de NMa inzage kan krijgen in documenten die te gelden hebben als geprivilegieerd of vertrouwelijk en die zich, voor de oorspronkelijke gebruiker onzichtbaar, op de image bevinden.

Het maken en meenemen van een forensic image komt op hetzelfde neer als het inladen van een volledig archief van een onderneming of ondernemersvereniging, inclusief de prullenbakken van de afgelopen jaren, in de vrachtwagens van de NMa om deze vervolgens rustig ten kantore van de NMa uit te spitten. Zelfs het feit dat vertegenwoordigers van de betrokken onderneming wordt toegestaan om aanwezig te zijn bij het onderzoek doet hieraan niets af. Dit is gelijk aan het lijdzaam over de schouder meekijken van de NMa-ambtenaar wanneer hij het volledige archief aan het doorkammen zou zijn. Bovendien is het alarmerend en een teken aan de wand dat de NMa pas gehouden is de betrokken ondernemingen uit te nodigen ten kantore van de NMa op het moment dat zij overgaat tot gericht zoeken in de door haar vervaardigde forensic images. Voordat men gericht kan gaan zoeken in een forensic image dient men namelijk eerst voorbereidende handelingen te verrichten op de werkkopie van de image. Het blijkt uit het hiervoor besproken oordeel van de rechter op generlei wijze dat de onderneming of haar juridische adviseurs het recht zouden hebben aanwezig te zijn bij het voorbereiden van de informatie op het gerichte zoeken. Dit lijkt verder ook in strijd met het recht op juridische bijstand, ex artikel 2:1 Awb dat eenieder heeft wanneer men in contact treedt met een bestuursorgaan. De belangen van een onderneming zijn in het geding bij de bewerking van de forensic image door de NMa en de betrokken onderneming, of haar juridische adviseurs zouden bij iedere stap die de NMa neemt ter ontwikkeling van die gegevens aanwezig moeten kunnen zijn.

Opvallend is verder dat in de uitspraken geen aandacht is besteed aan de gebruiken en jurisprudentie in de ons omringende landen. De Europese Commissie neemt tot dusverre slechts kopieën van specifiek aangewezen digitale bestanden. Met de inwerkingtreding van de nieuwe verordening 1/2003 krijgt de Commissie weliswaar meer bevoegdheden, maar niet de specifieke mogelijkheid volledige databestanden mee te nemen, laat staan forensic images.

Illustratief in dit verband is een Duitse zaak over een onderzoek van de Europese Commissie in het kader van roamingovereenkomsten tussen mobiele operators.<sup>8</sup> De Commissie voerde een verificatie uit op de percelen van een mobiele operator op grond van artikel 14 van verordening 17. Deze bepaling geeft de personeelsleden van de Commissie de bevoegdheid tot het maken van afschriften van boeken en bescheiden, vergelijkbaar met artikel 5:17 Awb. Nadat de Commissie drie dagen lang kopieën had gemaakt en het weekend naderde zonder uitzicht op het klaren van de klus, wenste zij een cd-rom met Excel-datasheets en 39 ordners met reeds eerder uitgedraaide afschriften van informatie, mee te nemen. De onderneming weigerde deze echter af te geven, maar stelde voor de relevante documenten uit te printen, in een kast te leggen en deze te verzegelen en eventueel de daaropvolgende maandagmorgen verder te gaan, een werkwijze die gevolgd was gedurende de twee voorgaande dagen van het onderzoek. De Commissie ging hiermee niet akkoord waarop zij het Bundeskartellamt (Bka) om assistentie verzocht. Het Bka eiste de betreffende gegevensdragers, op grond van een machtiging van het Openbaar Ministerie op teneinde deze ter beschikking te stellen aan de Commissie. In het geding dat hierop volgde, stelde het Amtsgericht Bonn dat de betreffende mededingingsautoriteiten weliswaar de beoordelingsvrijheid hadden om te bepalen of bepaalde gegevens en bestanden relevant waren voor het onderzoek, maar gehouden waren zich ter plekke van de relevantie van de mee te nemen gegevens en bescheiden te vergewissen. Verder leidde de Duitse rechter uit de Hoehst-zaak<sup>9</sup> van het Hof van Justitie af dat er te allen tijde van de procedure een recht op juridische bijstand bestaat. De juridische adviseurs moeten de gelegenheid hebben om praktisch over de schouder van de betreffende ambtenaar mee te kijken of de bekeken documenten wel relevantie hebben voor het onderzoek, omdat anders de bescherming van rechten van verdediging niet voldoende gewaarborgd zijn (en een onderzoek makkelijk zou kunnen uitdraaien op een "fishing expedition"). Nu de betrokken ambtenaren een veelvoud aan documenten hadden opgeëist die nog niet ter plaatse op relevantie voor het onderzoek waren onderzocht, was de eis van de betrokken Bka en Commissie-ambtenaren onredelijk en werd het (Duitse) evenredigheidsbeginsel (Verhältnismässigkeitsgrundsatz) geschonden. Verder strekte deze handelswijze tot

<sup>8</sup> Amtsgericht Bonn, Beschluss von 13/08/2001 – 51 Gs 732/01 en Landesgericht Bonn, Beschluss von 5/09/2001 – 37 Qs 55/01.

<sup>9</sup> HvJ EG, 21 september 1989, zaak 46/87, Hoehst, Jur. 1989, p. 2859.

willekeur aangezien de ambtenaren de voorgaande avonden tijdens het onderzoek wel hadden ingestemd met de verzege-ling van ruimten en het op een veilige plaats opslaan van documenten. Het Landesgericht Bonn specificeerde ruim drie weken later dat de ratio van de eis om ter plaatse de relevan-tie van documenten te onderzoeken is gelegen in de moge-lijkheid om bij bepaalde documenten zich door middel van aanvullende mondelinge verklaringen te vergewissen van de relevantie van het document<sup>10</sup>. Wij benadrukken dat deze Duitse zaak nog geen betrekking had op het maken van een forensic image, maar enkel op het veel minder vergaande kopiëren van een groot databestand.

In een Noorse zaak in augustus 2000, waarin de Noorse mededingingsautoriteit een back-up tape had meegenomen van een computersysteem van een onderneming, stelde de plaatselijk rechter in Oslo dat zulk handelen onrechtmatig was omdat zulk een tape gegevens kon bevatten waarop het legal privilege berustte. De rechter vorderde dat de Noorse mededingingsautoriteit de tape aan de onderneming zou retourneren.<sup>11</sup>

Al met al lijken rechters in ons omringende landen vooralsnog meer oog te hebben voor de onevenredigheid van sommige digitale kopieermethoden dan de Nederlandse. Toegegeven, het blijft een constant laveren tussen Scylla en Charibdys van het toelaten van de noodzakelijke ruimte voor onderzoeksbevoegdheden van mededingingsautoriteiten en het waarborgen van de rechten van de betrokken onderneming. De NMa heeft voorlopig een (expliciet) weinig kritisch gehoor gevonden voor haar argument dat de noodzaak van de digitale onderzoeksbevoegdheden prevaleren en kan voorlopig haar ondoorgroondelijke digitale paden blijven bewandelen.

### De Werkwijze digitale gegevens en bescheiden van 6 juni van de NMa

De NMa heeft geen gras laten groeien over deze uit-spraak in kort geding en heeft de terughoudende opstelling van de voorzieningenrechter onmiddellijk willen codificeren. Nauwelijks twee maanden na de uitspraak heeft de NMa, op 6 juni 2003, de Werkwijze van de Nederlandse Mededingings-  
autoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digi-  
tale gegevens en bescheiden bekendgemaakt.<sup>12</sup>

Deze werkwijze geeft in een aantal stappen weer hoe de NMa omgaat met de aan artikel 5:17, eerste en tweede lid Awb ontleende bevoegdheden om digitale gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren. Het vangt aan met een lijst met definities van relevante begrippen. Vervolgens wordt gedetailleerd de procedure beschreven die de NMa denkt te kunnen volgen op basis van het hiervoor besproken oordeel van de voorzieningenrechter.

De NMa gaat uit van het beginsel dat zij zowel een forensic image als een digitale kopie van bestanden kan maken. In het tweede geval wordt de omgeving van het document niet mee gekopieerd. Bij de uitleg van de werk-wijze omtrent de forensic image wordt gesteld dat

*“het maken van een kopie van het gehele opslagmedium (inclusief omgeving) onder meer nodig [is] om (i) de onderdelen te kunnen relateren, en (ii) de eventuele op het opslagmedium verwijderde documenten terug te halen. Verder wordt gesteld dat in de regel geen forensic image zal worden gemaakt van een server, aangezien dit niet oppor-tuun zal zijn, gelet op het tijdsbeslag en gelet op het feit dat veel personen gebruik maken van de server.”<sup>13</sup>*

Ten aanzien van vertrouwelijke en geprivilegieerde stukken en privé-gegevens wordt gesteld dat het bij geprivi-legieerde gegevens in forensic images niet mogelijk is ter plaatse de betreffende bestanden te verwijderen, aangezien met het verwijderen van gegevens de digitale omgeving zou veranderen. De onderneming zal daarom in een later stadium worden uitgenodigd ten kantore van de NMa de handelingen bij te wonen waarmee de NMa de betreffende bestanden uit de werkkopieën verwijdert. Verder moet de onderneming die gebruik wil maken van de mogelijkheid genoemde handelin-gen bij te wonen, dit uiterlijk binnen één week na het bedrijfsbezoek schriftelijk kenbaar maken aan de NMa.

Na de inval wordt ten kantore van de NMa door de unit Informatie Management van alle forensic images en digitale kopieën een werkkopie gemaakt, waarna de originele forensic images en digitale kopieën in een kluis worden opgeborgen. Verder stelt de NMa dat ten aanzien van de originele forensic images en digitale kopieën uitsluitend beheerswerkzaamheden worden verricht om het instandhouden van de informa-tie te garanderen. De opgeslagen informatie blijft tijdens die beheerswerkzaamheden onaangeroerd. Vervolgens gaat men aan de slag om “data uit de werkkopie voor te bereiden” en “worden ten aanzien van gebruikersbestanden voorberei-dende werkzaamheden verricht” en geïndexeerd.

Vervolgens biedt de NMa de gelegenheid om ten aan-zien van geprivilegieerde en privé-gegevens, indien de onderneming binnen één week na het bedrijfsbezoek schrif-telijk aan de NMa kenbaar heeft gemaakt dat zij daar prijs op stelt, ten kantore van de NMa aan te geven welke documen-ten dergelijke gegevens bevatten. De onderneming kan ver-volgens aan de hand van een met de kennisgeving door de NMa meegezonden overzicht van toegankelijke bestanden aangeven om welke bestanden het gaat. Zij kan ook een lijst met concrete zoektermen verstrekken, waarmee de NMa geprivilegieerde gegevens en privé-gegevens moet kunnen identificeren. Indien gegevens worden verwijderd, zullen de onderzoeksdata opnieuw worden geïndexeerd. Daarmee wordt gegarandeerd dat de verwijderde data door digitale

10 Landesgericht Bonn, Beschluss von 5/09/2001 – 37 Qs 55/01, zoals gepa-rafraseerd in: Europeisches Wirtschaft und Steuerrecht [EWS], Heft 4/2002, Nationale Gerichte, p. 199.

11 P. Willis, Investigation and privilege: Orkem to phonetaps, IBC 9th Advanced EC Competition Law Conference Brussels, November 2002.

12 Zie voetnoot 2.

13 Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, van 6 juni 2003, 4 (c), p. 2.

technieken niet alsnog deel uitmaken van de onderzoeksdata. Vervolgens gaat de NMa daadwerkelijk tot actie over, nadat zij aan de onderneming een kennisgeving heeft gezonden dat haar de gelegenheid wordt geboden aanwezig te zijn bij gerichte zoekacties in het digitale materiaal, dan wel in beginsel binnen één week na de gerichte zoekacties een afschrift van de lijst met gehanteerde zoektermen kan worden ontvangen.

De werkwijze lijkt bedoeld te zijn als een beleidsregel in de zin van artikel 4:81 Awb. Op grond van dit artikel kan een bestuursorgaan beleidsregels vaststellen omtrent haar toekomende bevoegdheden. De vraag is echter of de NMa inderdaad de bevoegdheid heeft om forensic images te maken van harde schijven van computers en om haar IT-experts, buiten aanwezigheid van de onderneming, de werkkopie van de forensic image “voor te laten bereiden” op het in een later stadium gericht zoeken op belastende documenten. Vast staat dat een beleidsregel geen nieuwe bevoegdheden kan creëren. Een ander punt in dit verband is waar de NMa de bevoegdheid vandaan denkt te halen om zomaar aan de slag te gaan met de forensic image wanneer de onderneming niet binnen een week gehoor geeft aan de uitnodiging van de NMa om het onderzoek bij te wonen. Uit de artikelen 5:13 en 5:17 Awb volgt immers dat de belanghebbende op zijn minst het recht heeft aanwezig te zijn bij het maken van kopieën. Wat gebeurt er indien de onderneming niet binnen een week kan reageren? Verliest de onderneming dan haar rechten?

Verder is de verklaring van de NMa onbegrijpelijk (en onjuist) dat ter plekke van de onderneming verwijdering van de geprivilegieerde documenten onmogelijk is, maar ten kantore van de NMa wel. Het is voorzover ons bekend met de huidige stand van de techniek überhaupt technisch onmogelijk individuele bestanden uit een forensic image te verwijderen. Wanneer een image eenmaal is gemaakt blijft dit één volledig document. De NMa volstaat dus niet met het teruggeven van de vertrouwelijke documenten van de werkkopie, omdat ze simpelweg technisch achterblijven op de forensic image.

Met deze Werkwijze wordt op basis van een op zijn minst twijfelachtig kortgedingvonnis snel een apart regime gecreëerd voor digitale gegevensbestanden dat breekt met het bestaande regime voor papieren gegevensdragers. Het feit dat de NMa toegeeft dat het niet mogelijk is om ter plaatse de forensic image te controleren op geprivilegieerde en privégegevens is veelzeggend. Tot nog toe is het, zoals hiervoor beschreven, voor harde kopieën en afschriften een algemeen geaccepteerde regel dat deze stukken ter plaatse van het onderzoek op relevantie moeten worden getoetst. Niet valt in te zien waarom dit niet voor digitale kopieën zou moeten gelden.

Verder blijven een groot aantal vragen ten aanzien van de Werkwijze van de NMa op het punt van het nemen van forensic images onbeantwoord. Hoe zit het bijvoorbeeld met de intellectuele-eigendomsrechten op de meegekopieerde software? Niet alleen bestanden, maar ook alle aangetroffen (standaard en custom-made) programmatuur wordt immers

gekopieerd. Verder kunnen zich ook nog eens interessante vragen voordoen omtrent het recht op privacy van met name individuele werknemers.

In de Werkwijze wordt voorts niet gerept over de praktijk dat de NMa aan het eind van een onderzoek aan de onderneming vraagt op straffe van een boete van € 4.500 naar waarheid een verklaring te ondertekenen dat op geen van de meegenomen digitale bestanden zich paswoorden bevinden, die toegang tot het document zouden kunnen belemmeren. Bij forensic images van harde schijven waarop zich duizenden, zo niet miljoenen bestanden kunnen bevinden, is dit veel gevraagd. Dat geldt in het bijzonder nu de onderneming niet eens kan zien welke bestanden zich nog op deze schijf bevinden, of van wie deze afkomstig zijn.

De NMa lijkt met de Werkwijze alvast een voorschot te nemen op een mogelijke uitbreiding van haar wettelijke bevoegdheden. Het is eerder aan de wetgever dan aan de NMa zelve om ruimere bevoegdheden te formuleren, daarbij rekening houdend met een goede balans tussen de rechten van de betrokken ondernemingen en/of individuen en de effectieve opsporingsmogelijkheden van de NMa. De Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid waarschuwde reeds dat de nodige prudentie ten aanzien van de uitbreiding van bevoegdheden moet worden betracht en dat dit zorgvuldig moet worden afgewogen ten opzichte van de basisrechten van burgers.<sup>14</sup> Het lijkt nu aan de wetgever om, bijvoorbeeld in het kader van de aanpassing van de Mededingingswet, een en ander in een evenwichtiger kader te gieten.

## Conclusie

De NMa is de laatste tijd actiever dan ooit in het opsporen van kartels en lijkt haar verkiezing tot “grootste kartelkraker ter wereld” waar te willen maken.<sup>15</sup> Een kritische toetsing van deze toezichthouder is daarbij noodzakelijk. De terughoudende opstelling van de voorzieningenrechter in de HBG-zaak voor wat betreft de rechtmatigheids- en evenredigheidstoets van het optreden van de NMa is ongelukkig. De zorg dat een kritische toets een efficiënt en daarom doelmatig onderzoek van de NMa zou kunnen frustreren, is onterecht. De door de voorzieningenrechter in overweging 4.13 voorgestelde werkwijze, alhoewel dit de digitale speelruimte van de NMa enigszins inkadert, garandeert verder geenszins dat de NMa wordt weerhouden van een digitale fishing expedition. Het maken van een forensic image legt ook de digitale omgeving en de historie van het document bloot en is niet meer te vergelijken met de ouderwetse kopie of met een digitale kopie van een databestand, waaraan wordt gerefereerd in artikel 5:17 Awb. Wij kijken dan ook uit naar een bodemuitspraak waarin de rechter zich zal uitspreken over de omvang van de digitale opsporingsbevoegdheden van de NMa.

14 Eindrapport Enquête Bouwnijverheid, Tweede Kamer 2002-2003, 28244, nr. 5-6, p. 303.

15 Volkskrant, 18 juni 2003.