

Reactie van de

Adviescommissie Mededingingsrecht ("de Adviescommissie")

op de

"ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013"

Inleiding

Op 3 juli 2013 heeft de Autoriteit Consument & Markt ("**ACM**") twee nieuwe werkwijzen ter consultatie voorgelegd aan marktpartijen met de uitnodiging hier uiterlijk 20 augustus op te reageren. De werkwijzen betreffen:

- De 'ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013' en
- de 'ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013'.

De Adviescommissie Mededingingsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ("**de Adviescommissie**") wenst hierbij te reageren op de concept ACM Werkwijze geprivilegieerde gegevens 2013' ("**Werkwijze**"). De Werkwijze raakt namelijk zowel de grondwettelijk beschermde bijstand van een advocaat als de in het EVRM ge-waarborgde vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt. De in de Werkwijze gecreëerde mogelijkheid dat een ambtenaar van de ACM inzage krijgt in geprivilegieerde stukken staat op gespannen voet met deze fundamentele beginselen. Dat geldt in het bijzonder nu de voorgestelde inzage niet alleen mededingingsrechtelijke onderwerpen betreft, maar alle communicatie tussen advocaat en cliënt.

De Adviescommissie dringt er op aan dat de ACM de Werkwijze zodanig aanpast dat een beroep op het geprivilegieerde karakter van briefwisseling tussen advocaat en cliënt wordt getoetst door een onafhankelijke derde. Dat kan bijvoorbeeld de rechter-commissaris zijn, eventueel met hulp van de deken. Hierbij kan de *Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten* als voorbeeld dienen. De waarborgen van die aanwijzing gelden ook in geval van een doorzoeking bij een cliënt.¹

¹ Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strcr. 2011, 4981, ad. 3.

De Werkwijze

De voorgestelde Werkwijze omtrent de functionaris verschoningsrecht betreft één aspect van de bestaande Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren en komt daar in grote lijnen mee overeen.² De belangrijkste artikelen zijn de volgende.

Artikel 3 van de Werkwijze beschrijft de situatie dat een toezichthoudend ambtenaar bij een bedrijfsonderzoek aanleiding ziet tot directe inzage. Volgens lid 2 kan de toezichthoudend ambtenaar dan nagaan of de door betrokkene als geprivilegieerd geclaimde gegevens inderdaad geprivilegieerd zijn door deze gegevens vluchtig in te zien. Lid 3 en 4 geven aan dat gegevens aan de functionaris verschoningsrecht worden verstrekt als de betrokkene meent dat het vluchtig inzien al schadelijk is.

Artikel 4 beschrijft de situatie dat een toezichthoudend ambtenaar bij een bedrijfsonderzoek geen aanleiding ziet tot directe inzage. Dan wordt een betrokkene in de gelegenheid gesteld aan de functionaris verschoningsrecht aan te geven welke gegevens volgens hem geprivilegieerd zijn.

Artikel 5 beschrijft de werkwijze van de functionaris verschoningsrecht zelf. De kern daarvan is dat hij het (door de betrokkene) geclaimde geprivilegieerde karakter van de gegevens toetst.

Reactie Adviescommissie

Het primaire bezwaar van de Adviescommissie is dat een ambtenaar aan de zijde van de ACM, ongeacht diens formele onafhankelijkheid, inzage kan krijgen in geprivilegieerde gegevens. Een dergelijke inzage is in strijd met zowel art. 5:17 Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") jo. art. 51 Mededingingswet ("**Mw**"), als met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ("**EVRM**") en worden ook meer in het algemeen in brede kring als bezwaarlijk ervaren.³ De bezwaren van

² Regeling van 10 augustus 2010, stcrt. 12871.

³ *Akzo: Capita selecta van het Legal privilege*, Fanoy en HMHS in Actualiteiten Mededingingsrecht nr. 10, december 2007, p. 218: "Een en ander is niet in overeenstemming met het legal privilege, zoals dit instituut, "dat alle lidstaten gemeen hebben" volgens het gerecht, moet worden verstaan." Voorts: *NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error?*, De Gou en Moerman in Actualiteiten Mededingingsrecht 2008, nr. 2, maart 2008, p. 38: "Het is nog maar de vraag of de NMa de door het Gerecht in Akzo geformuleerde waarborgen ter bescherming van geprivilegieerde correspondentie, voldoende in acht neemt. (...) Zou de NMa de door het gerecht in Akzo Nobel geformuleerde waarborgen willen volgen, dan zou de functionaris toch minimaal een onafhankelijke derde dienen te zijn." Ten slotte: *De Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren: trial and error again?*, Knapen en Elkerbout in Markt & Mededinging, nr. 6, december 2010, p. 231: "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. De vraag is of de NMa zich voldoende reali-

de Adviescommissie tegen de voorgenomen inzage zijn overigens niet minder geworden na de recente onthullingen over de wijze waarop overheden met (vertrouwelijke) informatie van derden omgaan.

Na een korte beschrijving van het wettelijk en verdragrechtelijk kader, licht de Adviescommissie haar reactie hierna verder toe.

Verschoningsrecht - algemeen

Op grond van artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht ("Sr") is schending van het beroepsgeheim, ook door advocaten, strafbaar. Ook Gedragsregel 6.1 verplicht advocaten tot geheimhouding.⁴ Een advocaat heeft een geheimhoudingsplicht over de bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.

Deze geheimhoudingsplicht is onlosmakelijk verbonden met het verschoningsrecht. Dit recht is een "*in Nederland algemeen geldend rechtsbeginzel*"⁵ en speelt, net als de geheimhoudingsplicht, zonder onderscheid in alle vormen van de advocatenpraktijk.⁶

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") volgt dat inmenging van de overheid in de communicatie tussen advocaat en cliënt in strijd is met het EVRM.⁷ Artikel 6 lid 3 sub c EVRM houdt mede in dat een advocaat zonder enig toezicht van buitenaf moet kunnen communiceren met zijn cliënt.⁸ Dergelijk toezicht zou het contact immers nutteloos maken:

*"If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective."*⁹

Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie is dat oordeel toegedaan:

seert dat het 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."

⁴ Gedragsregels 1992.

⁵ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, RvdW 1985, 52 (OGEM- notaris Maas).

⁶ *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Bannier e.a., 2008, p. 53.

⁷ In lijn met het Menarini arrest is de boeteprocEDURE (waartoe een bedrijfsonderzoek van de ACM kan leiden) een procedure van strafrechtelijke aard. Hierop zijn de rechten van artikel 6 EVRM onverkort van toepassing. Zie EHRM 27 september 2011, Menarini/Italië. Zie voorts: *Het EVRM en de handhaving in het mededingingsrecht*, Beumer en Van de Heyning in Markt & Mededinging, nr.1, maart 2012, p. 10-15.

⁸ EHRM 28 november 1991, S. v. Zwitserland, rnr. 48.

⁹ EHRM 28 november 1991, S. v. Zwitserland, rnr. 48.

*"De advocaat zou niet in staat zijn om zijn taken van advisering, verdediging en vertegenwoordiging van zijn cliënt naar behoren te verrichten — en deze cliënt zou derhalve niet de hem bij artikel 6 EVRM verleende rechten genieten — indien hij in het kader van een rechtsgeding of de voorbereiding daarvan verplicht was met de overheidsinstanties samen te werken door hun informatie te verstrekken die hij heeft verkregen tijdens de juridische advisering in verband met dat geding."*¹⁰

Voorts heeft het EHRM geoordeeld dat correspondentie met een advocaat ("whatever their purpose") geprivilegieerd is onder artikel 8 EVRM.¹¹ Volgens lid 2 van dat artikel mag hierop (kort gezegd) alleen een inbreuk worden gemaakt als dit bij wet is voorzien en noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van een in dat lid genoemd belang.

Het verschoningsrecht van advocaten is in het Nederlandse bestuursrecht vastgelegd in artikel 5:20 lid 2 Awb. Onder verwijzing naar dit artikel, bepaalt artikel 51 Mw voorts expliciet dat op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingsregels, gewisseld tussen advocaat en cliënt, art. 5:17 Awb niet van toepassing is. Art. 5:17 Awb biedt de wettelijke grondslag voor toezichthouders gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren.

Verschoningsrecht - schending

Op grond van de Werkwijze kan de ACM inbreuk maken op het verschoningsrecht door:

- Vluchtige inzage van geprivilegieerde gegevens door een 'toezichthoudend ambtenaar' (art. 3 lid 2)
- Inhoudelijke beoordeling van geprivilegieerde gegevens door de functionaris verschoningsrecht (art. 5).

De Werkwijze impliceert dat de 'functionaris verschoningsrecht' net als de 'toezichthoudend ambtenaar' tevens een toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb is.¹² In het onderstaande wordt daar dan ook van uit gegaan.

Uit het voorgaande volgt dat de voorgestelde Werkwijze onverenigbaar is met de geldende Verdragrechtelijke en wettelijke kaders. Uit art. 5:17 jo. art. 51 Mw volgt dat

¹⁰ HvJ 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige Balies, C-305/05. rnr. 31.

¹¹ EHRM 25 maart 1992, Campbell v. Verenigd Koninkrijk, rnr. 46-48.

¹² Zie art 2 lid 4 Werkwijze Geprivilegieerde Gegevens: de ambtenaar zal enkel niet ingezet worden bij onderzoeken t.a.v. hij de rol van functionaris verschoningsrecht vervult. Bovendien geldt dat als de 'functionaris verschoningsrecht' geen toezichthouder zou zijn, hij in het geheel niet bevoegd zou zijn welk stuk dan ook in te zien, aangezien art. 5:17 Awb uitsluitend inzagebevoegdheden aan toezichthouders toekent.

geen enkele persoon, toezichthouder of niet, enige wettelijke bevoegdheid heeft gegevens betreffende de toepassing van mededingingsrecht in te zien. Dit betekent in de eerste plaats dat de (functie van) de 'functionaris verschoningsrecht' als zodanig reeds onrechtmatig is. Daarbij wijst de Adviescommissie erop dat negatieve effecten van de instelling van deze functionaris niet alleen in individuele zaken schadelijk kan zijn, maar ook in brede zin schade toebrengt aan de communicatie tussen advocaat en cliënt en, daarmee, een goede rechtsbedeling. Door deze regeling kunnen cliënten er immers niet meer zeker van zijn dat de communicatie met hun advocaat daadwerkelijk vertrouwelijk blijft. De schadelijke effecten strekken zich daarbij overigens uit tot alle rechtsgebieden, gegeven het ongeclausuleerde karakter van de werkwijze. Daarbij wijst de Adviescommissie erop dat het verschoningsrecht niet beperkt is tot enig rechtsgebied¹³, ook als het gegevens en bescheiden betreft die zich onder de cliënt in plaats van de geheimhouder bevinden.¹⁴

In lijn met het voorgaande¹⁵ is ook het vluchtig inkijken (anders dan bekijken van het briefhoofd) van geprivilegieerde stukken door de 'toezichthoudend ambtenaar' onrechtmatig en evenzeer schadelijk voor een goede rechtsbedeling.

Voor de goede orde wijst de Adviescommissie erop dat mogelijke bezwaren inzake praktische uitvoerbaarheid voor de ACM geen reden kunnen zijn op onrechtmatige wijze toezicht en onderzoek te verrichten. Daarbij past nog een aantal concrete kanttekeningen:

- a. Het is de Adviescommissie bekend dat 'vluchtig inzien' in de praktijk niet beperkt blijft tot een inspectie van het briefhoofd, maar regelmatig ontgaat in een snelle maar integrale bestudering van het betrokken document.¹⁶ De enkele mogelijkheid tot 'vluchtig inzien' lokt dit uit. Daarmee is het in de praktijk als instrument niet aanvaardbaar.
- b. Art. 3 lid 4 bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaar zal afzien van 'vluchtig inzien' en het document ongelezen zal voorleggen aan de 'functionaris verschoningsrecht', als de betrokkene 'aannemelijk maakt' dat dergelijke inzage reeds inbreuk maakt op het geprivilegieerde karakter van de gegevens. Een dergelijke bewijslast is in de praktijk niet werkbaar en ook onnodig. Het enkele beroep op het verschoningsrecht/geprivilegieerde karakter van gegevens moet volstaan voor de toezichthoudend ambtenaar om van lezing af te zien. Voor zover be-

¹³ *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Bannier e.a., 2008, p. 53.

¹⁴ HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, m.nt. 'tH.

¹⁵ Vgl. over het recht om te weigeren inzage te geven: Gerecht in eerste aanleg, 17 september 2007, Akzo Nobel Chemical Ltd. e.a. v. Commissie, T-125/03 en T-253/03, rnr. 82.

¹⁶ Daarbij wordt door de ambtenaren aangevoerd dat zij moeten verifiëren of de onderneming het briefpapier van haar advocaat gebruik voor interne discussies.

trokkenen van dit recht misbruik zouden maken, kan dit na toetsing van het karakter van de gegevens worden beboet op grond van schending van de medewerkingsplicht.

Alternatieve werkwijze

De Adviescommissie verzoekt de ACM de Werkwijze zodanig aan te passen dat het geprivilegieerde karakter van gevorderde gegevens uitsluitend door een onafhankelijke derde wordt getoetst zoals de rechter-commissaris, eventueel met hulp van de deken.

Bij het zoeken naar een alternatieve werkwijze zou de ACM bijvoorbeeld de *Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten*¹⁷ in ogenschouw kunnen nemen. Deze aanwijzing is afkomstig van het College van procureurs-generaal op grond van art. 130 lid 4 Wet RO. De aanwijzing beschrijft de normen die het OM in acht moet nemen bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden wanneer (mogelijk) het verschoningsrecht van advocaten in het geding is.¹⁸ Hoewel deze aanwijzing met name ingaat op de te volgen werkwijze in het geval van doorzoeking en inbeslagname bij de advocaat, wordt expliciet opgemerkt: "*Voor al deze situaties geldt in het algemeen dat de bescherming van documenten die onder het verschoningsrecht van de advocaat vallen, niet gekoppeld [is] aan de plaats waar ze zich bevinden.*"

[...]

Dat betekent dat de bijzondere waarborgen met betrekking tot het verschoningsrecht ook van toepassing zijn wanneer bij een doorzoeking bij een niet-advocaat, bijvoorbeeld diens cliënt, stukken worden aangetroffen die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen. (...) Dat laatste geldt in ieder geval voor correspondentie gericht aan, of afkomstig van een advocaat, maar bijvoorbeeld ook voor documenten waarop in het kader van een zaak of in relatie tot de advocaat 'vertrouwelijk' of 'persoonlijk' staat vermeld."¹⁹

Mede ingegeven door deze aanwijzing zou de ACM bijvoorbeeld de rechter-commissaris bij de Rechtbank Rotterdam kunnen verzoeken de gegevens (waarover

¹⁷ Zie www.om.nl : Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strct. 2011, 4981.

¹⁸ Zie www.om.nl : Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strct. 2011, 4981, Samenvatting.

¹⁹ Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Strct. 2011, 4981, ad. 3.

discussie bestaat) verzegeld te laten opbergen (eventueel na advies van de deken te hebben ingewonnen). Hierna kan de betrokkene een rechtsmiddel tegen inbeslagname instellen. Een vergelijkbare procedure is ook al eerder in de literatuur geopperd.²⁰ Een dergelijke alternatieve werkwijze is in de praktijk goed uitvoerbaar en het is niet te verwachten dat ondernemingen en hun advocaten daarvan oneigenlijk gebruik zullen maken.

²⁰ *NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error?*, De Gou en Moerman in *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, nr. 2, maart 2008, p. 38.