

JOR 2013/209 Gerechtshof 's-Gravenhage, 23-04-2013, 200.115.529/01, LJN CA3041

Vorderen van inlichtingen door NMa, Medewerkingsplicht derden, NMa heeft niet disproportioneel gehandeld, Hoger beroep van Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, «JOR» 2012/326, m.nt. Nuyten

Publicatie	JOR 2013 afl. 7-8
Publicatiedatum	04 juli 2013
College	Gerechtshof 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	23 april 2013
Rolnummer	200.115.529/01 LJN CA3041
Rechter(s)	mr. Boele mr. Bonneur mr. Dousma-Valk
Partijen	De Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, Nederlandse Mededingingsautoriteit) te 's-Gravenhage, appellant in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, advocaat: mr. E.J. Daalder, tegen Difotrust BV te 's-Hertogenbosch, geïntimeerde in het principaal appel, appellante in het incidenteel appel, advocaten: mr. H.A. Pasveer en mr. S.M.M.C. Vinken.
Noot	mr. S.M.C. Nuyten
Trefwoorden	Vorderen van inlichtingen door NMa, Medewerkingsplicht derden, NMa heeft niet disproportioneel gehandeld, Hoger beroep van Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, «JOR» 2012/326, m.nt. Nuyten ,
Regelgeving	Awb - 5:16 Awb - 5:20

» **Samenvatting**

Het hof zal allereerst onderzoeken of de NMa bevoegd is te vorderen dat Difotrust het overzicht (van ondernemingen voor wie zij mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft uitgevoerd in de afgelopen vijf jaar) aan NMa verstrekt.

Art. 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen. Art. 5:20 lid 1 Awb bepaalt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen in beginsel ook worden uitgevoerd jegens derden, dat wil zeggen personen of bedrijven die zelf niet van overtreding van het mededingingsrecht worden verdacht. De grenzen van genoemde bevoegdheden worden slechts gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaraan ook de toezichthouder gebonden is, en het voorschrift van art. 5:13 Awb, dat bepaalt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (het evenredigheidsbeginsel), dat ook reeds in art. 5:20 lid 1 Awb is verwoord.

Het voorgaande betekent dat, anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen, er geen rechtsregel aan in de weg staat dat een toezichthouder als de NMa bij een derde gegevens opvraagt op basis waarvan beoordeeld kan worden of er (verdere) toezichthoudende bevoegdheden zullen worden ingezet. Het opvragen van dergelijke gegevens is slechts dan ontoelaatbaar indien dit in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen is van het “willekeurig” opvragen van gegevens in dit geval geen sprake. Gevraagd is om gegevens waarover Difotrust beschikt, terwijl tevens vast staat dat de NMa concrete aanwijzingen heeft dat ondernemingen in de sector waarvoor Difotrust diensten heeft verleend kartelafspraken hebben gemaakt. Tegen deze achtergrond maakt het enkele feit dat de NMa de bedoelde gegevens ook bij de betrokken ondernemingen zou kunnen achterhalen niet dat de NMa willekeurig handelt door deze gegevens van Difotrust te vorderen. Een algemene regel dat alleen aan een derde informatie kan worden gevraagd indien die informatie niet meer bij de potentiële overtreder zelf aanwezig is, berust niet op de wet. Wel kan de omstandigheid dat de gevraagde gegevens ook op een andere manier te achterhalen zijn, in een concreet geval meebrengen dat het vragen van informatie aan een derde onevenredig is. In zoverre heeft de voorzieningenrechter ten onrechte overwogen dat de omstandigheid dat het voor de Staat bezwaarlijk is om de bedoelde informatie bij de betrokken ondernemingen op te vragen, omdat deze nog niet weten dat zij onderwerp zijn van het onderzoek, voor risico van de Staat komt. Deze omstandigheid kan wel degelijk van belang zijn voor de vraag of de NMa disproportioneel handelt door de bewuste gegevens niet bij die ondernemingen maar bij Difotrust op te vragen.

Aangezien de voorzieningenrechter blijkens het voorgaande een verkeerde afweging heeft gemaakt, zal het hof alsnog onderzoeken of de Staat in strijd met het evenredigheidsbeginsel dan wel enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft gehandeld door te verlangen dat Difotrust het overzicht verstrekt.

Het hof acht van belang dat de werkzaamheden, die Difotrust voor ondernemingen uitvoert, tot gevolg kunnen hebben dat de onderneming de door Difotrust naar boven gehaalde sporen of bewijzen van overtredingen van de mededingingswet vernietigt. Het hof acht aannemelijk dat dit bij X inderdaad het gevolg van de dienstverlening van Difotrust is geweest. Het hof acht eveneens voorshands aannemelijk dat de dienstverlening door Difotrust in ieder geval voor een deel haar waarde voor haar klanten ontleent aan de mogelijkheid om zo sporen van mededingingsrechtelijke overtredingen aan de naspeuringen van NMa te onttrekken. Dit betekent dat de NMa er een gerechtvaardigd belang bij heeft om van Difotrust te vernemen voor welke ondernemingen binnen een sector waarvan, zoals in dit geval, concrete aanwijzingen bestaan dat kartelafspraken zijn gemaakt, zij haar werkzaamheden heeft verricht. Deze inlichtingen gaan ook niet verder dan nodig is. De NMa vordert immers niet de onderzoeksresultaten zelf, doch alleen de identiteit van de opdrachtgevers.

De conclusie is dat NMa niet disproportioneel heeft gehandeld door bij brief het overzicht van Difotrust te verlangen, in aanmerking nemende dat de NMa een voldoende zwaarwegend belang heeft bij het in die brief genoemde onderzoek. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Difotrust in zoverre ten onrechte toegewezen.

Wat betreft de aan Difotrust gerichte vordering van de NMa om de gegevens te bewaren, bepaalt het hof dat Difotrust de bewuste gegevens moet bewaren gedurende zes maanden nadat het onderhavige arrest op dit onderdeel in kracht van gewijsde is gegaan.

» Uitspraak

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1.1. Aangezien, met uitzondering van een (onweersproken gebleven) correctie op rechtsoverweging 1.3, geen grieven zijn aangevoerd tegen de feiten die de voorzieningenrechter onder 1.1 tot en met 1.10 van het bestreden vonnis heeft weergegeven, en daarover tussen partijen ook geen geschil bestaat, zal ook het hof van deze, in zoverre gecorrigeerde, feiten uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.2. De heer [A] is directeur tevens enig aandeelhouder van Difotrust. Difotrust verricht in opdracht van ondernemingen digitaal forensisch onderzoek. Dit houdt in dat Difotrust computers en andere elektronische gegevensdragers van die onderneming onderzoekt op mogelijke aanwijzingen van overtreding van het mededingingsrecht. Zij verricht dit onderzoek aan de hand van bepaalde zoektermen. Difotrust rapporteert haar bevindingen aan haar klant, die vervolgens beslist welke actie dient te worden ondernomen. Deze rapportage kan er in resulteren dat de klant besluit sporen van en documenten betrekking hebbende op overtreding van het mededingingsrecht te vernietigen.

1.3. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) voert thans een onderzoek uit naar kartelvorming in een bepaalde bedrijfssector (hierna: de sector). De NMa beschikt over concrete aanwijzingen dat ondernemingen in de sector kartelafspraken hebben gemaakt. In het kader van dat onderzoek heeft de NMa op 22, 23 en 24 februari 2012 onaangekondigde bedrijfsbezoeken gebracht aan (dochterondernemingen van) onderneming X (hierna: X). Bij die gelegenheid heeft de NMa een door Difotrust in opdracht van X uitgevoerd rapport uit 2010 aangetroffen.

1.4. Op 4 juli 2012 heeft de NMa opnieuw een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht bij X alsmede bij Difotrust. Bij deze laatste gelegenheid heeft de NMa inzage in bepaalde zaaksgegevens en bescheiden gevorderd, die Difotrust (in kopie) heeft verstrekt. De NMa heeft daarbij aan Difotrust de volgende omschrijving van het onderzoek verstrekt:

“De Nederlandse Mededingingsautoriteit beschikt over aanwijzingen dat de heer [A] c.q. zijn onderneming Difotrust B.V. digitale werkzaamheden heeft verricht voor [X, hof]. Daarbij heeft hij ook digitale gegevens van de onderneming geëxporteerd en doorzocht aan de hand van specifieke zoektermen. De Nederlandse Mededingingsautoriteit is een kartelonderzoek gestart naar (...) en heeft reden om aan te nemen dat de heer [A] mogelijk over voor het onderzoek relevante analoge en digitale gegevens beschikt.”

1.5. Uit onderzoek van de bij Difotrust aangetroffen en gekopieerde bescheiden bleek de NMa dat Difotrust beschikte over administratieve bescheiden van X die de NMa niet bij X zelf had aangetroffen.

1.6. Op 10 juli 2012 heeft de NMa de heer [A] ten kantore van de NMa gehoord.

1.7. Bij brief van 13 juli 2012 heeft de NMa Difotrust gevraagd om uiterlijk 20 juli 2012 een overzicht te verstrekken van de ondernemingen in de sector waarvoor zij mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft uitgevoerd in de afgelopen vijf jaar, en om daarbij te vermelden in welke periode Difotrust de werkzaamheden heeft uitgevoerd en wie namens de onderneming de opdracht heeft verleend (hierna: het overzicht). In deze brief wordt tevens bevestigd dat ambtenaren van de NMa op 10 juli 2012 hebben gevorderd dat Difotrust alle gegevens met betrekking tot mededingingsrechtelijke onderzoeken die zij in de sector heeft uitgevoerd (hierna: de gegevens) tot nader order beschikbaar houdt voor onderzoek van de NMa. Bij brieven van 26 juli 2012 en 10 augustus 2012 heeft de NMa de verzoeken uit de brief van 13 juli 2012 nader toegelicht en herhaald.

1.7. Difotrust heeft niet voldaan aan datgene wat de NMa in zijn brief van 13 juli 2013 van Difotrust heeft verlangd. Difotrust, die van mening is dat zij niet gehouden is het overzicht te verstrekken respectievelijk de gegevens te bewaren, vordert in het onderhavige kort geding, zakelijk weergegeven, primair de NMa te gebieden de verzoeken uit de brief van 13 juli 2012 in te trekken, subsidiair de NMa te gelasten het verzoek naar onderzoeksdoel en onderzoekssubject te specificeren en meer subsidiair in goede justitie een voorziening te treffen.

1.8. De voorzieningenrechter heeft de vordering gedeeltelijk toegewezen. De voorzieningenrechter heeft bepaald dat Difotrust niet gehouden is om het in de brieven van 13 juli 2012, 26 juli 2012 en 10 augustus 2012 bedoelde overzicht van haar opdrachtgevers aan de Staat te verstrekken, maar dat zij wel gehouden is om de gegevens ten behoeve van de Staat te bewaren voor een periode van drie maanden na de datum van het vonnis. De voorzieningenrechter overwoog daartoe het volgende. Niet in geschil is dat de Staat beschikt over concrete aanwijzingen dat ondernemingen in een bepaalde sector kartelafspraken hebben gemaakt en dat in het kader van het onderzoek daarnaar de NMa een bedrijfsbezoek heeft afgelegd bij X. Vervolgens heeft de Staat, die bij dat bedrijfsbezoek kennis had genomen van het rapport dat Difotrust in opdracht van X had opgesteld, een bedrijfsbezoek aan Difotrust gebracht om de gegevens die aan dat rapport ten grondslag lagen en bij X niet meer aanwezig waren, bij Difotrust op te vragen. Hiertoe was de Staat op grond van art. 5:20 Awb bevoegd en dat deze handelwijze disproportioneel of in strijd met het evenredigheidsbeginsel kan worden aangemerkt is niet aannemelijk geworden. Het is echter voldoende aannemelijk geworden dat de Staat wel in strijd met deze beginselen handelt door thans van Difotrust een lijst te verlangen van haar opdrachtgevers binnen de sector waarop het onderzoek van de Staat is gericht. Vast staat immers dat nog niet bekend is of en, zo ja, tegen welke van deze ondernemingen een vermoeden van overtreding van het kartelverbod bestaat. Art. 5:20 Awb biedt de Staat niet de mogelijkheid bij derden willekeurig gegevens op te vragen op basis waarvan dan vervolgens

beoordeeld kan worden of er toezichthoudende bevoegdheden zullen worden ingezet. Dat het voor de Staat bezwaarlijk is om de bedoelde informatie bij de betrokken ondernemingen op te vragen omdat deze nog niet weten dat zij onderwerp zijn van het onderzoek komt voor risico van de Staat. Ten aanzien van de vordering tot het bewaren van de gegevens is niet in geschil dat Difotrust beschikte over gegevens die zich niet in de administratie van X bevonden. Het is mogelijk dat zich bij Difotrust gegevens bevinden van andere ondernemingen waar de Staat een onderzoek naar doet. Indien die gegevens niet meer bij laatstgenoemde ondernemingen aanwezig zijn kan de Staat deze bij Difotrust opvragen. Gelet hierop en op de beperkte duur van het onderzoek (volgens de Staat nog enkele weken) is het niet disproportioneel dat van Difotrust wordt verlangd dat zij voor een periode van drie maanden na datum van dit vonnis de gegevens, die mogelijk van belang kunnen zijn voor het onderzoek, bewaart. Tot zover het oordeel van de voorzieningenrechter.

2.1. De grieven in het principaal en het incidenteel hoger beroep hebben tezamen de strekking het geschil in volle omvang aan het oordeel van het hof te onderwerpen. Het hof zal de grieven dan ook zoveel mogelijk gezamenlijk behandelen. Daarbij zal het hof allereerst onderzoeken of de NMa bevoegd is te vorderen dat Difotrust het overzicht aan de NMa verstrekt.

2.2. Het hof stelt voorop dat niet in geschil is dat Difotrust in de periode van vijf jaar voorafgaand aan 13 juli 2012 niet alleen bij X maar ook bij andere ondernemingen binnen de sector onderzoek heeft uitgevoerd. Dit betekent dat Difotrust beschikt over het gevraagde overzicht.

2.3. Art. 5:16 Abw bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen. Art. 5:20 lid 1 Awb bepaalt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen in beginsel ook worden uitgeoefend jegens derden, dat wil zeggen personen of bedrijven die niet zelf van overtreding van het mededingingsrecht worden verdacht. Voor de uitoefening van deze bevoegdheden is niet vereist dat deze derde "betrokken" is bij overtreding van het mededingingsrecht. Evenmin is vereist dat een concrete verdenking van overtreding van enig wettelijk voorschrift bestaat. De grenzen van de genoemde bevoegdheden worden slechts gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaraan ook de toezichthouder gebonden is, en het voorschrift van art. 5:13 Awb, dat bepaalt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (het evenredigheidsbeginsel), dat ook reeds in art. 5:20 lid 1 Awb is verwoord.

2.4. Het voorgaande betekent dat, anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen, er geen rechtsregel aan in de weg staat dat een toezichthouder als de NMa bij een derde gegevens opvraagt op basis waarvan beoordeeld kan worden of er (verdere) toezichthoudende bevoegdheden (al dan niet jegens ondernemingen die wel van het maken van kartelafspraken worden verdacht) zullen worden ingezet. Het opvragen van dergelijke gegevens is slechts dan ontoelaatbaar indien dit in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

2.5. Anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen is van het "willekeurig" opvragen van gegevens in dit geval geen sprake. Gevraagd is om gegevens (in de kern: welke ondernemingen binnen de sector hebben opdracht aan Difotrust verleend) waarover Difotrust beschikt, terwijl tevens vast staat dat de NMa concrete aanwijzingen heeft dat ondernemingen in de sector waarvoor Difotrust diensten heeft verleend kartelafspraken hebben gemaakt. Tegen deze achtergrond maakt het enkele feit dat de NMa de bedoelde gegevens ook bij de betrokken ondernemingen zou kunnen achterhalen niet dat de NMa willekeurig handelt door deze gegevens van Difotrust te vorderen. Een algemene regel dat alleen aan een derde informatie kan worden gevraagd indien die informatie niet meer bij de potentiële overtreder zelf aanwezig is berust niet op de wet. Wel kan de omstandigheid, dat de gevraagde gegevens ook op een andere manier te achterhalen zijn, in een concreet geval meebrengen dat het vragen van informatie aan een derde onevenredig is. In zoverre heeft de voorzieningenrechter ten onrechte overwogen dat de omstandigheid dat het voor de Staat bezwaarlijk is om de bedoelde informatie bij de betrokken ondernemingen op te vragen, omdat deze nog niet weten dat zij onderwerp zijn van het onderzoek, voor risico van de Staat komt. Deze omstandigheid kan wel degelijk van belang zijn voor de vraag of de NMa disproportioneel handelt door de bewuste gegevens niet bij die ondernemingen maar bij Difotrust op te vragen.

2.6. Aangezien de voorzieningenrechter blijkens het voorgaande een verkeerde afweging heeft gemaakt, zal het hof alsnog onderzoeken of de Staat in strijd met het evenredigheidsbeginsel dan wel enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft gehandeld door bij brief van 13 juli 2012 te verlangen dat Difotrust het overzicht verstrekt. Daarbij gaat het er in dit kort geding om of Difotrust voldoende aannemelijk weet te maken dat van strijd met deze beginselen sprake is.

2.7. Het hof acht van belang dat de werkzaamheden, die Difotrust voor ondernemingen uitvoert, tot gevolg kunnen hebben dat de onderneming de door Difotrust naar boven gehaalde sporen of bewijzen van overtredingen van de mededingingswet vernietigt. Het hof acht aannemelijk dat dit bij X inderdaad het gevolg van de dienstverlening van Difotrust is geweest. Het hof acht eveneens voorshands aannemelijk dat, of dit gevolg nu door Difotrust is beoogd of niet (een aanwijzing dat dit laatste wel het geval zou kunnen zijn valt te ontleen aan productie 1 bij dagvaarding in eerste aanleg: “‘foute’ documenten opruimen”), de dienstverlening door Difotrust in ieder geval voor een deel haar waarde voor haar klanten ontleent aan de mogelijkheid om zo sporen van mededingingsrechtelijke overtredingen aan de naspeuringen van de NMa te onttrekken. Dit betekent dat de NMa er een gerechtvaardigd belang bij heeft om van Difotrust te vernemen voor welke ondernemingen binnen een sector waarvan, zoals in dit geval, concrete aanwijzingen bestaan dat kartelafspraken zijn gemaakt, zij haar werkzaamheden heeft verricht. Deze inlichtingen gaan ook niet verder dan nodig is. De NMa vordert immers niet de onderzoeksresultaten zelf, doch alleen de identiteit van de opdrachtgevers. Het enkele feit dat deze gegevens mogelijk ook bij de opdrachtgevers zelf te achterhalen zijn is in dit specifieke geval onvoldoende om te oordelen dat het opvragen van deze gegevens bij Difotrust disproportioneel is. De NMa weet immers niet wie deze opdrachtgevers zijn en zou hun identiteit dus slechts kunnen achterhalen door aan iedere willekeurige onderneming in de sector te vragen of zij Difotrust hebben ingeschakeld. De vrees van de NMa dat de aldus bevraagde ondernemingen er toe zouden kunnen besluiten relevante informatie uit hun administratie te verwijderen kan niet op voorhand als ongegrond worden aangemerkt.

2.8. Difotrust heeft aangevoerd dat haar bedrijfsvoering onmogelijk wordt gemaakt indien zij de door de NMa verlangde inlichtingen zou moeten verstrekken, omdat ondernemingen zich niet meer tot haar zullen wenden indien deze er rekening mee moeten houden dat de NMa hun identiteit via Difotrust zou kunnen achterhalen. De heer [A] heeft ter zitting echter verklaard dat Difotrust haar werkzaamheden voortaan onder de vlag van een geheimhouder, zoals een advocaat, uitvoert en dat Difotrust uit dien hoofde aanspraak heeft op een afgeleid verschoningsrecht. Dit laatste is in zijn algemeenheid door de Staat bestreden. Wat hier ook van zij, nu Difotrust zelf van mening is dat zij haar bedrijfsvoering op deze aangepaste wijze kan voortzetten, kan het hof er in dit kort geding niet van uit gaan dat gevaar dreigt voor discontinuïteit van haar onderneming.

2.9. Difotrust heeft nog aangevoerd dat het vragen van deze gegevens in strijd is met het fair play-beginsel, omdat bedrijven het recht hebben om ongestoord intern hun mening te vormen over hun juridische positie. Dit argument gaat niet op. In de eerste plaats verliest Difotrust uit het oog dat de NMa geen inzage vordert in de rapportage van Difotrust, maar slechts wenst te vernemen voor wie Difotrust in de sector onderzoek heeft verricht. In de tweede plaats gaat het, naar het hof voorshands aannemelijk acht, bij het onderzoek van Difotrust niet uitsluitend om een onderzoek naar de juridische positie van haar opdrachtgevers, maar om rapportage die als, al dan niet beoogd, (neven)effect heeft dat de onderneming in staat wordt gesteld de sporen van mededingingsrechtelijke overtredingen te verwijderen.

2.10. Difotrust stelt ook dat de proportionaliteitstoets alleen kan plaatsvinden indien bekend is om welke onderneming het gaat. Dit is onjuist. Het verzoek van de NMa richt zich tot Difotrust. De vraag of dat verzoek in strijd is met het evenredigheidbeginsel kan in dit kort geding worden getoetst.

2.11. Difotrust wijst er vervolgens nog op dat zij de gevraagde informatie alleen kan verstrekken met toestemming van haar opdrachtgever, maar dat het niet mogelijk is toestemming te vragen aan de bedrijven in de in het geding zijnde sector. Ook dit argument faalt. Blijkens art. 1.2 onder c van de Geheimhoudingsovereenkomst (productie 2 bij inleidende dagvaarding) heeft Difotrust zich ertoe verplicht slechts tot openbaarmaking krachtens een wettelijke plicht over te gaan na voorafgaande kennisgeving aan de klant. Afgezien daarvan kan de wijze waarop Difotrust met haar klanten heeft gecontracteerd geen afbreuk doen aan de bevoegdheden die voor de NMa uit de artikelen 5:16 en 5:20 lid 1 Awb voortvloeien.

2.12. Difotrust voert ook nog aan dat art. 5:17 Awb slechts de mogelijkheid biedt om bestaande documenten op te vragen. Ook dit argument faalt. Het gaat in dit geval om de op art. 5:16 Awb rustende plicht van Difotrust om desgevorderd inlichtingen te verstrekken. Een redelijke uitleg van deze bepaling, mede bezien in het licht van de medewerkingsplicht van art. 5:20 lid 1 Awb, houdt in dat degene tot wie de vordering zich richt die inlichtingen (in dit geval: het overzicht) op schrift verstrekt en daartoe, waar nodig, een nieuw document opstelt. Weliswaar zullen er grenzen zijn aan hetgeen in dit verband van de geadresseerde kan worden gevergd, maar die grenzen worden in dit geval in ieder geval niet overschreden gezien de beperkte inlichtingen die de NMa van Difotrust verlangt.

2.13. Difotrust beroept zich nog op de omstandigheid dat informatie wordt opgevraagd over alle onderzoeken binnen de sector, ook wanneer de opdracht voor het onderzoek is gegeven door een advocaat. Difotrust zou in dat geval aanspraak kunnen maken op een afgeleid verschoningsrecht. Afgezien van de omstandigheid dat dit argument niet eerder dan bij pleidooi in hoger beroep – en dus tardief – is aangevoerd, faalt het reeds nu Difotrust niet stelt dat enige opdracht waarop de vordering van de NMa betrekking heeft aan haar door een advocaat is verstrekt.

2.14. Ten slotte stelt Difotrust zich op het standpunt dat een concreet onderzoeksdoel ontbreekt. Dit is onjuist. De NMa heeft in de brief van 13 juli 2012 voldoende concreet aangegeven wat zij van Difotrust verlangt. Overigens ligt bepaald voor de hand dat de op 4 juli 2012 aan Difotrust overhandigde “Omschrijving onderzoek” (hiervoor geciteerd onder 1.4) ook betrekking heeft op de in de brief van 13 juli 2012 gevorderde inlichtingen.

2.15. De conclusie is dat de NMa niet disproportioneel heeft gehandeld door bij brief van 13 juli 2012 het overzicht van Difotrust te verlangen, in aanmerking nemende dat de NMa een voldoende zwaarwegend belang heeft bij het in die brief genoemde onderzoek. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Difotrust in zoverre ten onrechte toegewezen.

3.1. Wat betreft de aan Difotrust gerichte vordering van de NMa om de gegevens te bewaren, voert de Staat in het principaal appel aan dat de door de voorzieningenrechter bepaalde bewaartermijn van drie maanden te kort is, terwijl Difotrust zich in het incidenteel appel op het standpunt stelt dat in het geheel geen bewaarplicht had mogen worden opgelegd. Het hof zal eerst het standpunt van Difotrust behandelen.

3.2. Difotrust meent dat voor een bewaarplicht geen wettelijke grondslag bestaat en dat, zo deze wel bestaat, het uitoefenen van deze bevoegdheid door de Staat in dit geval onevenredig is. Dit betoog faalt. Onder de verplichting alle medewerking te verlenen die de toezichthouder redelijkerwijze kan vorderen, behoort ook de verplichting bepaalde gegevens te bewaren in verband met de mogelijke uitoefening van de bevoegdheden van art. 5:16 en 5:17 Awb. Hetgeen Difotrust verder omtrent de strijd met het evenredigheidsbeginsel aanvoert faalt op de gronden die hiervoor reeds zijn vermeld. Het hof voegt daar nog aan toe dat Difotrust niet aanvoert dat het bewaren van de gegevens voor haar onevenredig kostbaar of belastend is.

3.3. De Staat onderbouwt zijn standpunt, dat drie maanden te kort is, met het argument dat niet duidelijk is hoeveel tijd mogelijke vervolgacties in beslag zullen nemen en dat Difotrust de gegevens zal moeten bewaren zolang als het onderzoek loopt, althans totdat duidelijk is dat deze gegevens niet (langer) van belang voor het onderzoek van de NMa zijn. Het hof overweegt als volgt. Enerzijds heeft het hof er begrip voor dat de NMa niet steeds zal kunnen overzien hoe lang een onderzoek zal lopen en dat het onderhavige kort geding in dat opzicht mogelijk ook voor vertraging in het onderzoek heeft gezorgd. Anderzijds kan niet worden aanvaard dat op Difotrust een praktisch onbegrensde bewaarplicht zou rusten. Het hof zal, alles afwegende, bepalen dat Difotrust de bewuste gegevens moet bewaren gedurende zes maanden nadat het onderhavige arrest op dit onderdeel in kracht van gewijsde is gegaan.

4.1. Het voorgaande betekent dat de grieven in het principaal appel slagen en dat het vonnis van de voorzieningenrechter zal worden vernietigd. De vorderingen van Difotrust zullen worden afgewezen, behoudens dat de NMa zal worden bevolen het verzoek in de brief van 13 juli 2012 in te trekken voor zover daarin van Difotrust wordt gevorderd de bedoelde gegevens langer te bewaren dan zes maanden nadat het onderhavige arrest op dit onderdeel in kracht van gewijsde is gegaan.

4.2. De grieven in het incidenteel appel falen.

4.3. Nu partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep compenseren.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 5 oktober 2012, en opnieuw rechtdoende:
- gelast de NMa het verzoek in de brief van 13 juli 2012 tot het bewaren van de gegevens in te trekken, doch uitsluitend voor zover die bewaring langer zou moeten duren dan zes maanden nadat het onderhavige arrest op dit onderdeel in kracht van gewijsde is gegaan;
- wijst het meer of anders gevorderde af;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
- compenseert de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

» Noot

1. De casus die in vorenstaand arrest van het Hof Den Haag aan de orde was, beschreef ik reeds in de annotatie onder het in dit arrest bestreden vonnis (Vzng. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, «JOR» 2012/326). Kort samengevat gaat de casus over de reikwijdte van de toezichtbevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”) bij een onderzoek van (toezichthouders van) de NMa naar kartelvorming in een bepaalde sector. In een toezichtonderzoek bij één van de ondernemingen uit deze sector (X) vond de NMa een rapport van een onderneming die digitaal forensisch onderzoek verricht, Difotrust BV. De NMa vermoedde dat X niet meer over alle onderliggende gegevens beschikte, maar Difotrust wel. De NMa vorderde en kreeg de verzochte gegevens van Difotrust. Vervolgens deed de NMa een nieuwe vordering aan Difotrust: Difotrust werd opgedragen een lijst van haar cliënten over de afgelopen vijf jaar in de betrokken sector te verschaffen en alle gegevens met betrekking tot die onderzoeken beschikbaar te houden. De voorzieningenrechter oordeelde dat de NMa niet bevoegd was de cliëntenlijst te vorderen omdat die vordering onevenredig is. De Staat – de rechtspersoon waartoe de NMa behoort – stelde appel in en Difotrust incidenteel appel.

2. Het vorenstaande arrest spitst zich toe op een aantal vragen: 1) mag de toezichthouder van derden gegevens vorderen op basis waarvan beoordeeld kan worden op welke wijze toezichtbevoegdheden jegens andere ondernemingen ingezet kunnen worden; 2) is de inlichtingenvordering van de NMa in dit geval willekeurig; 3) is de inlichtingenvordering in dit geval onevenredig; 4) mag de toezichthouder vorderen dat gegevens worden bewaard? Deze vragen staan niet helemaal los van elkaar: de beantwoording van vragen 1 en 2 gaat uiteindelijk ook over de vraag of de vordering in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel van art. 5:13 Awb.

3. Het hof overweegt dat de toezichtbevoegdheden uit de Awb geen beperking bevatten ten aanzien van de personen jegens wie deze bevoegdheden uitgeoefend kunnen worden: een ieder is op grond van art. 5:20 Awb verplicht aan een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Hoewel de wetgever daar anders over dacht (*Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 141*) overweegt het hof in lijn met eerdere jurisprudentie dat degene aan wie de vordering is gericht niet “betrokken” hoeft te zijn bij de te onderzoeken overtreding. Een concrete verdenking is voor het gebruik van de toezichtbevoegdheden evenmin nodig. Op deze overwegingen baseert het hof de conclusie “dat er geen rechtsregel aan in de weg staat dat een toezichthouder als de NMa bij een derde gegevens opvraagt op basis waarvan beoordeeld kan worden of er (verdere) toezichthoudende bevoegdheden [...] zullen worden ingezet.” Die conclusie lijkt mij wat ruim. Hoewel er geen verdenking hoeft te zijn om toezichtbevoegdheden in te zetten, zal er toch een redelijke aanleiding moeten zijn voor een inlichtingenvordering, zoals bijvoorbeeld een redelijk vermoeden van een overtreding. Art. 5:13 Awb schrijft immers voor dat een toezichthouder slechts gebruikmaakt van zijn bevoegdheden “voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.” (cursivering toegevoegd). “Nodig” is niet hetzelfde als “handig”. Onder omstandigheden zal een vordering tot overlegging van een klantenlijst aan dit criterium kunnen voldoen, maar in deze casus blijft dat twijfelachtig. De vordering lijkt op grond van het vonnis

immers niet te zijn gedaan om te controleren of ondernemingen waarnaar reeds onderzoek wordt gedaan van de diensten van Difotrust gebruik hebben gemaakt, zodat daarmee bij het onderzoek rekening kan worden gehouden, maar om te bepalen welke ondernemingen de NMa zal gaan onderzoeken met gebruik van toezichtbevoegdheden. De cliëntenlijst is voor de NMa dan ook niet direct bij haar toezicht nodig omdat die op zich geen informatie geeft over eventuele overtredingen van de Mededingingswet.

4. Het hof oordeelt ten aanzien van de tweede vraag dat de inlichtingenvordering niet willekeurig is omdat de NMa concrete aanwijzingen heeft (i) dat ondernemingen in de betrokken sector kartelafspraken hebben gemaakt en (ii) dat Difotrust diensten heeft verleend aan deze sector. Het hof overweegt dus niet dat aannemelijk is dat Difotrust diensten heeft verleend aan ondernemingen die kartelafspraken hebben gemaakt. Mijns inziens zou dat toch de minimale eis moeten zijn om van een evenredige inlichtingenvordering te kunnen spreken. Het hof overweegt voorts dat het enkele feit dat de NMa de gegevens ook bij de betrokken ondernemingen had kunnen opvragen – een inlichtingenvordering aan alle ondernemingen in de sector met de vraag of zij in de afgelopen vijf jaar diensten van Difotrust hebben afgenomen – niet maakt dat de vordering willekeurig is. Een zelfde conclusie volgde reeds uit een uitspraak van het CBb (CBb 7 januari 2011, *LJN* BP0669).

5. Volgens het hof was de inlichtingenvordering ook overigens niet onevenredig. Het hof meent dat de voorzieningenrechter ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de stelling van de NMa dat het opvragen van gegevens bij de ondernemingen in de sector bezwaarlijk is omdat zij nog niet van het onderzoek op de hoogte zijn. Een inlichtingenvordering aan deze ondernemingen zou ertoe kunnen leiden dat zij besluiten relevante informatie uit hun administratie te verwijderen. In dit arrest verbaast enigszins dat het hof die stelling relevant acht, nu juist in dit arrest ook wordt geoordeeld dat de NMa mag vorderen dat gegevens worden bewaard (zie hierna). Het hof betreft ook de aard van de diensten van Difotrust en de vereiste inspanningen bij het oordeel. Het hof overweegt voorts dat juist de diensten van Difotrust ertoe (kunnen) leiden dat de documenten die de NMa zoekt, worden verwijderd en dat de vordering niet verder gaat dan nodig is doordat alleen de identiteit van de opdrachtgevers wordt gevraagd. Op basis van de overwegingen van het hof in dit arrest zou mijns inziens echter evenzeer onderbouwd kunnen worden dat het opvragen van de onderzoeksresultaten niet onevenredig is. Als eenmaal bekend is wie de cliënten zijn, kunnen de resultaten worden opgevraagd en blijktens de eerdere overwegingen hoeft de NMa zich daarvoor niet eerst tot de betrokken ondernemingen te wenden. En de NMa lijkt ook plannen in die richting te hebben. Zo schrijft de NMa in de brief van 10 augustus 2012 dat de NMa “in eerste instantie” de vordering heeft beperkt tot een overzicht van de namen. Ten aanzien van de (on)evenredigheid van de vordering overweegt het hof voorts dat Difotrust heeft aangevoerd dat haar werkzaamheden onmogelijk worden gemaakt, maar dat Difotrust ook heeft verklaard voortaan haar werkzaamheden onder de vlag van een geheimhouder uit te voeren. Omdat Difotrust haar werkzaamheden kennelijk op gewijzigde wijze kan voortzetten, acht het hof de vordering niet onevenredig. De onmogelijkheid om de bedrijfsvoering van Difotrust ongewijzigd voort te zetten acht het hof kennelijk onvoldoende van belang om de vordering daardoor onevenredig te achten. Zelfs het feit dat de Staat reeds uiteen heeft gezet dat de gewijzigde bedrijfsvoering Difotrust niet zal baten, heeft geen invloed op dit oordeel. Het gevolg hiervan is dat de NMa met behulp van toezichtbevoegdheden iets kan bereiken dat met handhavingsbevoegdheden niet eens mogelijk is: de bedrijfsvoering van een onderneming die de werkzaamheden van de NMa bemoeilijkt of kan bemoeilijken wordt het onmogelijk gemaakt de bedrijfsvoering ongewijzigd voort te zetten.

6. Ten slotte oordeelt het hof in r.o. 3.2 over de vordering tot bewaring van gegevens. Het hof overweegt dat tot de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb ook behoort “de verplichting bepaalde gegevens te bewaren in verband met de mogelijke uitoefening van de bevoegdheden van art. 5:16 en 5:17 Awb”. Dat is een zeer verstrekkende conclusie. Hieruit volgt dat de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb zou worden geschonden indien een onderneming gegevens verwijdert die onderwerp zouden kunnen gaan vormen van een eventuele, toekomstige inlichtingen- of inzagevordering van enige toezichthouder. Dat lijkt mij een oprekking van de medewerkingsplicht die de wetgever niet heeft bedoeld. De medewerkingsplicht bestaat “bij de uitoefening van zijn bevoegdheden”. Indien en zo lang geen vordering als bedoeld in art. 5:16 of 5:17 Awb is gedaan ten aanzien van de betrokken gegevens, oefent de toezichthouder nog geen toezichtbevoegdheden op grond van de Awb uit. Art. 5:20 Awb spreekt voorts van medewerking binnen een door de toezichthouder te stellen, redelijke termijn. Ook daaruit volgt dat geen bewaarplicht van rechtswege bestaat in verband met de “mogelijke uitoefening” van toezichtbevoegdheden, maar hooguit bij de feitelijke

uitoefening van toezichtbevoegdheden. Als een inlichtingen- of inzagevordering wordt gedaan, volgt wel een bewaarplicht ten aanzien van de gegevens of documenten waarop die vordering ziet, omdat anders niet aan de vordering kan worden voldaan. Maar die bewaarplicht ziet dan alleen op de gevorderde inlichtingen of documenten, in dit geval een overzicht van de beschreven cliënten. Een plicht tot bewaring van alle onderzoeksgegevens van cliënten uit de betrokken sector kan mijns inziens op grond van de Awb slechts worden aangenomen als ten aanzien van die gegevens een inlichtingen- of inzagevordering is gedaan, en daarvan is in casu geen sprake. Bij de beoordeling van de gegeven "bewaarvordering" is voorts van belang dat de wetgever overwoog dat andere toezichtbevoegdheden dan in Titel 5.2 worden genoemd op grond van het legaliteitsbeginsel slechts bij formele wet kunnen worden toegekend (TK 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 72). Een bewaarvordering is in de Awb niet te vinden.

mr. **S.M.C. Nuyten**, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam