



ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014

Autoriteit Consument en Markt,

Gelet op de artikelen 5:17 en 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de artikelen 51 en 89 van de Mededingingswet, artikel 70, vierde lid, eerste volzin, van de Spoorwegwet, artikel 48, vierde lid, laatste volzin, van de Drinkwaterwet, artikel 11.14a, eerste lid, tweede volzin, van de Wet luchtvaart en artikel 2.4, tweede lid, van de Wet Handhaving consumentenbescherming;

Besluit:

Artikel 1 Begripsomschrijvingen

In dit besluit wordt verstaan onder:

- 1 *ACM*: de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;
- 2 *ACM-organisatie*: de organisatie van het personeel als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;
- 3 *afronding van een onderzoek*: de definitieve afronding van de besluitvorming volgend op een onderzoek of, indien van toepassing, de definitieve afronding van het onderzoek benodigd voor nacontroles aangekondigd op het moment van definitieve afronding van de besluitvorming volgend op een onderzoek;
- 4 *Awb*: Algemene wet bestuursrecht;
- 5 *betrokkene*: degene die de geadresseerde is bij de inzet van de bevoegdheid van artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht;
- 6 *gegevens*: analoge of digitale gegevens;
- 7 *toezichthoudend ambtenaar*: degene die als zodanig op grond van het Besluit aanwijzing toezichthouders ACM is aangewezen;
- 8 *veiligstellen*: overzetten van gegevens door een toezichthoudend ambtenaar op een gegevensdrager van een toezichthoudend ambtenaar.

Artikel 2 Functionaris verschoningsrecht

1. De ACM-organisatie heeft één of meer functionarissen verschoningsrecht die toezien op het recht op geprivilegieerde correspondentie met een advocaat.
2. Een functionaris verschoningsrecht voert de hem in deze werkwijze toegekende taken onafhankelijk uit en legt over deze werkzaamheden, zonder in te gaan op inhoudelijke afwegingen, rechtstreeks verantwoording af aan ACM.
3. Een functionaris verschoningsrecht is niet betrokken en zal niet betrokken worden bij een onderzoek in welk verband hij gegevens heeft beoordeeld, noch bij een ander onderzoek waarvoor (een deel van) de gegevens uit het eerstbedoelde onderzoek worden gebruikt.

Artikel 3 Gegevens waarbij de toezichthoudend ambtenaar aanleiding ziet tot directe inzage

1. Betrokkene kan ten tijde van het vorderen van inzage in gegevens op grond van artikel 5:17, eerste lid, van de Awb kenbaar maken dat het (mede) geprivilegieerde correspondentie betreft.
2. De toezichthoudend ambtenaar gaat in dat geval na of de door betrokkene als zodanig geclaimde gegevens geprivilegieerd zijn door deze gegevens vluchtig in te zien.
3. Indien een toezichthoudend ambtenaar gegevens die vluchtig zijn ingezien als geprivilegieerd beoordeelt, legt hij deze gegevens terzijde. Indien de toezichthoudend ambtenaar niet overtuigd is van het geprivilegieerde karakter van als zodanig geclaimde gegevens en betrokkene volhardt in zijn claim, neemt de toezichthoudend ambtenaar de betreffende gegevens mee in een gesloten envelop.
4. Indien betrokkene aannemelijk maakt dat het vluchtig inzien al het geprivilegieerde karakter van de als zodanig geclaimde gegevens kan schaden, neemt de toezichthoudend ambtenaar de betreffende gegevens, zonder deze in te zien, mee in een gesloten envelop.



5. De toezichthoudend ambtenaar verstrekt de gesloten envelop, als bedoeld in het derde of vierde lid, aan de functionaris verschoningsrecht ter beoordeling van het geprivilegieerde karakter van de zich daarin bevindende gegevens.
6. De functionaris verschoningsrecht stelt betrokkene in de gelegenheid schriftelijk en gemotiveerd aan te geven welke gegevens, die aan de functionaris verschoningsrecht zijn voorgelegd, geprivilegieerd zijn. Artikel 5 is vervolgens van toepassing.

Artikel 4 Gegevens waarbij de toezichthoudend ambtenaar geen aanleiding ziet tot directe inzage

1. Een toezichthoudend ambtenaar kan aanleiding zien de inzage van gegevens te vorderen op grond van artikel 5:17 van de Awb zonder deze gegevens ten tijde van de vordering en het veilig stellen in te zien.
2. Voor zover betrokkene ten tijde van de vordering en het veiligstellen aangeeft dat gegevens bedoeld in het eerste lid mede geprivilegieerde correspondentie betreffen, stelt de toezichthoudend ambtenaar betrokkene in de gelegenheid aanwezig te zijn ten tijde van de inzage van deze gegevens ten kantore van ACM. Artikel 3 is in dat geval van overeenkomstige toepassing.
3. Voor zover betrokkene ten tijde van de vordering en het veiligstellen aangeeft dat de gegevens bedoeld in het eerste of tweede lid mede geprivilegieerde correspondentie betreffen en de toezichthoudend ambtenaar voornemens is deze gegevens in te zien buiten de aanwezigheid van betrokkene, legt de toezichthoudend ambtenaar deze gegevens – zonder inzage te nemen – voor aan de functionaris verschoningsrecht ter beoordeling van de claim van betrokkene.
4. De functionaris verschoningsrecht stelt betrokkene, in een situatie als bedoeld in het derde lid, in de gelegenheid schriftelijk en gemotiveerd aan te geven welke gegevens, die aan de functionaris verschoningsrecht zijn voorgelegd, geprivilegieerd zijn. Artikel 5 is vervolgens van toepassing.
5. In het geval dat een toezichthoudend ambtenaar mogelijk geprivilegieerde gegevens aantreft in een onderzoeksdataset in de zin van artikel 2.3 van de ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014, die niet als zodanig door betrokkene zijn geclaimd, legt hij deze gegevens terzijde en verstrekt hij deze gegevens aan de functionaris verschoningsrecht.

Werkwijze van de functionaris verschoningsrecht

Artikel 5.1 Toetsing claim(s)

De functionaris verschoningsrecht toetst het geprivilegieerde karakter van de door betrokkene als zodanig geclaimde gegevens in het licht van de door betrokkene aangedragen motivering.

Artikel 5.2 Claim(s) betrokkene ingewilligd

Indien en voor zover de functionaris verschoningsrecht van oordeel is dat de claim terecht is, stelt hij betrokkene hiervan schriftelijk in kennis. De functionaris verschoningsrecht draagt de gegevens die het betreft niet over aan de toezichthoudend ambtenaar.

Artikel 5.3 Claim(s) betrokkene (in eerste instantie) niet ingewilligd

1. Indien en voor zover de functionaris verschoningsrecht van oordeel is dat de claim niet terecht is, stelt hij betrokkene hiervan schriftelijk en gemotiveerd in kennis. Hij stelt betrokkene daarbij in de gelegenheid zijn standpunt schriftelijk nader toe te lichten.
2. Is de functionaris verschoningsrecht na deze nadere toelichting van oordeel dat de claim terecht is, dan handelt hij conform artikel 5.2.
3. Blijft de functionaris verschoningsrecht ook na deze nadere toelichting van oordeel dat de claim niet terecht is, dan stelt hij betrokkene hiervan schriftelijk en gemotiveerd in kennis. In deze kennisgeving deelt de functionaris verschoningsrecht mede dat hij de betreffende gegevens na verloop van 10 werkdagen aan de toezichthoudend ambtenaar zal verstrekken.

Artikel 6 Het hergebruik, de externe verstrekking en het bewaren van correspondentie

1. De correspondentie uitgewisseld tussen betrokkene en de functionaris verschoningsrecht wordt niet hergebruikt in een ander onderzoek of extern verstrekt aan een ander dan betrokkene;



2. De functionaris verschoningsrecht vernietigt de tussen hem en betrokkene uitgewisselde correspondentie. De vernietiging van de tussen hem en betrokkene uitgewisselde correspondentie loopt uiterlijk gelijk met de bewaartermijn als beschreven in artikel 2.6 van de ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014.

Artikel 7 Ondersteuning functionaris verschoningsrecht

Vanaf het moment dat een betrokkene heeft aangegeven welke gegevens geprivilegieerde correspondentie betreffen, worden de ondersteunende forensische IT-werkzaamheden betreffende deze gegevens uitsluitend uitgevoerd door een toezichthoudend ambtenaar die niet is betrokken en niet zal worden betrokken als toezichthoudend ambtenaar bij het betreffende onderzoek, noch bij een ander onderzoek waarvoor (een deel van) de gegevens uit het eerstbedoelde onderzoek worden gebruikt.

Artikel 8 Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van publicatie van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

Artikel 9 Citeertitel

Dit besluit wordt aangehaald als: ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 6 februari 2014

*Autoriteit Consument en Markt,
C.A. Fonteijn,*

F.J.H. Don,

J.G. Vegter.



TOELICHTING

Inleiding

De ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014 (hierna: de werkwijze) verschaft inzicht in de wijze waarop de ACM-organisatie omgaat met het recht op geprivilegieerde correspondentie tussen advocaat (al dan niet in dienstbetrekking) en betrokkene. De werkwijze geldt bij alle taken van ACM. Dit betekent dat de werkwijze zowel van toepassing is bij toezicht op de naleving van door ACM gehandhaafde regelgeving, als bij andere taken van ACM, zoals regulering.

De werkwijze geldt bij de uitoefening van de bevoegdheid inzage te vorderen van gegevens op grond van artikel 5:17 van de Awb. In het geval van uitoefening van de bevoegdheid gegevens te vorderen op grond van artikel 5:16 van de Awb, kan deze werkwijze overeenkomstig worden toegepast.

De werkwijze beoogt een balans te creëren tussen enerzijds het belang van ACM om zo spoedig mogelijk inzage in gegevens te verkrijgen en anderzijds het belang van betrokkene dat de door hem met zijn advocaat vertrouwelijk gewisselde correspondentie in het onderzoek terzijde wordt gelaten. Ook vanuit praktisch oogpunt is voor zowel betrokkene, als ACM een vooraf kenbaar gemaakte en heldere procedure van belang. Het bevordert een oplossing buiten rechte en beperkt aldus zoveel mogelijk de met juridische procedures samenhangende kosten en tijd.

De werkwijze expliciteert dat voor zover betrokkene dit wenst, bepaalde gegevens waarvan betrokkene aannemelijk heeft gemaakt dat het geprivilegieerde gegevens betreft, exclusief aan een functionaris verschoningsrecht worden voorgelegd ter beoordeling of het daadwerkelijk geprivilegieerde gegevens betreft.

ACM beschouwt documenten als geprivilegieerd ongeacht de vraag op welke regelgeving deze documenten betrekking hebben. Voor het overige wordt voor de materiële reikwijdte van het recht op geprivilegieerde correspondentie aangesloten bij de jurisprudentie. De werkwijze ziet op correspondentie met een advocaat voor zover deze correspondentie zich niet bij de advocaat bevindt. De werkwijze ziet niet op correspondentie met andere verschoningsgerechtigden dan een advocaat. De ACM-organisatie heeft de benodigde (technische) voorzieningen getroffen om naleving van de in deze werkwijze genoemde waarborgen te garanderen. De ACM-organisatie beschikt in dit verband onder meer over een afgesloten netwerk, niet toegankelijk voor een toezichthoudend ambtenaar waar correspondentie met de functionaris verschoningsrecht wordt opgeslagen, alsmede de gegevens die ter beoordeling aan de functionaris verschoningsrecht voorliggen.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 2

ACM streeft er naar, mede in het licht van artikel 2, derde lid, om het aantal functionarissen verschoningsrecht zo beperkt mogelijk te houden.

Artikel 2, derde lid

Hoewel een functionaris verschoningsrecht, gelet op zijn formele dienstbetrekking, niet volledig onafhankelijk is van ACM, heeft een functionaris verschoningsrecht van ACM de uitdrukkelijke opdracht om zijn werkzaamheden onafhankelijk te verrichten.

Artikel 3, eerste lid

Betrokkene is niet gehouden om, indien hij van mening is dat het document geheel of gedeeltelijk geprivilegieerd is, de volledige inhoud van het betrokken document te onthullen aan de toezichthoudend ambtenaar. Tegelijkertijd kan betrokkene niet volstaan met de enkele stelling dat bepaalde gegevens geprivilegieerd zijn. Betrokkene dient zijn claim te ondersteunen door bij de toezichthoudend ambtenaar omstandigheden aan te voeren dat het document daadwerkelijk door vertrouwelijkheid wordt beschermd (vgl. Hof 18 mei 1982, zaak 155/79 (*AM & S Europe Limited/Commissie*), ro. 29). Betrokkene kan met name laten weten wie de auteur ervan is en voor wie het bestemd is, de respectieve functies en verantwoordelijkheden van elk van hen uiteenzetten, en wijzen op het doel waarvoor en de context waarin het document is opgesteld. Zo kan de betrokkene ook de context waarin het document is gevonden, de wijze waarop het is geklasseerd of andere documenten waarmee het verband houdt, vermelden. (vgl. Gerecht 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 (*Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie*), ro. 80).



Artikel 3, tweede en derde lid

Alvorens een toezichthoudend ambtenaar gegevens terzijde laat, vergewist hij zich er – in het licht van de door de onderneming aangevoerde rechtvaardigingen – van dat het betrokken document daadwerkelijk vertrouwelijk is. In een groot aantal gevallen volstaat het om in dit verband vluchtig kennis te nemen van het algemene voorkomen van het document of van het opschrift, van de titel of van andere oppervlakkige kenmerken van het document (vgl. Gerecht 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 (*Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie*), ro. 81).

Artikel 3, vierde lid

Betrokkene heeft de mogelijkheid om de toezichthoudend ambtenaar – zelfs vluchtige – inzage te weigeren in een document waarvan de betrokkene aanvoert dat het door de vertrouwelijkheid wordt beschermd, als hij van mening is dat een dergelijk vluchtig onderzoek onmogelijk is zonder de inhoud van die documenten te onthullen en als hij de toezichthoudend ambtenaar hiervoor redenen geeft. Dit kan in het bijzonder het geval zijn indien de vorm van het betrokken document de vertrouwelijkheid ervan niet duidelijk maakt (vgl. Gerecht 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 (*Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie*), ro. 81 en 82). De toezichthoudend ambtenaar vermeldt in zijn verslag van ambtshandelingen, welke gronden betrokkene heeft aangevoerd om te stellen dat een vluchtig onderzoek in dat geval onmogelijk zou zijn.

Artikel 3, vijfde lid

De procedure die ACM in deze beleidsregel openstelt, waarbij de functionaris verschoningsrecht een rol toekomt bij de beoordeling of bepaalde gegevens vertrouwelijk zijn, is niet verplicht. Indien betrokkene – om welke reden dan ook – van mening is dat een beoordeling door de functionaris verschoningsrecht onvoldoende waarborgen biedt, staat het betrokkene vrij een (civiel) kort geding aan te spannen met betrekking tot de (vluchtig) inzage van het document door een toezichthoudend ambtenaar. De toezichthoudend ambtenaar kan in dat geval het betreffende document in een verzegelde envelop bij betrokkene achterlaten. Betrokkene heeft in dat geval 10 werkdagen om een dagvaarding bij de Staat der Nederlanden te laten betekenen. Indien betrokkene binnen 10 werkdagen daadwerkelijk een dagvaarding laat betekenen, zal de toezichthoudend ambtenaar – zolang de procedure in kort geding (en eventueel appel) loopt – geen kennis nemen van de gegevens die ter beoordeling van de voorzieningenrechter voorliggen. Indien betrokkene binnen 10 werkdagen geen dagvaarding bij ACM heeft laten betekenen, zal de toezichthoudend ambtenaar de verzegelde envelop overbrengen aan de functionaris verschoningsrecht en zal de functionaris verschoningsrecht vervolgens de verzegelde envelop openen en overgaan tot beoordeling van de gegevens die zich in de envelop bevinden.

Artikel 4, tweede lid

Indien de toezichthoudend ambtenaar de gevorderde en veiliggestelde gegevens inziet om te beoordelen of deze gegevens binnen-de-reikwijdte zijn en de betrokkene aangeeft dat het mede geprivilegieerde correspondentie betreft, stelt de toezichthoudend ambtenaar betrokkene in de gelegenheid aanwezig te zijn ten tijde van de inzage van deze gegevens ten kantore van ACM.

Artikel 4, derde lid

Indien bij de totstandkoming van de onderzoeksdataset redelijkerwijs te verwachten is dat de binnen-de-reikwijdte dataset gegevens kan bevatten die mede geprivilegieerde correspondentie betreffen en de toezichthoudend ambtenaar voornemens is deze gegevens in te zien buiten de aanwezigheid van betrokkene, legt de toezichthoudend ambtenaar deze gegevens – zonder inzage te nemen – voor aan de functionaris verschoningsrecht ter beoordeling van de claim van betrokkene.

Artikel 5.1 – artikel 5.3

Betrokkene dient de in deze artikelen genoemde correspondentie uitsluitend te richten aan de functionaris verschoningsrecht en daarbij duidelijk aan te geven dat het vertrouwelijke informatie betreft.

Artikel 5.2

In het geval van digitale gegevens draagt de functionaris verschoningsrecht ervoor zorg dat de gegevens niet worden toegevoegd aan de onderzoeksdataset in de zin van artikel 2.3 van de ACM Werkwijze onderzoek in digitale gegevens 2014.



Artikel 5.3, derde lid

De wachttijd van 10 werkdagen strekt ertoe betrokkene de mogelijkheid te bieden een (civiel) kort geding aan te spannen om te verhinderen dat de functionaris verschoningsrecht de betreffende gegevens aan de toezichthoudend ambtenaar zal verstrekken. Indien betrokkene binnen 10 werkdagen daadwerkelijk een dagvaarding bij de Staat der Nederlanden heeft laten betekenen, zal de functionaris verschoningsrecht – zolang de procedure in kort geding (en eventueel appel) loopt – de gegevens die ter beoordeling van de voorzieningenrechter voorliggen niet overdragen aan de toezichthoudend ambtenaar. Indien betrokkene binnen 10 werkdagen geen dagvaarding bij ACM heeft laten betekenen, zal de functionaris verschoningsrecht alsnog overgaan tot overdracht van de betreffende gegevens.