

RECHTSPRAAK

## **X/de Staat der Nederlanden, waarvan het ministerie van Economische Zaken en de Autoriteit Consument en Markt**

***ACM kopieert bestanden van mobiele telefoons werknemers in kader onderzoek. Voldoende waarborgen ter voorkoming inzage in gegevens waarop het onderzoek geen betrekking heeft.***

### *Feiten*

De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft in het kader van een onderzoek toegang gevorderd tot het kantoor van X. De ACM heeft tijdens het bedrijfsbezoek onder meer inzage gevorderd in de mobiele telefoons (c.q. smartphones) van zes bij X betrokken personen, waarbij de ACM ter plaatse een integrale kopie van de op die telefoon aanwezige gegevens heeft gemaakt (met uitzondering van gegevens betreffende video, audio en ringtones). X heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Gelet op die bezwaren heeft de ACM toegezegd dat zij de digitale gegevensdrager waarop zich de gekopieerde bestanden bevinden in een kluis zal bewaren en de gegevens pas zal ontsluiten nadat de voorzieningenrechter in een door X te entameren kort geding uitspraak heeft gedaan. De ACM heeft verklaard binnen de gekopieerde gegevens een selectie aan te brengen volgens een procedure die is vastgelegd in de Digitale Werkwijze. X vordert primair de ACM te gebieden de van de mobiele telefoons gekopieerde gegevens te vernietigen en subsidiair de ACM te verbieden de van de mobiele telefoons gekopieerde gegevens voor enig onderzoek te gebruiken totdat in een bodemprocedure is geoordeeld over de rechtmatigheid van dit onderdeel van het onderzoek van de ACM.

### *Oordeel*

De ACM heeft voldoende duidelijk gemaakt dat zij haar onderzoeksbevoegdheden heeft ingezet op een wijze die overeenkomt met de strekking van de daaraan ten grondslag liggende wetgeving. Daarbij geldt dat een onderzoek naar zijn aard altijd is gebaseerd op vermoedens. De ACM heeft toegelicht dat zij op basis van openbare bronnen en marktgesprekken tot deze vermoedens is gekomen. Dat de ACM zonder enig concreet aanknopingspunt tot de uitoefening van haar bevoegdheden is overgegaan is niet gebleken. Aan X is verder meegedeeld op overtreding van welk wets- c.q. verdragsartikel het onderzoek zich richt, de wijze waarop dit zou zijn geschied en het tijdvak waarbinnen dit zou hebben plaatsgevonden.

De wijze waarop dit is omschreven acht de voorzieningenrechter in de gegeven omstandigheden afdoende om X in staat te kunnen stellen na te gaan of op evenredige en zorgvuldige wijze van de onderzoeksbevoegdheden gebruik is gemaakt. Ook is voldoende toegelicht waarom het onderzoek zich richt op de bezochte entiteit. Niet in geschil is verder dat de zes personen waarvan de gegevens van de mobiele telefoon zijn gekopieerd op een zodanig niveau in de organisatie werkzaam zijn dat, zo er sprake is van afspraken over marktverdeling, zij hiervan op de hoogte zijn. Niet in geschil is dat de ACM de bevoegdheid heeft zakelijke gegevens in te zien en daarvan kopieën te maken. Evenmin is in geschil dat zich op de telefoons waarvan de gegevens zijn gekopieerd zakelijke gegevens kunnen bevinden. Dat ten minste de mogelijkheid bestaat dat zich op die telefoons ook privégegevens bevinden (waarvan geldt dat de ACM geen inzage- of kopieerrecht heeft) wordt eveneens door beide partijen erkend. Dat voor het inzien en kopiëren van gegevens van mobiele telefoons een voorafgaande rechterlijke machtiging is vereist, zoals X bepleit, volgt de voorzieningenrechter niet. De ACM heeft terecht opgemerkt dat de wetgever die eis niet stelt, zodat onduidelijk is welke rechter een dergelijke machtiging zou moeten geven en op grond waarvan dit zou moeten geschieden. Dat de wetgever voornemens is het Wetboek van Strafvordering te moderniseren en in het kader daarvan overweegt een voorafgaande rechterlijke machtiging verplicht te stellen bij het onderzoeken van elektronische gegevensdragers maakt dit niet anders. Dit reeds omdat de ACM haar bevoegdheid niet aan het Wetboek van Strafvordering ontleent, maar aan de Algemene wet bestuursrecht. De hoeveelheid gegevens op de zes mobiele telefoons tezamen is aanzienlijk (18,7 GB). De opgave waar de ACM voor staat is om uit die grote hoeveelheid gegevens de zakelijke gegevens, althans die zakelijke gegevens die van belang kunnen zijn voor haar onderzoek, te selecteren. Onweersproken is dat het gelet op de hoeveelheid gegevens niet mogelijk was om die selectie ter plaatse te maken. De aangewezen en in de jurisprudentie aanvaarde weg in dat geval is het maken van een kopie en op een later moment vanuit die kopie de selectie maken. Noodzakelijkerwijs zullen dan ook eventueel aanwezige privégegevens worden gekopieerd. De voorzieningenrechter acht dit evenwel niet onrechtmatig, gelet op het onderzoeksbelang van de ACM, waaraan redelijkerwijs niet op een andere wijze kan worden tegemoetgekomen. Het recht op privacy weegt in dit geval minder zwaar, mits er voldoende waarborgen zijn om te voorkomen dat de ACM inzage verkrijgt in gegevens zonder dat zij daartoe gerechtigd is. Deze waarborgen dienen in ieder geval in overeenstemming te zijn met het bepaalde in het Vinci-arrest (EHRM 2 april 2015, AB 2016/45). Vereist is dat, ingeval de onderzochte tijdens het onderzoek niet in staat wordt gesteld kennis te nemen van de inhoud van de in beslag genomen documenten en ook niet om de inbeslagname ter discussie te stellen, de kans worden geboden om achteraf op concrete en effectieve wijze de rechtmatigheid van de inbeslagname aan te vechten en om de teruggave dan wel vernietiging van de digitale documenten te verzoeken. De ACM voert aan dat deze waarborgen zijn opgenomen in de Digitale Werkwijze. De eerste selectie vindt automatisch plaats. Van daadwerkelijke inzage in aldan niet-geselecteerde gegevens is derhalve geen sprake. Daar komt bij dat X invloed kan uitoefenen op de gehanteerde zoekvragen. Voorts geldt dat X een kopie van de wel geselecteerde gegevens ontvangt en in staat zal worden gesteld aan te geven welke gegevens

naar haar mening ten onrechte in die selectie zijn opgenomen. Ingeval hierover geen overeenstemming wordt bereikt kan de rechter worden gevraagd hierover een oordeel te geven. Van belang hierbij is verder dat de ACM ter zitting heeft verklaard dat ook de personen van wie de mobiele telefoon is gekopieerd zelf in de gelegenheid zijn om aan te geven waarom dit niet-zakelijke gegevens zouden betreffen, zonder dit eerst aan X te melden. De privacy van de betrokken personen is daarmee voldoende gewaarborgd. Ook heeft de ACM verklaard dat de claim dat een bepaald bestand niet-zakelijk is, niet uitgebreid behoeft te worden gemotiveerd, zodat ook in dat opzicht tegemoet wordt gekomen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. Tot slot heeft de ACM onweersproken gesteld dat het technisch gezien niet mogelijk is de niet-geselecteerde gegevens te vernietigen zonder het bronbestand te verliezen. Wel wordt vastgesteld dat, anders dan bij een claim ter zake geprivilegieerde gegevens, een claim ter zake niet-zakelijke gegevens wordt beoordeeld door de onderzoeksleider. Dit kan tot gevolg hebben dat de onderzoeksleider kennis neemt van stukken waarvan achteraf komt vast te staan dat hiervoor geen grondslag aanwezig was. Het valt echter op voorhand niet in te schatten in hoeverre dit probleem zich daadwerkelijk voor zal doen. De enkele mogelijkheid dat dit het geval zal zijn is onvoldoende om tot toewijzing van het gevorderde over te gaan, temeer daar in voorkomend geval op dat moment een beroep op de (voorzieningen)rechter kan worden gedaan. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de Digitale Werkwijze voldoende waarborgen bevat, zodat de vorderingen van X niet toewijsbaar zijn.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:14150

**Zaaknummer:** C-09-540282-KG ZA 17-1288

**Rechters:** M.E. Groeneveld-Stubbe

**Advocaten:** G.J.K. Elsen, R. de Bree, R.W. Veldhuis en L. Sieverink

**Wetsartikelen:** 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en 5:17 Awb