

# Zoekresultaat - inzien document

## ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9781

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspr>

Instantie Rechtbank 's-Gravenhage

Datum uitspraak 05-10-2012

Datum publicatie 10-10-2012

Zaaknummer 425376 / KG ZA 12-878

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Kort geding

Inhoudsindicatie

In hoeverre kan de Staat op grond van artikel 5:20 Awb van eiseres medewerking verlangen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden in het kader van een kartelonderzoek.

Wetsverwijzingen [Algemene wet bestuursrecht](#)  
[Algemene wet bestuursrecht 5:16](#)  
[Algemene wet bestuursrecht 5:17](#)  
[Algemene wet bestuursrecht 5:20](#)

Vindplaatsen Rechtspraak.nl  
JOR 2012/326 met annotatie van Mr. S.M.C. Nuyten

## Uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: 425376 / KG ZA 12-878

Vonnis in kort geding van 5 oktober 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres],

gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,

advocaat mr. S.M.M.C. Vinken te 's-Hertogenbosch,

tegen:

de Staat der Nederlanden,  
(Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie),  
zetelende te 's-Gravenhage,  
gedaagde,  
advocaat mr. E.J. Daalder te 's-Gravenhage.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'eiseres' en 'de Staat'.

## 1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 25 september 2012 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Eiseres is actief op het gebied van digitaal forensisch onderzoek. Een dergelijk onderzoek achterhaalt sporen op computers en andere (elektronische) gegevensdragers. In opdracht van een onderneming wordt door eiseres een audit (digitaal forensisch onderzoek) bij deze onderneming verricht.

1.2. Door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) is recentelijk een onderzoek gestart naar mogelijk mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen die actief zijn in een bepaalde sector (hierna: het onderzoek).

1.3. In het kader van het onderzoek heeft de NMa op 29 februari 2012 een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan onderneming X. Gedurende dit onderzoek heeft de Staat een in opdracht van onderneming X door eiseres in 2010 opgesteld rapport aangetroffen.

1.4. Op 4 juli 2012 heeft de NMa opnieuw een onaangekondigd bedrijfsbezoek gedaan bij onderneming X en daarnaast een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan eiseres.

1.5. De NMa heeft - voor zover hier van belang - bij het bedrijfsbezoek bij eiseres de volgende omschrijving van het onderzoek gegeven:

"(...)

De Nederlandse Mededingingsautoriteit beschikt over aanwijzingen dat de heer (...) c.q. zijn onderneming (...) digitale werkzaamheden heeft verricht voor (...). 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 (...) mogelijk over voor het onderzoek relevante analoge en digitale gegevens beschikt. (...)"

1.6. Tijdens het bedrijfsbezoek bij eiseres heeft de NMa aan haar toegelicht dat er een concreet vermoeden bestaat dat onderneming X niet (meer) beschikt over alle data die aan het rapport van eiseres ten grondslag liggen, maar deze data zich mogelijk nog wel bij eiseres bevinden. Eiseres heeft in overleg met onderneming X haar medewerking verleend aan het onderzoek.

1.7. Op 10 juli 2012 is eiseres, vertegenwoordigd door haar directeur, door de NMa gehoord.

1.8. Bij brief van 13 juli 2012 heeft de NMa aan eiseres het volgende - voor zover hier van belang - bericht:

"(...)

Afgelopen dinsdag - 10 juli 2012 - heeft u het kantoor van de NMa in Den Haag bezocht. Bij die gelegenheid hebben NMa ambtenaren (...) inlichtingen bij u gevorderd ex artikel 5:16 Algemene Wet Bestuursrecht. Hierbij bevestig ik genoemde vordering op schrift.

De NMa doet momenteel onderzoek naar mogelijke overtreding(en) van artikel 6 van de Mededingingswet en/of artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (...). Eén van de ondernemingen waar de NMa onderzoek naar doet, is (...). Tijdens het onderzoek naar de werkzaamheden die u voor deze onderneming heeft verricht in 2010, is ambtenaren van de NMa gebleken dat u mogelijk afgelopen jaren soortgelijke mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft uitgevoerd voor andere ondernemingen in dezelfde sector. Het is niet bij voorbaat uit te sluiten dat het daarbij ondernemingen betreft waar de NMa momenteel onderzoek naar doet. Daarmee is het mogelijk dat de informatie uit uw onderzoeken relevant is voor het lopende onderzoek van de NMa

Om zich een beter beeld te vormen van de ondernemingen die u in onderzoek heeft gehad, verzoekt de NMa u om uiterlijk vrijdag 20 juli 2012 een overzicht te verstrekken van de ondernemingen (...) waarvoor u vanuit (...) mededingingsrechtelijke onderzoeken (of "audits") heeft uitgevoerd in de afgelopen vijf jaar.

Daarbij vraag ik u tevens om aan te geven:

- \* In welke periode u de werkzaamheden heeft uitgevoerd;
- \* Wie namens de onderneming aan u de opdracht heeft verleend.

Hierbij bevestig ik tevens dat NMa ambtenaren op 10 juli 2012 bij u gevorderd hebben dat u alle gegevens met betrekking tot mededingingsrechtelijke onderzoeken (...) die u namens (...) heeft uitgevoerd tot nader order beschikbaar houdt voor onderzoek van de NMa. Onder deze vordering vallen in ieder geval de administratie rond de opdracht (offerte, opdrachtverlening, beschrijving werkzaamheden etc.), zoektermenlijsten, rapportages aan de ondernemingen en digitale gegevens van de onderneming voor zover deze aan (...) zijn verstrekt in het kader van de genoemde mededingingsrechtelijke onderzoeken.

#### Medewerkingsplicht

Wellicht ten overvloede wijs ik u op de medewerkingsplicht die voortvloeit uit artikel 5:20 van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bij het overtreden van de medewerkingsplicht kan de NMa een boete opleggen van ten hoogste EUR 450.000,- of, als dit hoger is, één proces van de omzet van de onderneming. (...)"

1.9. Bij brief van 26 juli 2012 heeft de NMa het volgende - voor zover hier van belang - aan eiseres bericht:

"(...)

Op 10 juli jl. is op grond van artikel 5:16 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een vordering tot het verstrekken van inlichtingen en toe het tot nader order beschikbaar houden van gegevens aan u medegedeeld door NMa-ambtenaren (...). Van deze vordering heeft u een schriftelijke bevestiging ontvangen in mijn brief van 13 juli jl. (...). Naar aanleiding van de brief die uw advocate mij in reactie hierop op 19 juli jl. namens u zond, bericht ik u als volgt.

Ik kan niet meegaan in uw argumenten om de gevorderde inlichtingen niet aan de NMa te verstrekken. Aangezien u een partij bent die momenteel geen betrokkene is in een onderzoek van de NMa, is een specifiek onderzoeksdoel niet leidend bij het vorderen van inlichtingen en inzage in gegevens en bescheiden. Van een fishing expedition kan dan ook geen sprake zijn.

Op basis van artikel 5:16 en 5:17 Awb vorder ik dan ook nogmaals de reeds gevorderde inlichtingen: een overzicht van de ondernemingen (...) waarvoor u (...) mededingingsrechtelijke onderzoeken (of "audits") heeft uitgevoerd in de afgelopen vijf jaar. Daarbij dient u tevens aan te geven i) in welke periode u de werkzaamheden heeft verricht en ii) wie namens de onderneming aan u de opdracht heeft verleend.

Tevens vorder ik dat u alle gegevens met betrekking tot mededingingsrechtelijke onderzoeken (...) die u (...) heeft uitgevoerd en die u momenteel nog onder zich heeft, tot nader order beschikbaar houdt voor de NMa (en dus niet aan derden verstrekt).

Zoals reeds vermeld in mijn brief van 13 juli jl., rust op u een medewerkingplicht op basis van artikel 5:20 van de Awb.

Indien u niet aan mijn vordering voldoet, zal ik conform artikel 77 van de Mededingingswet juncto artikel 5:48 van de Awb overgaan tot het (doen) opmaken van een rapport niet meewerken. Dit rapport kan leiden tot het opleggen van een dwangsom of een sanctie van ten hoogste EUR 450.000,- of, als dit hoger is, één procent van de omzet van uw onderneming.

(...)"

1.10. Bij brief van 10 augustus 2012 heeft de NMa het volgende - voor zover hier van belang - aan de advocaat van eiseres bericht:

"(...)

Dit betekent dat de NMa er vanuit gaat dat alle gegevens met betrekking tot de mededingingsrechtelijke onderzoeken (...) tot nader order beschikbaar worden gehouden voor onderzoek van de NMa. Dit betekent onder meer dat (...) zich ervan dienen te onthouden om deze gegevens te vernietigen, te verwijderen of over te dragen aan een derde partij. Een en ander laat bovendien onverlet dat De NMa hangende het kort geding nadere handelingen kan verrichten ter voorbereiding van een rapport niet-medewerken.

Uit uw eerdere brief d.d. 19 juli 2012 en brief d.d. 3 augustus 2012 blijkt dat u van mening bent dat de NMa in strijd met artikel 5:13 Awb handelt bij het vorderen van de namen van (overige) cliënten (...) waarover (...) in de afgelopen vijf jaar mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft verricht. De proportionaliteit van de vordering van de NMa zal centraal staan in het kort geding dat u namens uw cliënte aanspant. Dienaangaande wil ik u nogmaals het volgende in overweging geven.

\* De NMa is begin dit jaar een onderzoek naar kartelafspraken (...) gestart;

\* In dit kader van dit onderzoek is de NMa gebleken dat (...) voor één van de ondernemingen die de NMa in onderzoek had een mededingingsrechtelijke "audit" heeft uitgevoerd. De NMa beschikt inmiddels over de rapportages van deze eerste "audit" die een groot aantal aanwijzingen bevatten voor mededingingsbeperkende gedragingen in de sector;

\* De NMa beschikt thans over concrete aanwijzingen dat (...) mogelijke ook voor andere ondernemingen in dezelfde sector dergelijke rapportages heeft opgesteld. Deze rapportages kunnen - mede gezien het karakter van de rapportages waarover de NMa al beschikt - van groot belang zijn om tot een juiste mededingingsrechtelijke beoordeling te komen van de gedragingen in de sector.

\* (...) adverteert aan ondernemingen de mogelijkheid om "boetes van de NMa en de EC te voorkomen", en biedt als diensten daartoe aan "het opruimen van "niet adequate" documenten", "het verwijderen van oude files" en "het opschonen van lokale discs en servers".

\* Om zich een beter beeld te kunnen vormen van de in het kader van het onderzoek van de NMa relevante ondernemingen, heeft de NMa in eerste instantie zijn vordering beperkt tot een overzicht van de namen van cliënten (en hun contactpersonen) (...) waarvoor (...) mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft opgesteld.

\* Een dergelijk overzicht biedt de NMa vervolgens eventueel de gelegenheid om op een later moment een gerichte vordering te doen (bij (...) of bij derden) naar bepaalde rapportages die voor het lopende onderzoek van belang kunnen zijn. De NMa heeft gemeend met deze stapsgewijze aanpas juist de belasting voor (...) tot het uiterste te beperken, en er voor zorg te dragen dat een eventuele vordering van rapportages en achterliggende documenten nadien zo gericht mogelijk kan gebeuren. (...)"

## 2. Het geschil

### 2.1. Eiseres vordert - zakelijk weergegeven -

primair: de Staat te gebieden het inlichtingen- en inzageverzoek alsmede de bewaarplicht van de gegevens zoals opgenomen in de brief van 13 juli 2012 en herhaald per brieven van 26 juli 2012 en (de voorzieningenrechter begrijpt:) 10 augustus 2012 van de Staat aan eiseres in te trekken en dit verzoek

ingetrokken te laten waarmee de grondslag tot het opstellen van een rapport ex artikel 77 Mededingingswet jo artikel 5:48 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) komt te vervallen, althans totdat hierop is beslist in de bodemprocedure;

subsidiar: voor zover eiseres gehouden is medewerking te verlenen, de Staat te gebieden een nieuwe vordering te doen onder intrekking van de huidige vordering waarbij de Staat gehouden is aan eiseres gericht en specifiek het (onderzoeks)doel te vermelden alsmede een specificatie te geven ten aanzien van de onderneming alsmede ten aanzien van het soort documenten waarvan de Staat concreet inzage en inlichtingen wenst.

2.2. Daartoe stelt eiseres het volgende. De Staat handelt onrechtmatig door van eiseres te verlangen dat zij bepaalde inlichtingen verstrekt, meer in het bijzonder de namen van opdrachtgevers van eiseres, en dat zij tot nader order data moet bewaren voor zover deze data betrekking hebben op werkzaamheden verricht voor voornoemde opdrachtgevers. De Staat komt namelijk geen bevoegdheden toe ten aanzien van eiseres, omdat eiseres als derde moet worden aangemerkt die op geen enkele wijze betrokken is bij een mogelijke overtreding van de Mededingingswet. Dit geldt te meer nu in dit geval een concreet onderzoekssubject ontbreekt. Voor zover de Staat wel gerechtigd is om zijn toezichts- en onderzoeksbevoegdheden uit te oefenen jegens eiseres dient de Staat hierin zeer terughoudend te zijn. In dat verband is van belang dat eiseres niet betrokken is bij het onderzoek van de Staat. Er zijn bovendien voor de Staat minder belastende wegen te bewandelen om over de gewenste gegevens te beschikken. Ten slotte geldt dat voor zover de Staat zijn toezichts- en onderzoeksbevoegdheden mag uitoefenen jegens eiseres er op zijn minst genomen sprake moet zijn van een gericht onderzoeksdoel en de uitoefening van deze bevoegdheden moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.

2.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

### 3. De beoordeling van het geschil

3.1. Eiseres legt aan haar vordering ten grondslag dat de Staat jegens haar onrechtmatig handelt. Daarmee is in zoverre de bevoegdheid van de burgerlijke rechter - in dit geval de voorzieningenrechter in kort geding - tot kennisneming van de vordering gegeven.

3.2. De Staat heeft betoogd dat de vorderingen van de NMa zijn gebaseerd op de artikelen 5:16 en 5:20 Awb die bepalen dat een toezichthouder bevoegd is om inlichtingen te vorderen en een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van diens bevoegdheden. Volgens de Staat zijn de ambtenaren van de NMa bij het onderzoek en met het gebruik van hun bevoegdheden binnen de kaders van de toepasselijke regelgeving gebleven. Het verzoek aan eiseres om een overzicht van haar opdrachtgevers te verstrekken is niet te verstrekkend. De vordering is immers beperkt tot één bepaalde sector en die informatie is voor eiseres eenvoudig te verzamelen. Het is voor de Staat bezwaarlijk om de informatie bij de betrokken ondernemingen op te vragen omdat enkele van die ondernemingen nog niet van het onderzoek op de hoogte zijn. Bovendien zou navraag ertoe kunnen leiden dat de aangezochte onderneming informatie uit haar administratie zal verwijderen. Verder is het niet uitgesloten dat de ondernemingen die de Staat in dit verband op het oog heeft bij de kartelgedragingen zijn betrokken en het feit dat een dergelijke onderneming een audit heeft uitgevoerd kan relevante informatie voor het opsporingsonderzoek opleveren. Ten slotte zou het gericht vragen aan ondernemingen of eiseres een audit heeft uitgevoerd ook stigmatiserend voor eiseres kunnen werken. Het verzoek om een lijst met opdrachtgevers is daarom een kleine stap in dit onderzoek dat het proportionaliteitsbeginsel niet te buiten gaat. Wat betreft haar tweede verzoek met betrekking tot het bewaren van data geldt dat dit verzoek uit het oogpunt van proportionaliteit is beperkt tot namen, onderzoeksperioden en opdrachtgevers. Met dit verzoek wil de Staat voorkomen dat, als het noodzakelijk zou blijken dat zij informatie van eiseres moet opvragen omdat de informatie bij de desbetreffende onderneming in de administratie ontbreekt, deze informatie ook niet meer bij eiseres voorhanden is. Het doel van dit verzoek is de status quo te handhaven, aldus de Staat.

3.3. Ter beoordeling ligt voor in hoeverre de Staat in deze zaak op grond van artikel 5:20 Awb van eiseres

medewerking kan verlangen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. In dat kader wordt allereerst het volgende overwogen. Niet in geschil is dat de Staat beschikt over concrete aanwijzingen dat ondernemingen in een bepaalde sector kartelafspraken hebben gemaakt en in het kader van het onderzoek daarnaar een bedrijfsbezoek is afgelegd bij onderneming X. Naar aanleiding van dat bedrijfsbezoek heeft de Staat kennisgenomen van het rapport dat eiseres in opdracht van onderneming X heeft opgesteld. Vervolgens heeft de Staat een bedrijfsbezoek aan eiseres gebracht om de data die aan het rapport ten grondslag lagen en bij onderneming X niet (meer) aanwezig waren bij eiseres op te vragen. Naar voorlopig oordeel heeft de Staat in dit verband de medewerking van eiseres, als derde, kunnen verlangen. De in artikel 5:20 Awb neergelegde medewerkingsplicht van een derde impliceert immers mede een plicht tot het verstrekken van inlichtingen en tot afgifte van gevorderde gegevens en bescheiden (MvT, Kamerstukken II 1993-1994 23 700, nr. 3, p. 147). Dat voormelde handelwijze van de Staat als disproportioneel of in strijd met het evenredigheidsbeginsel kan worden aangemerkt is niet aannemelijk geworden. Ten slotte wordt nog overwogen dat eiseres indien zij krachtens een wettelijke plicht gegevens aan derden moet verstrekken niet in strijd handelt met haar geheimhoudingsplicht die zij zelf contractueel met haar opdrachtgevers is overeengekomen.

3.4. De wettelijke verplichting van eiseres om - als derde - haar medewerking te verlenen aan de Staat bij de uitoefening van diens bevoegdheden vindt zijn begrenzing in het hiervoor genoemde evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel. Het is voldoende aannemelijk geworden dat de Staat met deze beginselen in strijd handelt door thans van eiseres een lijst te verlangen van haar opdrachtgevers binnen de sector waarop het onderzoek van de Staat is gericht. Vaststaat immers dat nog niet bekend is of en zo ja tegen welke van deze ondernemingen een vermoeden van overtreding van het kartelverbod bestaat. Artikel 5:20 Awb biedt naar voorlopig oordeel 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. Medewerking kan door de Staat van een derde worden verlangd bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Het ligt derhalve niet op de weg van eiseres om de Staat van een lijst met namen van haar opdrachtgevers te voorzien, aan de hand van welke lijst de Staat dan vervolgens kan gaan bekijken welke van deze ondernemingen hij verder bij het onderzoek kan betrekken. Dat het voor de Staat bezwaarlijk is om de bedoelde informatie bij de betrokken ondernemingen op te vragen omdat deze ondernemingen nog niet weten dat zij onderwerp zijn van het onderzoek maakt dat niet anders. Dat is immers een omstandigheid die voor rekening en risico komt van de Staat. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid dat informatie bij de hiervoor bedoelde ondernemingen zal verdwijnen voordat de Staat daar beschikking over heeft weten te krijgen.

3.5. De voorzieningenrechter overweegt ten aanzien van de vordering tot het bewaren van data het volgende. Niet in geschil is dat eiseres over gegevens beschikte die zich niet meer in de administratie van onderneming X bevonden. Het is mogelijk, zoals ook door eiseres ter zitting verklaard, dat er zich bij eiseres gegevens bevinden van andere ondernemingen waar de Staat een onderzoek naar doet. Zoals hiervoor reeds is geoordeeld kan de Staat in het geval dat deze gegevens niet meer bij laatstgenoemde ondernemingen aanwezig zijn deze gegevens in het kader van het onderzoek bij eiseres opvragen. Gelet hierop en de beperkte duur van het onderzoek dat desgevraagd volgens de Staat nog enkele weken in beslag neemt is het naar voorlopig oordeel niet disproportioneel als van eiseres wordt verlangd dat zij voor een periode van drie maanden na de datum van dit vonnis de data, die mogelijk van belang kunnen zijn voor het onderzoek, bewaart.

3.6. Gelet op het vorenstaande zal de (primaire) vordering van eiseres worden toegewezen met dien verstande dat zal worden bepaald dat eiseres niet gehouden is om het in de brieven van 13 juli 2012, 26 juli 2012 en 10 augustus 2012 bedoelde overzicht te verstrekken en voorts dat eiseres wel gehouden is om de in voornoemde brieven bedoelde data te bewaren voor een periode van drie maanden na de datum van dit vonnis.

3.7. De Staat zal, als de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

#### 4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- bepaalt dat eiseres 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 in deze brieven bedoelde data ten behoeve van de Staat te bewaren voor een periode van drie maanden na de datum van dit vonnis;
  
- veroordeelt de Staat in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van eiseres begroot op € 1.481,64, waarvan  
€ 816,-- aan salaris advocaat, € 575,-- aan griffierecht en € 90,64 aan dagvaardingskosten;
  
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
  
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en in het openbaar uitgesproken op 5 oktober 2012.

evdt