



De ACM op bezoek...

Karin Schuiling (ACM) en Marc Custers (Loyens & Loeff N.V.)

Amsterdam, 13 april 2023

DMS number

LOYENS  LOEFF

COMPETITION &
REGULATORY



Onderwerpen

1. Wettelijke kader & bevoegdheden ACM
2. Vóór het bedrijfsbezoek
3. Tijdens het bedrijfsbezoek
4. Ná het bedrijfsbezoek



- Relevant wettelijke kader
 - Algemene wet bestuursrecht
 - Instellingswet ACM
 - Mededingingswet
- Bevoegdheden ACM
 - Proportionaliteit (art. 5:13 Awb)
 - Betreden van bedrijfsruimte & voertuigen (art. 5:15 Awb)
 - Betreden & doorzoeken van woningen (artt. 12c, 12d Iw, artt. 50-51 Mw),
 - Bijzondere situatie: thuiswerkplek?
 - Vorderen van mondelinge én schriftelijke inlichtingen (art. 5:16 Awb)
 - Vorderen van inzage in zakelijke gegevens & bescheiden (art. 5:17 Awb)



- Aanleiding onderzoek is heel divers
 - Tips, signalen en klachten (vormvrij)
 - Clementie
 - Handhavingsverzoek
 - Ambtshalve onderzoek
 - ...

- Prioriteringsbeleid ACM
 - Criteria: schadelijkheid, maatschappelijk belang, doeltreffendheid & doelmatigheid
 - ACM mag prioriteren (gerichte inzet schaarse middelen)
 - Zie o.a. *Stichting Platform Makers*, ECLI:NL:RBROT:2013:9461; *Riedel*, ECLI:NL:RBROT:2021:7277; *VVR*, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700 en ECLI:CBB:2015:407; en *NBA*, ECLI:NL:RBROT:2022:5482

- Als vermoeden van overtreding, dan onderzoeksaanpak uitwerken en voorbereiden
 - Inhoudelijk
 - Logistiek

- Voor de onderneming
 - Compliance training
 - E-learning
 - *Mock dawn raid*
 - Audit
 - Invalinstructie
- Voor de advocaten
 - Samenstelling team
 - Voorbereiding teamleden



Vóór het bedrijfsbezoek – En wat bij de advocatuur?



Stel lijst van personen samen die de ambtenaren te woord staan



Wijs contactpersoon en vervanger aan



Stel 'dawn raid team' samen



Maak invalinstructie en geef invaltraining



Houd documenten vallend onder het verschoningsrecht apart

Vóór het bedrijfsbezoek - En wat bij de advocatuur?



Interne communicatie over onderzoek



Externe communicatie over onderzoek

- Algemene opzet bedrijfsbezoek
 - ACM treedt binnen
 - Openingsgesprek met onderneming
 - Onderzoek ACM: digitaal onderzoek, verhoren, analogoog onderzoek
 - Vorderen van inzage (art. 5:17 Awb) en/of inlichtingen (art. 5:16 Awb)
 - Afsluitend gesprek
- Bijzonderheden:
 - Inzet sterke arm (art. 5:15 lid 2 Awb)
 - Mogelijkheid tot verzegelen (art. 12b Iw)
 - Bedrijfsbezoek is feitelijk handelen, dus toegang tot civiele rechter of klachtenfunctionaris
 - Civiele rechter m.b.t. toezichtsbevoegdheden: *Difotrust/Staat - medewerkingsplicht derde*, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA:3041 en diverse kort geding vonnissen inz. digitale werkwijze



Openingsgesprek

- Legitimeren
- Uitreiken onderzoeksdoel aan onderneming
 - Mogelijk onderzoeksdoel uitbreiden (o.a. ECLI:NL:RBDHA:2021:7149)
- Bevoegdheden ACM
- Recht op bijstand, medewerkingsplicht (art. 5:20 Awb) & zwijgrecht (art. 5:10a Awb & art. 12i Iw)
 - Wissen van informatie = niet medewerken (zie zaak ACM/19/035612)
- ACM wijst op clementiemogelijkheid
- Praktische verzoeken van de ACM, zoals teamruimte voor ACM'ers & IT-contactpersoon
- Teamleider is aanspreekpunt
- Na openingsgesprek wacht ACM max 30 minuten op advocatuur

Tijdens het bedrijfsbezoek – ACM en advocatuur



Identificatie autoriteiten



Vraag naar de onderzoeksopdracht (maak een kopie)



Vraag naar de identificatiebewijzen van de ambtenaren



Neem autoriteiten mee naar lege kamer



Bel direct externe advocaat



Autoriteit
Consument & Markt

Besluit onderwerp

Bijlage AMZ 12

Zaaknummer

Dat. onderv.:

De melding van een vermoeden van artikel 9 van de Mededingingswet wordt artikel 121 van het
Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (in de volgende afz.) aan te
kunnen naar de onderzoeksopdracht die voortvloeit uit dit artikel.

[Redacted information]

Datum: [Redacted]

Tekst:

Ruimte voor eventuele aanvulling:

Datum aanvulling:

Tijdstip aanvulling:

Pagina
1/1

Digitaal onderzoek

- Continu in ontwikkeling
- Ziet op alle mogelijke digitale bronnen, zoals e-mail, documenten, chatapps, etc
 - Locatie van data-opslag relevant?
- Vaak grote hoeveelheden data
- Maken van een forensische kopie (HASH-waarden)
- In de praktijk veruit het belangrijkste voor bewijsvoering ACM
- Afgelopen jaren diverse kort geding procedures gevoerd over digitale werkwijze ACM



Digitaal onderzoek in de praktijk

- Samenstellen ‘binnen de reikwijdte’ dataset m.b.v. zoektermen en zoekvragen
 - ECLI:NL:GHDHA:2019:470 → ACM heeft ruime discretionaire bevoegdheden bij het formuleren van zoektermen, protest zal niet snel slagen.
- Mogelijkheid geprivilegieerde (LPP) en niet-zakelijke (NZ) gegevens te identificeren
 - Functionaris verschoningsrecht (grondslag: 5:20 lid 2 Awb en 6b lid 3 lw ACM, uitgewerkt in Digitale Werkwijze)
- Zoekslag kan op locatie (vgl. Commissie) en/of op kantoor ACM
 - Telefoon in het algemeen op locatie
- Selecteren relevant materiaal op telefoons
 - Onderscheid zakelijke telefoon / privé telefoon relevant?
 - Mag aanwezige privégegevens kopiëren (ECLI:NL:RBDHA:2017:14150)
 - Kort inzage nemen in chats om te bepalen of in-scope (ECLI:NL:RBDHA:2021:7149)



Verhoor

- Bijstand advocaat (art. 6 lid 3 sub c EVRM)
- Maar: ECLI:NL:CBB:2014:116 (Salduz-arrest (EHRM 27 november 2008, AB 2010, 82) en ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7968) → hoe moeten we deze uitspraak zien?
- Medewerkingsplicht 5:20 Awb → onderwerpen aan verhoor verplicht
- 5:10a Awb → zwijgrecht + cautieplicht ACM
 - Onderscheid wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal
- Leugenachtige verklaring
- Praktisch:
 - Opname verhoor
 - Verslag (meestal ter plekke opgesteld) + ondertekening

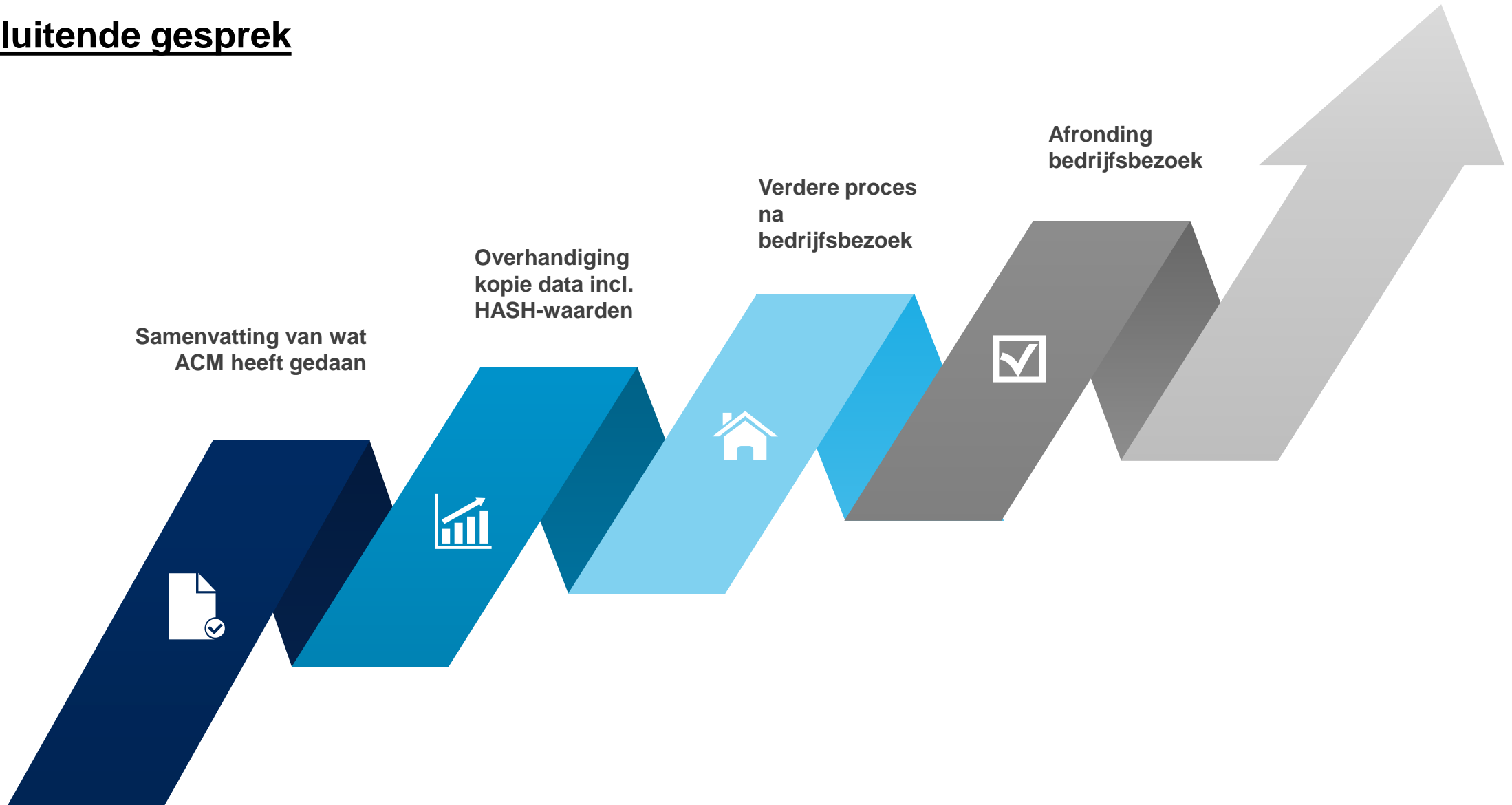
Analoog onderzoek

- Zoekend rondkijken vs. systematisch doorzoeken?
- ACM moet kunnen vaststellen dat bepaalde dossiers inderdaad niet relevant zijn
 - NB: als uitbreiding onderzoeksoopdracht, dan kan alsnog er naar worden gekeken
- Vroeger kopiëren van documenten, nu: inscannen
- Geprivilegieerd materiaal
- Mogelijkheid tot verzegelen (art. 12b lw)

Afsluitende gesprek

- Samenvatting van wat ACM heeft gedaan
- Overhandiging kopie data incl. HASH-waarden
- Verdere proces na bedrijfsbezoek
- Afronding bedrijfsbezoek

Afsluitende gesprek



- Externe communicatie over het bedrijfsbezoek
- Eventueel afronding digitale werkwijze

- Onderzoeksteam gaat verder met onderzoek
- Communicatie over eindconclusie onderzoeksteam aan onderneming én extern

- In geval van rapport: dataroom in sanctiefase mogelijk



- Overleg met cliënt
- Eigen onderzoek
- Clementie
 - Wat valt er te winnen?
 - Wat valt er te verliezen?