

Wet openbaarheid van bestuur (WOB)

Een voormalig lid van provinciale staten van Gelderland had het college van gedeputeerde staten verzocht om openbaarmaking van de zogenoemde Quick Scan van het onderzoek naar declaraties van gedeputeerden over 2008. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State staan in de Quick Scan opvattingen, voorstellen, aanbevelingen en conclusies van de met de opstelling van het document belaste ambtenaar, waardoor deze persoonlijke beleidsopvattingen bevatten. Deze hoeven op grond van artikel 11 van de WOB niet te worden verstrekt. Een beoordeling van door de ambtenaar geselecteerde feiten in het document is een samenhangend geheel van kwalificerende oordelen over het declaratiegedrag van de leden van gedeputeerde staten en is zodanig met de persoonlijke beleidsopvattingen verweven, dat gedeputeerde staten ook deze informatie niet hoefde te verstrekken (ABRS 22 mei 2013, zaaknummer 201206872/1).

De burgemeester van Rotterdam hoeft adviezen en notulen van overleggen ter voorbereiding door politie, justitie en gemeente op het dancefeest Sunset Grooves in Hoek van Holland in augustus 2009 niet openbaar te maken. Een journalist van NRC Handelsblad die daarom had verzocht kreeg geen gelijk. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn zowel de adviezen die de burgemeester heeft ingewonnen over de vergunningverlening voor het dancefestival als de notulen van de overleggen met betrekking tot het evenement, opgesteld ten behoeve van intern beraad als bedoeld in artikel 11 van de WOB (ABRS 22 mei 2013, zaaknummer 201108747/1).

ARTIKELEN

EUROPEES / ECONOMISCH RECHT

Mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP, Den Haag

Mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn, Den Haag

Bevoegdheden ACM: vorderen van inlichtingen bij derden en gebruik maken van tapgegevens OM 13-087

(Gast)auteurs: mw. mr. M.A.M.L. van de Sanden en mw. mr. J.I. Kohlen Bird & Bird L.L.P., Den Haag

Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Instellingswet op 1 april 2013 is de Autoriteit Consument en Markt ('ACM') van start gegaan. De NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit zijn daarbij samen gekomen in één toezichthouder. Met de Instellingswet en het voorstel tot wet voor de zogenoemde Stroomlijningswet worden de bevoegdheden van de toezichthouder(s) geharmoniseerd maar ook uitgebreid. Zo is door ACM-breed reeds een zeer ruime bevoegdheid tot informatie-uitwisseling (artikel 7 IW) geïntroduceerd en wordt door middel van de Stroomlijningswet een ruimere informatievergaringsbepaling in artikel 6b IW geïntroduceerd.

Dat dit tot kritische vragen omtrent de rechtsbescherming leidt is onvermijdelijk. Het is daarbij van belang om goed voor ogen te hebben hoever de bevoegdheden van de ACM reiken. Recentelijk zijn twee vonnissen gewezen waarin de bevoegdheden van de ACM (destijds NMa) ter discussie staan (Gerechtshof Den Haag, 23 april 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041 en rechtbank Rotterdam, 13 juni 2013 ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079). In deze bijdrage wordt bij deze uitspraken stilgestaan.

Bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen

In de eerste uitspraak gaat het om de vraag in hoeverre de ACM een derde partij die niet zelf betrokken is bij het kartel kan

verzoeken belastende informatie te overhandigen die ziet op de karteldeelnemers.

De feitelijke situatie was kort samengevat de volgende. In het kader van een onderzoek naar kartelvorming in een bepaalde sector bracht de ACM een onaangekondigd bedrijfsonderzoek aan onderneming X. Daar trof de ACM een rapport aan dat was opgesteld door Difotrust. Difotrust verricht digitaal forensisch onderzoek, inhoudende dat de computers van de klanten worden onderzocht op mogelijke aanwijzingen van overtreding van het mededingingsrecht. De uitkomst van het onderzoek wordt aan de klant gerapporteerd, die vervolgens kan besluiten eventuele sporen uit te wissen.

Na een bedrijfsonderzoek van de ACM aan Difotrust blijkt dat Difotrust over stukken beschikte die niet bij onderneming X zelf waren aangetroffen. Bij brief heeft de ACM vervolgens aan Difotrust verzocht een overzicht te verstrekken van de ondernemingen in de sector die aan kartelonderzoek onderhevig is en waarvoor zij mededingingsrechtelijke onderzoeken heeft uitgevoerd in de afgelopen vijf jaar en daarbij te vermelden in welke periode de werkzaamheden zijn uitgevoerd en wie namens de onderneming de opdracht heeft verleend (hierna: het overzicht). Difotrust weigert het overzicht te verstrekken en vordert in kort geding intrekking van het verzoek van de ACM.

De voorzieningenrechter wijst de vordering gedeeltelijk toe. Zij legt daaraan ten grondslag dat de ACM op grond van artikelen 5:16 en 5:20 Awb bevoegd is om de gegevens op te vragen. Uitgangspunt is echter dat de ACM niet de mogelijkheid heeft om bij derden willekeurig gegevens op te vragen op basis waarvan dan vervolgens beoordeeld kan worden of toezichhoudende bevoegdheden zullen worden ingezet, aldus de voorzieningenrechter. Dit zou namelijk ook tot een zogenaamde fishing expedition leiden hetgeen uiteraard niet is toegestaan en niet binnen de grenzen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur valt en buiten het bepaalde in artikel 5:13 lid 1 Awb zal vallen. Artikel 5:13 lid 1 Awb bepaalt namelijk dat een toezichhouder van zijn bevoegdheden gebruik mag maken slechts voor zover dat redelijker-

wijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (het evenredigheidsbeginsel) dat ook in artikel 5:20 lid 1 Awb is opgenomen. In het onderhavige geval constateert de voorzieningenrechter dan ook dat sprake is van willekeur doordat nog niet bekend is of en, zo ja, tegen welke van de ondernemingen een vermoeden van overtreding van het kartelverbod bestaat. Door een algemeen overzicht op te vragen van de ondernemingen welke Difotrust tot haar klantenkring mag rekenen handelt de ACM in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

Op 23 april 2013 heeft het Gerechtshof Den Haag het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd. Het Hof stelt voorop dat geen sprake is van willekeur. De vordering betreft immers gegevens waarvan niet ter discussie staat dat Difotrust daarover beschikt. Bovendien staat vast dat de ACM concrete aanwijzingen heeft dat de ondernemingen in de betreffende sector kartelafspraken hebben gemaakt. Meer in het bijzonder wordt nadrukkelijk slechts de identiteit van de klanten en niet de inhoud van de rapporten gevorderd. Gelet op deze omstandigheden, in onderling verband bezien, concludeert het Hof dat geen sprake is van disproportionaliteit. Dat de ACM het overzicht ook bij de ondernemingen zelf had kunnen vorderen leidt er in dit geval dan ook niet toe dat in strijd met de grenzen die de bevoegdheid van artikel 5:20 Awb afbakenen - te weten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het evenredigheidsbeginsel - is gehandeld. Uit artikel 5:20 Awb vloeit immers niet voort dat alleen aan een derde informatie kan worden gevraagd indien die informatie niet meer bij de potentiële overtreder zelf aanwezig is. Daar komt volgens het Hof bij dat de ACM niet weet wie de klanten van Difotrust zijn en de identiteit slechts anders zou kunnen achterhalen door bij iedere willekeurige onderneming in de sector onderzoek te doen. Het opvragen van het overzicht bij Difotrust is daarmee het meest voor de hand liggende alternatief voor de ACM.

Alvorens het Hof tot deze conclusie komt, overweegt het Hof echter wel dat de omstandigheid dat de gegevens ook op een andere manier te achterhalen zijn (dan opvragen daarvan bij een derde), in een concreet geval kan meebrengen dat het

vragen van informatie aan een derde onevenredig is. Dat het opvragen van informatie bij ondernemingen die nog niet weten dat zij onderwerp van onderzoek zijn bezwaarlijk is voor de ACM, is een risico dat voor rekening van ACM komt. Het Hof overweegt dat deze omstandigheid wel degelijk van belang kan zijn voor de vraag of de ACM disproportioneel handelt door de bewuste gegevens niet bij die ondernemingen maar bij de derde (Difotrust) op te vragen. Uiteindelijk komt het Hof toch tot de voormelde conclusie dat ACM niet disproportioneel heeft gehandeld.

Tapgegevens OM

De tweede uitspraak betreft het gebruik van telefoontaps die het Openbaar Minister (OM) in het kader van een strafrechtelijk onderzoek heeft vergaard. Het OM was een onderzoek gestart naar ambtelijke corruptie in Zuid-Limburg waarbij gebruik is gemaakt van haar bevoegdheid om telefoongesprekken af te tappen. Bij het OM rees aan de hand van die telefoongesprekken het vermoeden dat tussen (Limburgse) bouwbedrijven onderling prijsafspraken waren gemaakt.

Daarop heeft het OM de telefoontaps aan de ACM ter beschikking gesteld en formeel toestemming gegeven voor het gebruik van de tapverslagen. De ACM heeft vervolgens op basis van die gesprekken de betrokken ondernemingen en natuurlijke personen een boete opgelegd vanwege een overtreding van het kartelverbod. In de onderhavige zaak zijn de beboete partijen van mening dat de ACM geen gebruik had mogen maken van de telefoontaps van het OM.

De rechtbank Rotterdam heeft op 13 juni 2013 de beboete partijen in het gelijk gesteld. De rechtbank oordeelt dat artikel 39f de Wet justitiële strafvorderlijke gegevens ('Wjsg') meebrengt dat strafvorderlijke gegevens uitsluitend aan derden mogen worden verstrekt indien daaraan een zwaarwegend algemeen belang aan ten grondslag ligt. De achterliggende gedachte daarbij is dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) moet worden gewaarborgd. Het OM heeft echter niet gemotiveerd welk zwaarwegend belang met de verstrekking van de te-

lefoontaps aan de ACM is gediend. Voorts is niet gebleken dat het OM heeft getoetst of de verstrekking voldoet aan de beginsele van proportionaliteit en subsidiariteit. Door geen kenbare, toetsbare afweging te maken kan de naleving van de eisen, die de Wjsg stelt, niet worden getoetst. Uiteindelijk concludeert de rechtbank tevens dat de ACM een eigen verantwoordelijkheid heeft om, alvorens gebruik te maken van de gegevens, zich ervan te vergewissen dat en waarom het OM van oordeel was dat sprake was van een zwaarwegend algemeen belang. Bij deze overweging neemt de rechtbank in aanmerking dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen de ACM geen bevoegdheid tot het aftappen van telefoongesprekken te geven. De telefoontaps hadden dan ook niet als bewijs gebruikt mogen worden. Nu de gehele bewijsvoering van de ACM was gebaseerd op de telefoongesprekken of verklaringen na confrontatie met de tapverslagen is de rechtbank van oordeel dat de overtreding niet bewezen kan worden en de ACM geen boete had mogen opleggen.

Ten slotte

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de artikelen 5:16 en 5:20 Awb verstrekkende verplichtingen met zich meebrengen. Deze verstrekkende verplichtingen voor ondernemingen worden nog strikter en de gevolgen voor de rechtsbescherming worden ernstiger door de artikelen 7 IW en 6b Stroomlijningswet waar in een nog ruimere bevoegdheid tot informatievergaring voor de ACM wordt geregeld welke informatie vervolgens op grond van artikel 7 IW binnen ACM vrijelijk kan worden uitgewisseld. Het vereiste om mee te werken aan een vordering om inlichtingen door de ACM wordt door het Hof ruim uitgelegd, óók als het gaat om een vordering tot inlichtingen bij derden. Noemenswaardig is daarbij dat het Hof nadrukkelijk overweegt dat het hier niet om inhoudelijke gegevens gaat en dat altijd moet worden getoetst of het evenredig is dat de ACM gegevens bij een derde opvraagt in plaats van de betrokken onderneming zelf. Er lijkt aldus een cruciaal onderscheid tussen het vorderen van de identiteit van de ondernemingen en het vorderen van inhoudelijke informatie te bestaan. De uitspraak omtrent de tapgegevens illustreert bovenal dat de bevoegdhe-

den van de ACM niet oneindig zijn. Voor het gebruik van tapgegevens van het OM dienen namelijk uitdrukkelijk waarborgen in acht te worden genomen.

ONDERNEMINGSRECHT

Mr. A.C. van Campen, Van Iersel Luchtman Advocaten, Uden

Mr. T. van Wijngaarden, Eversheds Faasen B.V., Amsterdam

Mr. dr. S. Parijs, Drijber en Partners, Velp

Door de bank genomen

Over kredietopzegging door banken

13-088

Gastauteurs: mr. M.R.A. de Werd, Van Iersel Luchtman Advocaten, Uden en mr. J.A. Strong, Van Iersel Luchtman Advocaten, Den Bosch

Inleiding

Dit artikel gaat over de grenzen aan de kredietopzegging door banken. Dit onderwerp is voor veel ondernemers helaas steeds actueler aan het worden. Ook in de media komt dit steeds vaker terug. Denk bijvoorbeeld aan de recente aankondiging van de Deutsche Bank dat zij afscheid wil nemen van 2.000 particuliere klanten en maar liefst 16.000 klein zakelijke klanten. De boodschap was dat deze bank niet langer de geschikte bank was om de producten en diensten aan te bieden die de desbetreffende klant tot dan toe gewoon waren af te nemen van de bank. Door de economische situatie zou de bank gedwongen zijn 'haar focus aan te scherpen' en de organisatie te 'stroomlijnen'. Gelukkig is een dergelijke kredietopzegging door de bank aan grenzen gebonden. Dit bleek maar weer eens in een recente uitspraak van het gerechtshof Amsterdam welke uitspraak in dit artikel wordt besproken. Als eerste zullen echter de grondslagen voor een kredietopzegging en de grenzen waar de bank (gelukkig) in dit kader tegenaan loopt worden behandeld.

Grondslag voor kredietopzegging door de bank

Bij het verstrekken van een financiering zal de bank in ieder geval de algemene bankvoorwaarden (hierna ABV) van toepassing verklaren. Daarnaast worden er vaak specifieke kredietvoorwaarden, zoals algemene bepalingen van kredietverlening (hierna ABK) van toepassing verklaard. Op grond van de ABV (artikel 35) kan zowel de klant als de bank de kredietrelatie opzeggen. Nadat de relatie is opgezegd moeten