

Werkwijze m.b.t. het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden

1. Inleiding

Ingevolge artikel 5:17, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) hebben ambtenaren die door de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) bij besluit van 2 januari 1998, nr. ES/MW/97076965.b77, zijn aangewezen als toezichthouder, belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de Mededingingswet bepaalde (hierna: Mw), de bevoegdheid inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Ingevolge artikel 5:17, tweede lid, Awb hebben zij tevens de bevoegdheid kopieën te maken van de betreffende gegevens en bescheiden. De d-g NMa acht het wenselijk duidelijkheid te verschaffen omtrent de wijze waarop door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) invulling wordt gegeven aan de aan artikel 5:17, eerste en tweede lid, Awb ontleende bevoegdheden om digitale gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren. Daartoe is deze werkwijze opgesteld.

2. Definities

In deze werkwijze wordt verstaan onder:

- (a) *Digitale kopie*: Een kopie van een digitaal opgeslagen bestand.
- (b) *Forensische image*: Een integrale kopie van digitaal opslagmedium, waardoor tevens inzage kan worden verkregen in de digitale bestanden waartoe de gebruiker geen toegang (meer) heeft (zoals verwijderde bestanden), de historie van bestanden (bijvoorbeeld eerdere versies) en de digitale omgeving van bestanden (bijvoorbeeld de status daarvan).
- (c) *Gebruikersbestand*: Bestand dat mogelijk door een gebruiker is aangeemaakt. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld systeembestanden.
- (d) *Geprivilegieerde gegevens*: Gegevens met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat die is toegelaten tot de balie, die zich bij onderneming bevinden, doch waarop, indien zij zich zouden bevinden bij de advocaat,

artikel 5:20, tweede lid, Awb van toepassing zou zijn. Ten aanzien van deze geschriften is artikel 5:17 Awb niet van toepassing.

(e) *HASH-waarde*: Een unieke waarde, welke algoritmisch wordt berekend over digitale kopieën en forensische images. Aan de hand van deze unieke waarde kan de authenticiteit van digitale kopieën en forensische images achteraf worden gecontroleerd.

(f) *Indexeren*: Het maken van een alfabetische inhoudsopgave, welke het mogelijk maakt gericht te zoeken in een gegevensverzameling.

(g) *Opslagmedia*: Gegevensdragers zoals harde schijven, diskettes, cd-rom's.

(h) *Relationele database*: Gegevensverzameling waarbij de gegevens zijn verdeeld over tabellen die op een logische manier met elkaar samenhangen en in relatie staan tot elkaar.

(i) *Privégegevens*: Gegevens van persoonlijke aard, welke niet worden gebruikt ten dienste van het maatschappelijk verkeer. Ten aanzien van deze gegevens is artikel 5:17 Awb niet van toepassing.

(j) *Werkkopie*: Een ten kantore van de NMa gemaakte kopie van de bij de onderneming gemaakte digitale kopieën en forensische images, welke als basis dient voor de onder 5, sub b, en verder genoemde werkzaamheden.

3. Voorafgaand aan een bedrijfsbezoek

De d-g NMa geeft middels het document 'bedrijfsbezoekopdracht' aan toezichthouders van de NMa opdracht een bedrijfsbezoek te verrichten.

4. Procedure tijdens het bezoek aan de onderneming

(a) Het maken van forensische images en digitale kopieën, zoals hierna behandeld, vindt uitsluitend plaats door op dit werkterrein deskundige toezichthouders van de NMa, dan wel door op basis van artikel 5:15, derde lid, Awb aangewezen specialisten die hiervoor zijn ingehuurd.

(b) Van opslagmedia van de voor het onderzoek van belang zijnde personen, kan een forensische image worden gemaakt. Aan die forensische image wordt een code gekoppeld, de zogenaamde HASH-waarde. Dit garandeert de authenticiteit van de gegevens op de forensische image; de code verandert zodra er iets in het opslagmedium wordt gewijzigd. Het maken van een kopie van het gehele opslagmedium (inclusief omgeving) is onder meer nodig om (i) de onderdelen te kunnen relateren, en (ii) de eventuele op het opslagmedium verwijderde documenten terug te halen. Het maken van een forensische image kan enige tijd (in zijn algemeenheid betreft het enkele uren) in beslag nemen. Gedurende deze tijd kunnen de gebruikers geen gebruik maken van de opslagmedia.

(c) Voorts kan een digitale kopie worden gemaakt van de bestanden, zonder de omgeving te kopiëren (zoals bij een forensische image het geval is). Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij bestanden met betrekking tot e-mail accounts van de betrokken personen. Van de betreffende bestanden wordt geen forensische image gemaakt, aangezien het doorgaans bestanden op een server betreft. Het maken van een forensische image van de server is, gelet op de tijdsbeslag en gelet op het feit dat veel personen gebruik maken van de server, in de regel niet opportuun.

(d) Zowel de digitale kopieën als de forensische images zijn niets anders dan kopieën ten behoeve van het onderzoek van de NMa. De onderneming blijft in het bezit van de originele bestanden en opslagmedia.

(e) Indien de onderneming verzoekt om geprivilegieerde gegevens te verwijderen, dan zal ten aanzien van digitale kopieën ter plaatse bij de onderneming worden overgaan tot het verwijderen van de betreffende bestanden uit de digitale kopieën. De onderneming kan daarbij bijvoorbeeld concreet aangeven om welke bestanden het gaat of een lijst verstrekken met concrete zoektermen, waarmee de NMa geprivilegieerde

bestanden kan identificeren. Vervolgens wordt een nieuwe digitale kopie gemaakt van de gefilterde oorspronkelijke kopie. Daarmee wordt gegarandeerd dat de verwijderde data door digitale technieken niet alsnog deel uitmaken van de onderzoeksdata. Zie in dit verband ook 5, sub f.

(f) Ten aanzien van geprivilegieerde gegevens in forensische images is het niet mogelijk ter plaatse de betreffende bestanden te verwijderen, aangezien met het verwijderen van gegevens de digitale omgeving zou veranderen. De onderneming zal daarom in een later stadium worden uitgenodigd ten kantore van de NMa de handelingen bij te wonen waarmee de NMa de betreffende bestanden uit de werkkopieën verwijdert. Zie in dit verband ook 5, sub f.

(g) Indien de onderneming gebruik wil maken van de mogelijkheid de onder f. genoemde handelingen bij te wonen, dan dient de onderneming uiterlijk binnen één week na het bedrijfsbezoek dit schriftelijk kenbaar te maken aan de NMa. De onderneming zal gedurende het bedrijfsbezoek op deze mogelijkheid worden gewezen.

(h) Het voorgaande (onder 4, sub e, sub f en sub g) geldt ook indien de onderneming verzoekt om privé-gegevens te doen verwijderen.

(i) Na afloop van het bedrijfsbezoek verstrekken de toezichthouders van de NMa aan de onderneming ter plaatse de namen van de leveranciers van de software die de NMa gebruikt om de forensische images en de digitale kopieën te maken en in te zien. Op deze wijze kan de onderneming op een zelfde wijze toegang krijgen tot de (al dan niet verwijderde) gekopieerde bestanden. Tevens zal de onderneming op de hoogte worden gesteld van het verdere verloop van de procedure, waarin de onderneming te zijner tijd schriftelijk de keuze wordt geboden gerichte zoekacties in het digitale materiaal bij te wonen, dan wel een lijst te ontvangen van bij de gerichte zoekacties in het digitale materiaal gebruikte zoektermen.

(j) Na afloop van het bedrijfsbezoek zal ten kantore van de NMa een verslag van ambtshandelingen worden opgemaakt.

5. Procedure ten kantore van de NMa

(a) Na een bedrijfsbezoek worden ten kantore van de NMa de forensische

images met de bijbehorende HASH-waarde alsmede de digitale kopieën in behandeling genomen door de stafafdeling Informatie Management (hierna: IM). IM maakt vervolgens van alle forensische images en digitale kopieën een werkkopie, waarna de originele forensische images en digitale kopieën in een kluis worden opgeborgen. Ten aanzien van de originele forensische images en digitale kopieën worden uitsluitend beheerswerkzaamheden verricht om het instandhouden van de informatie te garanderen. De opgeslagen informatie blijft tijdens die beheerswerkzaamheden onaangevoerd.

Vorbereidende werkzaamheden

(b) De eerstvolgende stappen bestaan uit het door IM voorbereiden van de data uit de werkkopie voor de NMa-onderzoekers, teneinde hen in een later stadium in de gelegenheid te stellen gericht te zoeken in het digitale materiaal. Tijdens deze voorbereidende werkzaamheden wordt nog geen inhoudelijk onderzoek verricht naar mededingingsbeperkende gedragingen. De voorbereidende werkzaamheden kunnen geruime tijd in beslag nemen. De duur kan - afhankelijk van beslissingen omtrent organisatie en prioritering - enkele weken tot enkele maanden beslaan.

(c) Aan de hand van specialistische programmatuur worden ten aanzien van gebruikersbestanden voorbereidende werkzaamheden verricht, welke de NMa-onderzoekers in een later stadium in de gelegenheid moeten stellen kennis te kunnen nemen van de inhoud van de betreffende bestanden. Een aantal documenten zal daarbij worden verwijderd. Dit betreft documenten die niet (meer) leesbaar zijn te maken en documenten die gezien hun aard bij voorbaat niet relevant kunnen zijn voor het uiteindelijke NMa-onderzoek¹.

(d) De onder 5, sub c, geselecteerde gebruikersbestanden worden vervolgens geïndexeerd. Door middel van het indexeren wordt de inhoud van bestanden toegankelijk gemaakt voor het gericht zoeken door de NMa-onderzoekers. Bestanden die op deze wijze niet toegankelijk kunnen worden gemaakt², worden separaat en buiten de index ter beschikking gesteld.

(e) Van de hierboven beschreven procedure zal een verslag van ambtshandelingen worden opgemaakt.

Geprivilegieerde gegevens en privé-gegevens

(f) Indien tijdens het bedrijfsbezoek verwijdering van geprivilegieerde gegevens en privé-gegevens niet heeft plaatsgevonden en indien de onderneming binnen één week na het bedrijfsbezoek schriftelijk aan de NMa kenbaar heeft gemaakt dat zij prijs stelt op het ten kantore van de NMa aangeven welke documenten dergelijke gegevens bevatten, verzendt de NMa aan de onderneming een kennisgeving om haar ten kantore van de NMa die gelegenheid te bieden. De onderneming kan vervolgens aan de hand van een met de kennisgeving door de NMa meegezonden overzicht van toegankelijke bestanden aangeven om welke bestanden het gaat. Zij kan ook een lijst met concrete zoektermen verstrekken, waarmee de NMa geprivilegieerde gegevens en privé-gegevens moet kunnen identificeren. Indien gegevens worden verwijderd, zullen de onderzoeksdata opnieuw worden geïndexeerd. Daarmee wordt gegarandeerd dat de verwijderde data door digitale technieken niet alsnog deel uitmaken van de onderzoeksdata.

Gerichte zoekacties

(g) De NMa zendt aan de onderneming een kennisgeving dat haar de gelegenheid wordt geboden aanwezig te zijn bij gerichte zoekacties in het digitale materiaal, dan wel in beginsel binnen één week na de gerichte zoekacties een afschrift van de lijst met gehanteerde zoektermen te ontvangen.

(h) De NMa-onderzoekers gaan over tot daadwerkelijke inzage in de toegankelijk gemaakte onderzoeksdata. De gerichte zoekacties in het digitale materiaal vinden plaats ten kantore van de NMa in een daarvoor ingerichte ruimte. De gerichte zoekacties vinden plaats aan de hand van een lijst met zoektermen, welke in overeenstemming is met de bedrijfsbezoekopdracht van de d-g NMa. De onderneming krijgt tijdens de gerichte zoekacties inzage in de zoektermen die worden ingevoerd. Zij krijgt geen inzage in de zoekresultaten³.

(i) Het is mogelijk dat meerdere malen de digitale onderzoeksdata dienen te worden geraadpleegd, aangezien inzage in bepaalde documenten kan leiden tot andere aanwijzingen binnen het onderzoek, die aanleiding geven tot aanvullend onderzoek. De

onderneming zal bij herhaalde raadpleging opnieuw in de gelegenheid worden gesteld deze gerichte zoekacties bij te wonen, dan wel een lijst met zoektermen te ontvangen, op de wijze zoals beschreven onder 5, sub h en sub i.

Verslag van ambtshandelingen

(j) Van de onderzoekshandelingen wordt een verslag van verrichte ambtshandelingen opgemaakt.

6. Inwerkingtreding

Deze werkwijze treedt in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

Den Haag, 6 juni 2003.

R.J.P. Jansen, wnd. directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

¹ Te denken valt aan voorbeeldbestanden van standaardprogrammatuur.

² Te denken valt aan boekhoudkundige systemen en relationele databases.

³ Indien het onderzoek resulteert in een rapport ex artikel 59, eerste lid, Mw, dan zullen de zoekresultaten welke relevant zijn voor het onderzoek, deel gaan uitmaken van de op de zaak betrekking hebbende stukken, welke te zijner tijd op grond van artikel 60, tweede lid, Mw, ter inzage zullen worden gelegd.