

# ACM en informatieverstrekking – een weerbarstige materie

mr. P. Kuipers en mr. P.B. Gaasbeek\*

## 1. Inleiding

Op 1 april 2013 is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) van start gegaan. De Instellingswet (IW) is na enige perikelen aangenomen door de Eerste Kamer.<sup>1</sup> Deze wet regelt enkel het samengaan van de drie autoriteiten (NMa, OPTA en Consumentenautoriteit); de harmonisering van de bevoegdheden (Stroomlijningswet) is nog in behandeling bij de Tweede Kamer.<sup>2</sup> Een bijzondere constructie waarbij de organisaties formeel al zijn samengevoegd, terwijl de materiële samenvoeging later volgt.

Een aantal onderwerpen die raken aan de bevoegdheden moest echter wel direct bij de formele samenvoeging worden geregeld om ACM te kunnen laten functioneren. Een van deze onderwerpen is de onderlinge informatie-uitwisseling. Een eenduidige regeling van de wijze waarop ACM met de door haar verkregen gegevens moest omgaan werd van groot belang geacht. De informatie-uitwisseling is geregeld in art. 71W, uiteindelijk het meest besproken artikel tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer.

De leden van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer hebben bij de behandeling van de Instellingswet de kritische vraag gesteld hoe het voorgestelde art. 71W zich verhoudt tot het Stroomlijningswetsvoorstel en de bevoegdheden die daarin zijn geregeld met betrekking tot het vergaren en verstrekken van informatie.<sup>3</sup> De bepaling regelt dat informatie die aan ACM wordt verstrekt op grond van de ene wettelijke taak, ook kan worden gebruikt voor handhaving van andere opgedragen wettelijke taken. Doordat in sommige wetten zeer ruime bevoegdheden zijn opgenomen voor ondernemingen om informatie te overleggen, kan via die weg de informatie worden opgevraagd en vervolgens voor de handhaving van een andere wet worden gebruikt, mede voor wetten die deze ruime bevoegdheid niet kennen.

In dit artikel wordt ingegaan op de reikwijdte van de informatie-uitwisseling binnen ACM zoals dit in de Instellingswet is vastgelegd, de interne informatie-uitwisseling, en op de vragen die spelen omtrent informatie-uitwisseling met andere autoriteiten, zoals DNB, AFM, NZa, OM, Belastingdienst etc. en zusterinstellingen van ACM in andere lidstaten, de externe informatie-uitwisseling.<sup>4</sup>

## 2. Informatie-uitwisseling voor ACM

Voordat de NMa, OPTA en Consumentenautoriteit opgingen in ACM was de onderlinge informatie-uitwisseling en de uitwisseling met andere toezichthouders geregeld in de wet en in sommige gevallen in protocollen afgesloten tussen de betrokken toezichthouders. In de diverse materiële wetten zelf is geregeld welke toezichthouder het recht heeft informatie op te vragen en bij wie de toezichthouder dit mag opvragen. Deze protocollen waren per toezichthouder anders

geregeld en hadden andere grenzen welke afhingen van de bevoegdheden van de relevante wetten.

## 3. Informatie-uitwisseling binnen ACM

In de Instellingswet is de bevoegdheid tot het uitwisselen van interne informatie in art. 7 lid 1, als volgt geregeld:

*1. Gegevens of inlichtingen welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van een taak als bedoeld in artikel 2 lid 2, zijn verkregen mogen uitsluitend worden gebruikt voor de uitvoering van die taak of enige andere taak als bedoeld in artikel 2 lid 2.*

*2. Het eerste lid is niet van toepassing voor zover een wettelijk voorschrift het gebruik van verkregen gegevens of inlichtingen regelt.*

*3. In afwijking van het eerste lid is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd gegevens of inlichtingen te verstrekken aan:*

*a. een bestuursorgaan, dienst, toezichthouder en andere persoon, belast met de opsporing van strafbare feiten, onderscheidenlijk het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften, indien bij regeling van Onze Minister is bepaald dat verstrekking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een aan dat bestuursorgaan, die dienst, die toezichthouder of die andere persoon opgedragen taak,*

*b. een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken, bedoeld in artikel 2, tweede lid, betrekking hebben, of*

*c. degene op wie de gegevens of inlichtingen betrekking hebben voor zover deze gegevens of inlichtingen door of namens hem zijn verstrekt.*

*4. Verstrekking aan een bestuursorgaan, dienst, toezichthouder of andere persoon als bedoeld in het derde lid, onder a, of aan een in het derde lid, onder b, bedoelde buitenlandse instelling vindt uitsluitend plaats indien:*

\* Pauline Kuipers en Pierrette Gaasbeek zijn werkzaam als advocaat bij Bird & Bird L.L.P te Den Haag.

1. *Stb.* 2013, 102.

2. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622.

3. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 186, nr. 1, p. 1.

4. Zie hiervoor Regeling gegevensverstrekking ACM, 15 maart 2013.

- a. de geheimhouding van de gegevens of inlichtingen in voldoende mate is gewaarborgd, en  
 b. voldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen niet zullen worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze worden verstrekt.

In de parlementaire geschiedenis bij de Instellingswet wordt gesteld dat de informatie-uitwisselingsbepaling moet worden geharmoniseerd. In de Memorie van Toelichting staat letterlijk: 'Het tweede uitgangspunt dat besloten ligt in het eerste lid is dat eenmaal door de ACM voor een bepaalde taak verkregen informatie door de ACM ook mag worden gebruikt voor de uitvoering van andere taken.' Hiervoor is gekozen 'om de beoogde synergievoordelen van de samenvoeging te realiseren, de doelmatigheid en doeltreffendheid van de taakuitoefening en het toezicht door de ACM te bevorderen en te voorkomen dat aan ondernemingen meermalen dezelfde informatie dient te worden gevraagd.'<sup>5</sup>

Deze weergave getuigt van een eenzijdige visie op informatie-uitwisseling: – ACM moet doelmatig en doeltreffend werken en het toezicht moet worden bevorderd – maar ook van weinig inzicht in de praktijk. ACM is een 'brede' toezichthouder waarin veel taken bij elkaar zijn gebracht; niet alleen toezicht maar ook bijvoorbeeld regulering van de telecommunicatie en energisector. Dit betreft een geheel andere taak, waarbij de relatie met de onder toezicht gestelden en het doel van de wetgeving een geheel andere is dan bij bijvoorbeeld een kartelonderzoek. De bereidheid en mate van informatie die een onderneming wil en moet verschaffen is geheel anders. Door de bepaling van art. 7 IW worden de sluisen opengezet en kan alle informatie, wanneer eenmaal binnengekomen bij ACM, alle kanten opgaan. Een onderneming is volledig de grip kwijt op wat er met deze informatie gebeurt. Daarbij maakt geen verschil of informatie bijvoorbeeld gedwongen (onder verwijzing naar art. 5:20 Awb) of vrijwillig (concentratiecontrole, marktanalyse, marktonderzoek, zienswijze als belanghebbende etc.) is verschaft noch of sprake was van een verdenking waardoor de waarborgen van art. 6 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zouden moeten gelden. Het was dan ook te verwachten dat dit punt in het vervolg van de parlementaire behandeling veel aandacht zou krijgen.

Wat betreft informatievergaring door ACM is in diverse materiële wetten geregeld welke informatie ACM mag opvragen en bij wie zij dit mag doen. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de minister gesteld dat de Instellingswet geen wijzigingen heeft gebracht in de bevoegdheden en grenzen van deze individuele wetten. Dit is onderwerp van de Stroomlijningswet. Dit is echter niet het punt waar het om gaat, het gaat erom wat er vervolgens met de ontvangen informatie binnen ACM (intern) mag gebeuren. De minister heeft getracht dit, naar aanleiding van een vraag van de PVV-fractie, inzichtelijk te maken met een diagram waarin met pijlen zichtbaar is gemaakt in welke gevallen, voor de inwerkingtreding van de Instellingswet en Stroomlijningswet, gegevens konden worden uitgewisseld tussen NMa, OPTA en Consumentenautoriteit op basis van de bestaande wet- en regelgeving en de destijds bestaande samenwerkingsovereenkomsten of protocollen.<sup>6</sup>



Uit dit diagram blijkt duidelijk dat er juist voor zeer veel onderlinge relaties geen informatie-uitwisseling is toegestaan. Niet blijkt dat over veel van deze pijlen bovendien discussies tussen marktpartijen en de toezichthouders bestond over de vraag of informatie-uitwisseling op basis van een protocol wel toelaatbaar was. Vooral vanuit de NMa staan bovendien weinig pijlen naar andere taken gericht. Dit is logisch, want bij de NMa lagen de bevoegdheden die leidde tot de hoogste boetes, waarbij het belangrijk werd geacht dat de informatie enkel werd gebruikt voor de taken waarvoor deze waren verkregen. Met de aankondiging van het Ministerie van Economische Zaken dat zij de boetes voor overtredingen van onder meer de Mededingingswet nog verder wil verhogen, is het punt des te relevanter.<sup>7</sup> Hoewel door de minister de indruk wordt gewekt tijdens de parlementaire behandeling dat er inhoudelijk geen veranderingen plaatsvinden door de invoering van art. 1W, is dit niet in overeenstemming met de realiteit. Niet voor niets wil de minister nu een wettelijke basis aan deze interne informatie-uitwisseling geven, want voorheen bestond die niet. Er verandert daarmee dus wel degelijk het nodige. Naar aanleiding van de discussies in de Eerste Kamer geeft de minister het volgende aan: 'Artikel 7, eerste lid, maakt het mogelijk dat gegevens verkregen voor de ene taak door de ACM ook kunnen worden gebruikt voor de uitvoering van een andere taak. Het intern verder verspreiden van gegevens kan dus alleen aan de orde zijn als die gegevens ook nodig zijn voor de uitvoering van een andere taak. Voor zover die noodzaak aanwezig is, is in de mogelijkheid van die informatieverstrekking thans reeds voorzien. Ten overvloede zij vermeld dat door middel van het wetsvoorstel Stroomlijningswet ACM het in het onderhavige wetsvoorstel voorgestelde artikel 7 zo zou kunnen worden aangepast dat dit noodzakelijkheidscriterium duidelijker tot uitdrukking komt.'<sup>8</sup>

5. Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. 3, p. 17-18. artikels-gewijze toelichting.
6. Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. 1, p. 8.
7. Brief van de Minister van Economische Zaken over boetebeleid ACM, d.d. 27 augustus 2013.
8. Kamerstukken I 2012/13, 33 186, 1, p. 9.

In het wetsvoorstel voor de Stroomlijningswet is art. 7 IW ingevolge de toezegging aan de Eerste Kamer aangescherpt, doordat een noodzakelijkheids criterium is toegevoegd aan de mogelijkheid tot interne informatie-uitwisseling binnen ACM. Op grond daarvan is verstrekking van informatie door de ene afdeling van ACM aan een andere afdeling van ACM slechts toegestaan wanneer dat noodzakelijk is voor de taakuitoefening door die afdeling. Er kan echter alleen worden gesproken van een verscherping wanneer het noodzakelijkheids criterium zodanig wordt uitgelegd en toegepast dat deze een daadwerkelijke waarborgfunctie heeft. Dat is in het huidige tekstvoorstel onvoldoende verzekerd. Niet duidelijk is wat precies onder ‘noodzakelijk’ wordt verstaan en door wie dat wordt bepaald.

Ook gaat de minister in op de vraag wat er gebeurt met informatie nadat deze in een onderzoek is benut en of de informatie kan worden hergebruikt zonder medeweten van de betrokken ondernemer. Deze vraag is zeer relevant, omdat ACM bij het doen van mededingingsonderzoek ook digitaal onderzoek verricht. Dit komt erop neer dat ACM terabytes aan informatie kan meenemen.<sup>9</sup> Omdat dit digitale informatie betreft, kan ACM hierin eenvoudig digitaal zoeken met elke willekeurige zoekterm, de grote hoeveelheid informatie is ook nog eens eenvoudig te ontsluiten. Ook al gebruikt ACM hiervan uiteindelijk maar een klein deel voor het doel waarvoor de informatie is meegenomen, de betrokken onderneming is de controle over al die informatie kwijt en kan niet overzien of niet-relevante informatie (waarvan kan worden gezegd dat die op grond van het evenredigheidsbeginsel niet meegenomen had mogen worden) vernietigd wordt of doorgegeven binnen ACM of daarbuiten.

Het antwoord van de minister is helder maar onbevredigend: ‘Wat er met de verkregen informatie gebeurt, hangt af van de aard van de informatie. [...]. Andere gegevens [lees interne gegevens] kunnen als dat nodig is voor de uitoefening van een wettelijke taak wel worden hergebruikt in een andere zaak. Daarover wordt de betrokken ondernemer op dat moment niet geïnformeerd.’

Voor een onderneming die zojuist de ACM heeft zien weglopen met een volledige kopie van zijn interne servers is dit een uitermate onbevredigend antwoord.

Inmiddels heeft ACM haar concept ‘ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013’ bekend gemaakt. In art. 2.5 ‘Waarborgen bij het gebruik en bewaren van gegevens’ gaat ACM in op de reikwijdte van art. 7 lid 1:

1. Gegevens opgenomen in het dossier worden bewaard overeenkomstig de Archiefwet 1995. Gedurende de wettelijke bewaartermijn vallen deze gegevens onder de reikwijdte van art. 7 lid 1 en 3 van de Instellingswet ACM.

2. Andere gegevens dan bedoeld in het eerste lid die zijn opgenomen in de onderzoeksdataset worden bewaard totdat het onderzoek is afgerond. Gedurende deze periode vallen deze gegevens onder de reikwijdte van art. 7, eerste en derde lid, van de Instellingswet ACM.

3. Alle andere gegevens dan bedoeld in het eerste of tweede lid worden bewaard totdat het onderzoek is afgerond. Deze gegevens vallen niet onder de reikwijdte van art. 7 lid 1 of 3 van de Instellingswet ACM.

In de werkwijze staat geen definitie opgenomen van ‘dossier’, enkel van: ‘Dataset’, ‘veiliggestelde dataset’, ‘binnen-de-reikwijdte dataset’ en ‘onderzoeksdataset’. Uit art. 2.4 kan worden afgeleid dat het dossier minder omvat dan de onderzoeksdataset: ‘De toezichthoudend ambtenaar stelt betrokkene in staat, uiterlijk op het moment van ter inzage, kennis te nemen van de wijze waarop de keuze tot stand is gekomen ten aanzien van het opnemen van gegevens in het dossier uit de onderzoeksdataset.’ Dit alles maakt het er niet duidelijker op, want kennelijk zijn er ook nog andere gegevens dan het dossier en andere gegevens dan bedoeld in art. 2 lid 3. In lid 3 wordt aangegeven dat deze laatste gegevens niet vallen onder de reikwijdte van art. 7 lid 1 IW, maar ze worden wel bewaard totdat het onderzoek is afgerond. Ook uit de reacties op de consultatie blijkt dat de voorgestelde werkwijze onvoldoende tegemoet komt aan de risico’s die zijn geconstateerd. In lid 2 wordt aangegeven dat andere gegevens worden bewaard tot het onderzoek is afgerond, maar wanneer is daar sprake van? Wanneer aan de afronding van het onderzoek belangrijke consequenties worden verbonden, is het van belang om vast te leggen wanneer het onderzoek precies is afgerond. Daarnaast moet duidelijk worden gemaakt wat wordt gedaan met de informatie wanneer het onderzoek is afgerond. Wordt de informatie door ACM vernietigd of geretourneerd aan de betrokkene? Vanuit het perspectief van een onderneming heeft de tweede optie de voorkeur.

Een laatste punt is dat onderzoeken bij ACM vaak – zeer – lang duren. Zolang het onderzoek duurt, heeft ACM deze gegevens onder zich en valt het risico niet uit te sluiten dat derden deze gegevens opvragen, bijvoorbeeld op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur en/of deze gegevens worden uitgewisseld op grond van art. 7 IW. Betrokkenen hebben belang bij rechtszekerheid met betrekking tot het uiterlijke moment dat deze gegevens in bezit van de toezichthouder zullen zijn. Dat geldt in nog sterkere mate voor de data die geen onderdeel gaan uitmaken van de onderzoeksdataset, omdat dit gegevens betreffen die buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De overweging dat ACM (veel) meer gegevens veiligstelt dan dat zij voor haar onderzoek nodig heeft, dient niet te resulteren in een groter risico dat deze niet-noodzakelijke gegevens bij derden belanden.

#### 4. Informatie-uitwisseling door ACM met andere toezichthouders

Al sinds 2010 bepleit de NMa dat de mogelijkheden van informatie-uitwisseling met andere toezichthouders, zowel binnen Nederland – waarbij wordt gedacht aan de Belastingdienst en FIOD – als met buitenlandse toezichthouders moet worden verruimd.<sup>10</sup> Ook de toenmalige Minister van Economische Zaken onderschreef dit. In art. 7 lid 3 en art. 4 IW is hieraan uitvoering gegeven.

Art. 7 lid 3 en art. 4 IW verruimen de bevoegdheden van de ACM ten opzichte van het oude regime van de Mededingingswet. Onder het oude regime was verstrekking aan een ander bestuursorgaan alleen toegestaan, wanneer dat orgaan

9. Dit is vergelijkbaar met een flatgebouw aan uitgeprint papier.

10. Zie het Jaarverslag 2010 van de NMa.

belast was ‘met taken die de toepassing of mede de toepassing van bepalingen omtrent mededinging betreffen’. Aan buitenlandse instellingen was verstrekking alleen toegestaan, wanneer deze verstrekking ‘naar het oordeel van de raad in het belang is van de Nederlandse economie’.

Gezien deze verruiming is het redelijk te verwachten dat bepalingen worden toegevoegd die zien op hoe de informatie wordt doorgegeven aan een buitenlandse instelling of een Nederlands bestuursorgaan. In art. 7 lid 3 IW is hiervoor een noodzakelijkheidstoets opgenomen: ‘is bepaald dat verstrekking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een aan dat bestuursorgaan, die dienst, die toezichthouder of die andere persoon opgedragen taak’.

Tijdens de parlementaire behandeling is de minister nader ingegaan op deze noodzakelijkheidstoets. Hij heeft aangegeven dat bij ministeriële regeling nader zal worden bepaald voor welke instanties informatie van ACM noodzakelijk is voor de goede vervulling van een aan hen opgedragen taak.<sup>11</sup> De Minister vindt het kennelijk niet nodig de noodzakelijkheidstoets toe te passen op de uit te wisselen informatie, maar wil het criterium hanteren als een ‘entree-toets’. Op 15 maart 2013 heeft de Minister deze regeling bekend gemaakt en hierin zijn 17 bestuursorganen genoemd waaraan ACM bevoegd is om gegevens en inlichtingen te verstrekken ‘voor zover dat noodzakelijk is voor de goede vervulling van hun taak’ zoals art. 2 van de Regeling stelt.<sup>12</sup> Er ontbreekt een toelichting bij deze regeling. Niet duidelijk is daardoor of de noodzakelijkheid een gegeven is wanneer het bestuursorgaan wordt genoemd in de Regeling, of dat nog een aanvullende noodzakelijkheidstoets moet plaatsvinden. De verantwoordelijkheid voor deze toets zou dan bij ACM liggen. Wanneer informatie aan een ander bestuursorgaan of toezichthouder wordt verstrekt dienen de nodige ‘checks & balances’ te worden ingevoerd. Het gaat hier immers wel over sanctietrajecten die moeten voldoen aan het EVRM. Hiervoor kan worden gedacht aan het vooraf horen van de betrokken onderneming en mogelijk ook het voorschrijven van een rechterlijke machtiging voor verstrekking aan autoriteiten buiten de Europese Unie. Voor andere overheidsorganen gelden veelal gedetailleerde regelingen over het verstrekken van informatie aan andere overheidsorganen.<sup>13</sup> Een dergelijke regeling ontbreekt ten onrechte ten aanzien van ACM in het wetsvoorstel. Voor de invulling en vorm van de noodzakelijkheidstoets kan worden gekeken naar een recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak over de tapverslagen.<sup>14</sup> In het kader van een onderzoek op grond van de Mededingingswet heeft NMa tapverslagen gekregen van het Openbaar Ministerie. Door betrokken partijen wordt deze verstrekking op meerdere gronden aangevochten. De rechtbank laat in haar uitspraak zeer duidelijk blijken dat bij informatieverstrekking er een heldere en expliciete belangenafweging moet worden gemaakt.

Art. 39f van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wsjg), waarop de informatieverstrekking is gebaseerd stelt dat dit mogelijk is ‘voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang’ en ‘voor de volgende doeleinden’. De ratio van de Wsjg is (mede) gelegen in de bedreiging die gevoelige gegevens als strafvorderlijke gegevens kunnen inhouden voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Voorkomen moet worden dat deze gegevens al te gemakkelijk worden verstrekt. De rechtbank is dan ook van oordeel dat voor de verstrek-

king van strafvorderlijke gegevens sprake moet zijn van een kenbare, voor de rechter toetsbare afweging van de officier van justitie. In deze afweging moet worden gemotiveerd welk zwaarwegend belang werd gediend met de verstrekking van de gegevens en waarom de verstrekking met het oog daarop noodzakelijk was. Ook uit het verzoek van verweerster, die als de ontvanger van deze informatie een grondslag moet hebben om de gevraagde informatie te mogen ontvangen en gebruiken, moet blijken van een zwaarwegend algemeen belang. Tot slot moet worden getoetst of de verstrekking voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. In casu was de rechtbank van oordeel dat het feit dat ‘het verstrekken van de telefoontaps aan de NMa, met het oog op nader onderzoek door de NMa en met het oog op handhaving van art. 6, eerste lid, van de MvW in het belang van het economisch welzijn van Nederland noodzakelijk is, doet er niet aan af dat er in het onderhavige geval geen sprake is van een kenbare, voor de rechter toetsbare afweging van de officier van justitie zelf, die heeft geleid tot de conclusie dat er sprake is van noodzaak tot het verstrekken van de gegevens vanwege een zwaarwegend algemeen belang.’

Nu er geen sprake is van een kenbare, toetsbare afweging van de officier van justitie is de rechtbank van oordeel dat ACM (NMa) in dit geval de telefoontaps niet mocht gebruiken als bewijs. Art. 39f Wsjg stelt binnen de Nederlandse context eisen aan de procedure van verstrekking van strafvorderlijke gegevens aan derden ter bescherming van de privacy van degenen over wie informatie is verzameld. Door geen kenbare belangenafweging te maken, kan de naleving van het voorschrift niet worden getoetst. Dit heeft tot gevolg dat degene over wie de informatie is verstrekt, niet kan nagaan waarom de inbreuk op zijn privacy gerechtvaardigd is. De inhoud van de toets is enigszins anders, maar uit de redenering van de rechtbank blijkt duidelijk dat zij van mening is dat de informatieverstrekking voor partijen kenbaar moet zijn én door een rechter moet kunnen worden getoetst. Om deze toets mogelijk te kunnen maken is een voor partijen kenbare afweging vereist waaruit blijkt dat er sprake is van een noodzaak tot het verstrekken van de gegevens. Bij de tapgegevens zag het op de noodzaak tot verstrekken vanwege een zwaarwegend algemeen belang. In art. 7 IW wordt gesproken over ‘noodzaak tot verstrekken voor zover dat nodig is voor de vervulling van hun taak’. Een andere inhoudelijke toets, maar wel eenzelfde formele toets op noodzakelijkheid. De vereisten die de rechtbank stelt in de zaak van

11. Kamerstukken I 2012/13, 33 186, Nota naar aanleiding van het verslag, nr. 5 p. 41.
12. Regeling van de Minister van Economische Zaken van 15 maart 2013, nr. WJZ/12356756, houdende regels omtrent het verstrekken van gegevens en inlichtingen door de Autoriteit Consument en Markt en wijziging van een aantal ministeriële regelingen in verband met de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Regeling gegevensverstrekking ACM).
13. Zoals bijvoorbeeld voor het Openbaar Ministerie: Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens en voor de politie: Wet op de Politiegegevens. In het algemeen geldt Wet Bescherming persoonsgegevens).
14. Uitspraak Rb. Rotterdam d.d. 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079.

de tapgegevens zouden dus ook moeten gelden voor de informatieverstrekking op grond van art. 7 lid 3 IW en de Regeling gegevensverstrekking ACM.

Dit is temeer van belang nu de Minister in de Stroomlijningswet ook voor de interne gegevensuitwisseling binnen ACM (op grond van art. 7 lid 1 IW) eenzelfde noodzakelijkheidstoets wil introduceren. De Minister wil daarmee tegemoet komen aan de bezwaren van de Eerste Kamer tegen de vergaande en ongecontroleerde informatieuitwisseling binnen ACM ongeacht de wijze van verkrijging, het doel waarvoor de informatie wordt verstrekt of de mate van vrijwilligheid/dwang bij de verstrekker. Wanneer deze toets enkel wordt ingevuld als een 'entreetoets' dan moge duidelijk zijn dat dit een wassen neus is en in geen enkel opzicht tegemoet komt aan de terechte kritiek vanuit de Eerste Kamer. De noodzakelijkheidstoets moet dan ook in deze situaties worden ingevuld conform de uitspraak van de rechtbank Rotterdam.

## 5. Conclusie

Wanneer informatie eenmaal, al dan niet onder dwang, is verstrekt door een ondernemer aan ACM voor de uitoefening van een aan ACM opgedragen taak is deze informatie vogelvrij binnen ACM. Wanneer de informatie van nut kan zijn voor de uitoefening van een andere taak, met een heel ander doel waarbij de enkele band is dat deze ook is opgedragen aan ACM, kan ACM dit gebruiken. Art. 2 lid 2 IW is immers het enige verbindende artikel. Hierdoor bestaan er vooral voor ondernemingen in sectoren, die ACM reguleert maar waar zij ook toezicht op houdt, risico's als gevolg van de invoering van art. 7 lid 1 IW.

De concept ACM Werkwijze onderzoek in analoge en digitale gegevens 2013 neemt deze zorgen niet weg. Er worden wel enige grenzen gegeven, maar door het gebrek aan definities van belangrijke elementen, komt dit onvoldoende tegemoet aan alle geuite bezwaren. Wat is er mis met het simpele uitgangspunt: Als ACM de informatie niet bestempelt als relevant voor het onderzoek in welk kader het is opgevraagd of gevorderd, dan wordt het gewoon teruggeven.

Deze ruime mogelijkheden werken door in de externe informatie-uitwisseling. Niet alleen binnen ACM is alle informatie vrij toegankelijk, als gevolg van de ruime invulling van art. 7 lid 3 en 4 IW kan deze informatie ook terecht komen bij andere bestuursorganen en toezichthouders. Hiermee gaan de sluizen helemaal open en de eerste procedure zal vast niet lang op zich laten wachten. Het is te hopen dat de rechter de verstrekking van de informatie van ACM aan anderen onderwerpt aan een vergelijkbare toets als in de tapverslagenzaak is gebeurd. Hiermee wordt de informatieverstrekking inzichtelijk en controleerbaar voor betrokken partijen en komt alles toch nog in de juiste proporties terecht.