

ECLI:NL:CBB:2015:192

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	09-07-2015
Datum publicatie	09-07-2015
Zaaknummer	AWB 13/521 AWB 13/875 AWB 13/913 AWB 13/951
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2013:5042, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Boete. Bewijs. Telefoontaps. Het College is met de rechtbank van oordeel dat de aan ACM overgedragen telefoontaps kwalificeren als strafvorderlijke gegevens. Verstrekking van die telefoontapgegevens is niet in strijd met artikel 8 EVRM. Het College is van oordeel dat het bewijsmateriaal rechtmatig door VROM-IOD is verkregen en aan ACM is verstrekt. ACM mocht hiervan gebruik maken bij het nemen van een besluit over het opleggen van bestuurlijke boetes. Het hoger beroep van ACM slaagt en de uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. Nu de rechtbank -die oordeelde dat ACM geen gebruik had mogen maken van de telefoontaps als bewijs- niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de beroepen tegen de opgelegde boetes, zal het College de zaak terugwijzen naar de rechtbank.

Wetsverwijzingen	Mededingingswet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JBP 2015/96

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 13/521, 13/875, 13/913 en 13/951
9500

uitspraak van de meervoudige kamer van 9 juli 2015 op de hoger beroepen van:

1. **Autoriteit Consument en Markt** (ACM)
(gemachtigden: mr. J.M. Strijker-Reintjes en mr. L. Jörg),
2. **[BV 1] AVR-[BV 1]**, te Rotterdam ([BV 1])
(gemachtigde: mr. R. Wesseling),
3. **[BV 2]**, te Rotterdam ([BV 2])
(gemachtigden: mr. H.A. Bravenboer en mr. M.A.D. Bol),
4. **[BV 3]**, te Rotterdam ([BV 3])

(gemachtigden: mr. H.A. Bravenboer en mr. M.A.D. Bol),
5. **[BV 4]**, te Oudewater ([BV 4])
(gemachtigden: mr. H.A. Bravenboer en mr. M.A.D. Bol),
6. **[BV 5]**, te Rotterdam ([BV 5])
(gemachtigden: mr. M.A. Jacobs en mr. F.W. Barendrecht),
appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 juli 2013, kenmerk ROT 12/1946, ROT 12/1947, ROT 12/1948 en ROT 12/1949, in het geding tussen

appellanten sub 2 tot en met 6, alsmede

[BV 6] , te Hellevoetsluis,

(gemachtigde: mr. F.L. van der Eerden)

en

ACM.

Procesverloop in hoger beroep

ACM heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 11 juli 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:5042). Appellanten sub 2 tot en met 6 hebben incidenteel hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

Appellanten sub 2 tot en met 6 en [BV 6] hebben een reactie ingediend op het hogerberoepschrift van ACM.

ACM heeft een reactie ingediend op de incidenteel hogerberoepschriften van appellanten sub 2 tot en met 6.

Ten aanzien van enkele stukken die ACM verplicht is over te leggen heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 14 november 2014 heeft het College de gevraagde beperking van de kennismening gerechtvaardigd geacht. De andere partijen hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft, gevoegd met de zaken 13/522, 13/523 en 13/529, plaatsgevonden op 20 november 2014.

ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden, alsmede door mr. R.W. Veldhuis. [BV 1] heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. [BV 6] heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, alsmede door [naam 1] , [naam 2] en [naam 3] .

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft het College de gevoegde zaken gesplitst voor het doen

van uitspraak.

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Eind 2006 heeft de Inlichtingen- en opsporingsdienst van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM-IOD) een onderzoek ingesteld naar overtredingen van de Wet milieubeheer door [BV 2] (onderzoek TOTO). Gedurende de periode februari 2007 tot en met april 2007 zijn in dit kader telefoongesprekken van (medewerkers van) [BV 2] getapt. Uit deze gesprekken is bij VROM-IOD het vermoeden gerezen van het bestaan van prijsafspraken over in te zamelen afvalstoffen.

Op 29 juni 2009 heeft VROM-IOD, na daartoe toestemming te hebben gekregen van het Openbaar Ministerie (OM), de voormalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa; thans ACM; hierna ook als ACM aan te duiden) het proces-verbaal van 21 april 2008 verstrekt waarin door de opsporingsambtenaar van VROM-IOD het vermoeden van prijsafspraken over in te zamelen scheepsafvalstoffen is neergelegd. Als bijlagen bij dit proces-verbaal zijn gevoegd beknopte transcripties dan wel samenvattingen van enkele tientallen getapte telefoongesprekken.

ACM heeft naar aanleiding hiervan een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) door een aantal ondernemingen dat zich bezig houdt met de inzameling van zeescheepsafval in het Rotterdamse havengebied in de periode vanaf in ieder geval 2007.

Lopende het onderzoek door ACM heeft VROM-IOD - op verzoek van ACM - nog verscheidene keren beknopte transcripties dan wel samenvattingen van enkele tientallen andere getapte telefoongesprekken aan ACM verstrekt, evenals de geluidsbestanden van de hiervoor bedoelde telefoongesprekken, een en ander steeds met toestemming van het OM.

Op basis van de resultaten van haar onderzoek heeft ACM zich op het standpunt gesteld dat drie inzamelaars van zeescheepsafval, te weten [BV 2] en [BV 6] in de periode van 30 augustus 2005 tot en met 31 juli 2007 en AVR Maritiem B.V. (AVR) vanaf 1 januari 2006 tot en met 31 juli 2007 hebben deelgenomen aan een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. Deze overtreding bestaat uit een overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging die tot doel had onderling opdrachten te verdelen en prijsconcurrentie te voorkomen of te beperken op het gebied van de inzameling van zeescheepsafval in het Rotterdamse havengebied (Rotterdam, Schiedam, Vlaardingen en Maassluis).

1.3 ACM heeft de overtreding van AVR toegerekend aan [BV 5] en voor de periode van 16 februari 2006 tot en met 31 juli 2007 tevens toegerekend aan [BV 1]. Bij besluit van 16 november 2011 (bestreden besluit) heeft ACM aan [BV 5] en [BV 1] een boete opgelegd van € 227.000,-. De overtreding van [BV 2] is door ACM tevens toegerekend aan [BV 3] en voor de periode 11 december 2006 tot en met 31 juli 2007 ook toegerekend aan [BV 4]. Bij het bestreden besluit heeft ACM aan voornoemde ondernemingen een boete opgelegd van € 1.861.000,-. ACM heeft aan [BV 6] een boete opgelegd van € 834.000,-.

1.4 [BV 1], [BV 2], [BV 3], [BV 4], [BV 5] en [BV 6] hebben bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Daarbij hebben zij ACM verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep op de voet van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). ACM heeft hiermee ingestemd en de

bezwaarschriften doorgezonden aan de rechtbank ter behandeling als beroep.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft de beroepen van [BV 1] , [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] , [BV 5] en [BV 6] gegrond verklaard. De rechtbank heeft het besluit van ACM van 16 november 2011 vernietigd. De rechtbank heeft, voor zover voor de hoger beroepen van belang, het volgende overwogen.

2.2 De rechtbank heeft op 13 juni 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079) uitspraak gedaan in een zaak waarbij eveneens door het OM op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg) telefoontaps aan ACM waren verstrekt. In die uitspraak heeft de rechtbank - samengevat - overwogen dat telefoontaps kwalificeren als strafvorderlijke gegevens als bedoeld in de Wjsg en dat het niet slechts gaat om gegevens in het strafdossier zoals dat aan de bij de berechting van de verdachte betrokken rechter voorgelegd wordt of zal worden. De enge opvatting van een strafdossier zoals [BV 1] , [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] , [BV 5] en [BV 6] die hebben en hun opvatting dat er eerst een strafrechtelijke veroordeling moet zijn uitgesproken, past niet bij de bedoeling van de wetgever (zoals onder meer blijkt uit Kamerstukken II, 2002-2003, 28 886, nr. 3, blz. 3 en 6). Dat de telefoontaps geen onderdeel uitmaken van het strafdossier waarover de verdediging in de strafzaak beschikt, maakt niet dat daaruit moet volgen dat de telefoontaps geen strafvorderlijke gegevens zijn die vallen onder de reikwijdte van artikel 1, aanhef en onder b, Wjsg.

De rechtbank ziet geen aanleiding in de onderhavige zaak anders te oordelen dan zij in de uitspraak van 13 juni 2013 heeft gedaan. Nu de rechtbank niet uitgaat van een enge opvatting van het strafdossier, kan zij [BV 1] , [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] , [BV 5] en [BV 6] niet volgen in het betoog ter zitting dat er deels overdracht heeft plaatsgevonden van tapsegegevens en overige stukken die reeds als niet behorende tot het strafdossier zonder meer vernietigd hadden moeten worden.

Uit de voornoemde uitspraak van 13 juni 2013 volgt ook dat voor de verstrekking van strafvorderlijke gegevens sprake moet zijn 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. Voorts dient de officier van justitie te toetsen of de verstrekking voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. In dit verband heeft de rechtbank gewezen op de noodzaak van de naleving van de eisen van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), op grond waarvan een ieder recht op respect voor zijn privéleven heeft. Artikel 39f Wjsg, dat een wettelijke grondslag voor de verstrekking van strafvorderlijke gegevens aan derden bevat, waarborgt dat deze eisen in acht worden genomen. Van deze afweging is in dit geval niet gebleken.

ACM heeft ter zitting aangevoerd dat het economisch belang en de potentiële ernst van de overtreding - in het kader van artikel 6 Mw - hiermee direct duidelijk is. Voor zover ACM beoogt te stellen dat hieruit het zwaarwegend belang blijkt en de officier van justitie door de ondertekening "voor akkoord" zich dat belang "eigen" heeft gemaakt en daarmee dan een kenbare en voor de rechter toetsbare afweging heeft gemaakt, kan de rechtbank ACM niet volgen in haar betoog. Uit de "voor akkoord" ondertekening valt naar het oordeel van de rechtbank niet meer op te maken dan dat de officier van justitie op basis van het gelezene voor akkoord heeft getekend. Uit hetgeen hij "voor akkoord" heeft ondertekend blijkt echter onvoldoende welk zwaarwegend belang werd gediend met de verstrekking van de gegevens, en in het geheel niet waarom de verstrekking met het oog daarop noodzakelijk was. Voorts blijkt er niet uit dat de officier van justitie heeft getoetst of de verstrekking voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en

subsidiariteit. Dit voorgaande geldt ook voor de overige verstrekkingen met toestemming van de officier van justitie. De rechtbank is dan ook van oordeel dat bij geen van de in het onderhavige geval verleende toestemmingen sprake is van een kenbare, (voor de rechter) toetsbare afweging van de officier van justitie.

Voor zover ACM heeft aangevoerd dat de officier van justitie ná de verstrekking in een e-mail van 23 maart 2012 een kenbare, toetsbare afweging heeft gemaakt overweegt de rechtbank dat de kenbare, (voor de rechter) toetsbare afweging door de officier van justitie gemaakt dient te worden op het moment van de verstrekking en op dat moment ook dient te blijken. Deze afweging kan niet achteraf gemaakt worden. Anders dan ACM is de rechtbank daarnaast van oordeel dat uit de e-mail van 23 maart 2012 ook niet blijkt dat er een kenbare, toetsbare afweging is gemaakt. Dat die kenbare, toetsbare afweging ook in het geval van een standaardverstrekking dient te worden gemaakt, blijkt overigens ook uit de schematische beoordelingsstructuur (het stappenplan) genoemd in de door College van procureurs-generaal opgestelde Aanwijzing verstrekking van strafvorderlijke gegevens voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden (zoals deze gold ten tijde van de feiten van het onderhavige geding; Stcrt. 2008, 19, blz. 29; Aanwijzing).

Nu er geen sprake is van een kenbare, toetsbare afweging van de officier van justitie is de rechtbank van oordeel dat ACM in dit geval de telefoontaps niet mocht gebruiken als bewijs, omdat anders geen recht wordt gedaan aan de eisen van artikel 8 EVRM. Anders dan ACM is de rechtbank van oordeel dat ACM in het onderhavige geval niet aan haar vergewisplicht heeft voldaan. De vergewisplicht gaat immers verder dan toestemming vragen en het verkrijgen van een "voor akkoord"-ondertekening door de officier van justitie en kan zeker niet achteraf ingevuld worden. Voor het oordeel dat ACM onder deze omstandigheden geen gebruik had mogen maken van dit bewijs, neemt de rechtbank tevens in aanmerking dat ACM zelf niet de bevoegdheid heeft om via het aftappen van telefoongesprekken bewijsmateriaal te vergaren. Dit is een welbewuste keuze van de wetgever geweest.

ACM heeft ter zitting verklaard dat zij geen aanwijzingen had van mogelijke overtredingen van de Mw bij het inzamelen van het zeescheepsafval in het Rotterdamse havengebied en dat zonder de informatie afkomstig van VROM-IOD er geen onderzoek zou zijn gestart. Gelet hierop en nu de bewijsvoering, zoals deze blijkt uit het bestreden besluit, geheel is geënt op de informatie verkregen met de ter beschikking gestelde tapverslagen of ter beschikking gestelde documenten of verklaringen na confrontatie met de tapverslagen en/of documenten, is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende bewezen dat de overtreding is begaan, zodat ACM niet de bevoegdheid toekomt aan [BV 1] , [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] , [BV 5] en [BV 6] een boete op te leggen.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Zijn de telefoontaps strafvorderlijke gegevens in de zin van de Wjsg?

- 3.1 [BV 1] benadrukt in haar incidenteel hoger beroep dat de Wjsg niet van toepassing is op het informele (telefonisch) overleg tussen de ambtenaren van VROM-IOD en de ambtenaren van ACM. Ook is de Wjsg niet van toepassing op de bespreking(en) waarin ambtenaren van VROM-IOD ambtenaren van ACM inzage hebben verleend in de door hen verkregen telefoontapgegevens. Voor zover ACM stelt dat het overleg over de inhoud van de tapgegevens inherent is aan de verstrekking zelf, bestrijdt [BV 1] dit. Hier is geen enkele wettelijke basis voor. Daarbij moet ook steeds worden bedacht dat het hier ging om afgeluisterde en vastgelegde telefoongesprekken: Dergelijke handelingen vormen een zeer zware inbreuk op de privacy van betrokkenen die slechts onder strikte voorwaarden rechtmatig is.

Voorts bestrijdt [BV 1] de stelling van ACM dat strafvorderlijke gegevens alle gegevens zijn die in het kader van een strafvorderlijk onderzoek zijn verkregen. Dat is in ieder geval onjuist, gelet op de wettelijke definitie van het begrip strafvorderlijke gegevens. De in het kader van een strafvorderlijk onderzoek verkregen gegevens moeten in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg zijn verwerkt. Uit de wetsgeschiedenis van de Wjsg blijkt duidelijk dat de wetgever niet een basis wilde bieden om alle gegevens die worden verkregen in het kader van strafvorderlijk onderzoek te verstrekken. Het gaat om stukken die zijn opgenomen in de processtukken en verwerkt in een strafdossier. Dit ligt ook daarom in de rede omdat bij het gebruik van vergaande opsporingsbevoegdheden, zoals het tappen van telefoonverkeer, een grote hoeveelheid gegevens wordt verkregen. Die mogen alleen worden gebruikt en verwerkt, indien dat van belang is voor het geautoriseerde doel: voor het onderzoek naar strafrechtelijke inbreuken die zo ernstig zijn dat het tappen van telefoonverkeer voor de vervolging daarvan toelaatbaar is. Gegevens die in dat verband worden verkregen maar die voor het desbetreffende strafrechtelijke onderzoek niet relevant kunnen zijn, dienen ingevolge de op Nederland rustende verplichtingen uit het EVRM te worden vernietigd. Het gaat dus, ook volgens de rechtbank, om de vraag of de verstrekte tapgegevens onderdeel waren van het strafdossier. De Wjsg bevat zelf niet een definitie van het begrip strafdossier. Volgens de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg (Kamerstukken II, 2002-2003, 28 886, nr. 3) omvat het strafdossier alle stukken die redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Dat is ook de betekenis die in de strafrechtelijke rechtspraak en praktijk wordt gegeven aan het begrip strafdossier. De rechtbank gaat ervan uit dat de wetgever het begrip strafdossier in de Wjsg een ruimere betekenis heeft willen geven, zonder dat de wetgever die op enige manier duidelijk heeft gemaakt of heeft gemotiveerd. Dat oordeel overtuigt volgens [BV 1] niet.

3.2 [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] stellen in hun incidenteel hoger beroep dat de tapgegevens die door het OM aan ACM zijn verstrekt niet tot het strafdossier behoren en reeds om die reden niet verstrekt hadden mogen worden op grond van de Wjsg. ACM bepleit een ruimere uitleg op grond van onder meer een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ0047) en ook de rechtbank hanteert een ruimere opvatting. [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] wijzen er in dat verband op dat volgens de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg ter zake van het begrip "strafdossier" een uitdrukkelijk verband wordt gelegd met het doel van het strafvorderlijk onderzoek, dus de verdenking waarop het strafvorderlijk onderzoek is gestoeld. De opname in digitale systemen waaronder Compas brengt volgens [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] geen verruiming met zich. Dit zijn geen systemen waarin tapgegevens worden bewaard. Bovendien is van belang dat het volgens de wetgever bij strafvorderlijke gegevens moet gaan om stukken die in het dossier zijn gevoegd. Wat nu juist niet tot het strafdossier behoort zijn tapgegevens die niet in de vorm van een uitgewerkt tapverslag in het strafdossier tegen een verdachte zijn gevoegd en die niet door het OM zijn geselecteerd als relevant voor de strafzaak, noch op verzoek van bijvoorbeeld de verdediging aan dat strafdossier zijn toegevoegd. In het Wetboek van Strafvordering wordt ter zake van gegevens verkregen door de inzet van het opsporingsmiddel aftappen van vertrouwelijke communicatie ook een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds wel en anderzijds niet in het strafdossier gevoegde stukken voor wat betreft de bewaartermijn. Dit toont volgens [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] ook aan dat het begrip strafdossier de door hen bepleite restrictievere betekenis moet worden gegeven en dat de rechtbank dit begrip ten onrechte ruimer uitlegt. De Memorie van Toelichting bevat daarnaast diverse sterke aanwijzingen dat het bij de verstrekking op grond van de Wjsg ook in materiële zin moet gaan om strafvorderlijke gegevens in verband met de scope van het strafrechtelijk onderzoek zelf.

Niet in geschil is dat het strafvorderlijk onderzoek van VROM-IOD was gericht op milieudelicten. De tapgegevens die aan ACM zijn verstrekt vallen buiten de scope van dat onderzoek en het strafdossier. Dat blijkt niet alleen uit het spin-off proces-verbaal dat specifiek met het oog op de verstrekking is opgemaakt, maar ook uit het verslag van ambtshandelingen waarin een verslag

wordt gegeven van een gesprek tussen medewerkers van de ACM en een medewerker van VROM-IOD op

28 april 2010. Hieruit blijkt dat de tapverslagen en andere overgedragen informatie niet tot het strafdossier behoorden, ook niet op verzoek van de verdediging van [BV 2] , en niets van doen hadden met de scope van het ToTo-onderzoek.

Tot slot betwisten [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] dat de tapgegevens rechtmatig zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek. In het ToTo-onderzoek is niet voldaan aan de eisen die artikel 27 Sv stelt: er was geen aanwijsbaar strafbaar feit en evenmin sprake van feiten en omstandigheden die objectief gezien voldoende aanleiding gaven voor een verdenking.

3.3 [BV 5] stelt in haar incidenteel hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat de tapgegevens kwalificeren als strafvorderlijke gegevens als bedoeld in de Wjsg. De rechtbank heeft bij haar oordeel het begrip strafdossier in de zin van de Wjsg te ruim uitgelegd. Voor de omvang van het strafdossier acht de rechtbank terecht bepalend of stukken 'processtukken' zijn in een strafrechtelijke procedure. [BV 5] kan zich echter niet verenigen met de invulling die de rechtbank geeft aan het begrip 'processtukken'. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een processtuk elk stuk omvat dat redelijkerwijs van belang kan zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin, met andere woorden elk stuk dat redelijkerwijs van belang kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. [BV 5] ziet voor deze opvatting bevestiging in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg en de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van het Wetboek van Strafvordering. De onderhavige tapgegevens houden echter op geen enkele wijze verband met de jegens [BV 2] e.a. gerezen verdenking. Als dit al het geval zou zijn geweest, dan zouden de stukken bij de processtukken in de strafzaak zijn gevoegd. Voor zover bekend was dit niet het geval. De tapgegevens waren slechts bijvangst in een strafvorderlijk onderzoek. Dat de tapgegevens geen onderdeel van de processtukken vormden, betekent dat de tapgegevens geen onderdeel vormden van het strafdossier in de zin van de Wjsg en dus geen strafvorderlijke gegevens waren in de zin van de Wjsg.

3.4 ACM stelt in reactie op de incidenteel hoger beroepen van [BV 1] , van [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] en van [BV 5] dat onbetwist is dat de opnamen en verslagen van de tapgesprekken rechtmatig zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek naar mogelijke overtredingen van de Wet milieubeheer en dat de rechter-commissaris in verband met die verdenking machtiging heeft verleend voor het plaatsen van telefoontaps. Voorts moet het opslaan en bewaren van de geluidsbestanden en het maken van processen-verbaal van de opgenomen telefoongesprekken ten behoeve van het onderzoek worden aangemerkt als het verwerken van strafvorderlijke gegevens. Zowel de geluidsbestanden als de beknopte transcripties zijn in het ToTo-dossier opgenomen in een digitaal bestand, zodat sprake is van 'langs geautomatiseerde weg verwerken'. Dat is niet alleen het geval omdat deze zijn vastgelegd op informatiedragers, maar ook omdat VROM-IOD ervoor heeft gekozen om deze in het ToTo-strafdossier op te nemen en te bewaren ten behoeve van de strafzaak.

De rechtbank heeft volgens ACM voor haar oordeel terecht steun gevonden in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg: strafvorderlijke gegevens kunnen zijn opgenomen in de processtukken en het begrip 'processtukken' wordt in de praktijk ruim opgevat. ACM wijst er overigens op dat er geen sprake is van een noodzakelijke koppeling met de processtukken. Evenmin is het 'verwerken' van strafvorderlijke gegevens beperkt tot het 'voegen' bij de processtukken. Dat volgt niet uit de Memorie van Toelichting.

In dit geval zijn de tapgegevens in het strafdossier verwerkt, omdat niet viel uit te sluiten dat deze in enig stadium van het strafproces relevantie zouden kunnen hebben voor de beantwoording van de vragen waarop de artikelen 348 en 350 Sv betrekking hebben.

Daarnaast stelt ACM dat er geen noodzakelijke materiële koppeling is van strafvorderlijke

gegevens met het onderwerp van het strafvorderlijk onderzoek in de zin van de verdenking waarop het onderzoek is gebaseerd. Artikel 39f Wjsg bevat juist een regeling voor verstrekking aan derden van materiaal dat met het oog op een strafvorderlijke doelstelling is verzameld, voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden. De bepalingen in het Wetboek van Strafvordering over het voegen van onder meer tapgegevens bij de processtukken (artikel 126aa Sv) en het bewaren en vernietigen van onder meer tapgegevens (artikel 126cc Sv) zeggen niets over de invulling van het begrip 'strafvorderlijke gegevens' in de zin van de Wjsg. De Wjsg verwijst hier ook niet naar.

Dat het om bijvangst zou gaan die om die reden niet zou kwalificeren als strafvorderlijke gegevens en vernietigd had moeten worden, volgt ACM niet. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kan niet worden afgeleid dat de in dit geval aan ACM verstrekte gegevens buiten het doel voor het plaatsen van de taps vallen, noch buiten de in de Wjsg genoemde doeleinden waarvoor strafvorderlijke gegevens mogen worden verwerkt. Evenmin volgt hieruit dat artikel 8 EVRM tot vernietiging van de desbetreffende gegevens zou verplichten.

3.5 Het College overweegt als volgt. Op grond van artikel 1, aanhef en onder b, Wjsg wordt in deze wet en de daarop rustende bepalingen onder strafvorderlijke gegevens verstaan: persoonsgegevens of gegevens over een rechtspersoon die zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek en die het Openbaar Ministerie in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg verwerkt.

Met de rechtbank is het College van oordeel dat de aan ACM overgedragen telefoontaps kwalificeren als strafvorderlijke gegevens in de zin van vorengenoemde bepaling. Uit de door de rechtbank aangehaalde passages uit de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg vloeit voort dat de wetgever het begrip 'strafdossier' in deze wetsbepaling ruim heeft bedoeld. Het College wijst in dit verband tevens op r.o. 3.4.6 van het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012 inzake Trafigura (ECLI:NL:HR:2012:BV3436), waarin onder meer is overwogen dat een strafdossier betrekking kan hebben op meer feiten dan waarvoor het Openbaar Ministerie een vervolging instelt. De stelling van [BV 1], van [BV 2], [BV 3] en [BV 4] en van [BV 5] dat de tapgegevens geen strafvorderlijke relevantie hebben en kwalificeren als bijvangst, om welke reden dit materiaal niet in het strafdossier thuishoort, wordt door het College reeds hierom niet gevolgd. Voorts viel, zoals ACM heeft gesteld, in dit geval niet uit te sluiten dat de tapgegevens in enig stadium van het strafproces relevantie zouden kunnen hebben voor de beantwoording van de vragen waarop de artikelen 348 en 350 Sv betrekking hebben. Dat de tapgegevens niet rechtmatig zouden zijn verkregen, zoals [BV 2], [BV 3] en [BV 4] stellen, omdat in het ToTo-onderzoek niet zou zijn voldaan aan de eisen die artikel 27 Sv aan een strafvorderlijk onderzoek stelt, doet er niet aan af dat ze deel uitmaken van het strafdossier.

In ieder geval geldt dat de tapgegevens digitaal zijn opgeslagen en in zoverre langs geautomatiseerde weg zijn verwerkt. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het begrip 'verwerking van persoonsgegevens' in artikel 1, aanhef en onder b, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), waarnaar in artikel 1, aanhef en onder g, Wjsg wordt verwezen, ruim is omschreven: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

Gelet op het voorgaande slagen de incidenteel hoger beroepen van [BV 1], van [BV 2], [BV 3] en [BV 4] en van [BV 5] op dit onderdeel niet.

Verstrekking van de telefoontaps aan ACM

4.1 ACM stelt dat het ontbreken van een kenbare en toetsbare motivering van de officier van justitie, voor zover daar al sprake van is, op zichzelf nog geen reden vormt om het gebruik van de tapgegevens door ACM ontoelaatbaar te achten. Het is vaste jurisprudentie dat het enkele feit dat bewijs (mogelijk) strafrechtelijk onrechtmatig is verkregen, niet zonder meer meebrengt dat dit bewijs ook in een bestuursrechtelijke procedure niet mag worden gebruikt. Dit is alleen dan het geval als het bewijs is verkregen op een wijze die zo zeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik hiervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. In dit verband verwijst ACM naar het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1992, NJ 1994, 621, en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 12 april 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AW1281). Van een dergelijke situatie is hier geen sprake.

Verstrekking onder de Wjsg is volgens ACM pas onrechtmatig of in strijd met artikel 8 EVRM, indien de verstrekking niet noodzakelijk kan worden geacht met het oog op een zwaarwegend algemeen belang of de verstrekking niet voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat is hier niet gebleken en ook niet getoetst door de rechtbank.

Er is voorts volgens ACM geen grond voor het oordeel dat de afweging van de officier van justitie dient te blijken op het moment van verstrekking. De Wjsg noch artikel 8 EVRM vereist dat de afweging van de officier van justitie voorafgaand aan de verstrekking kenbaar wordt gemaakt aan de ontvangende instantie.

In dit verband verwijst ACM naar het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV3436). Hieruit blijkt dat de rechter ook achteraf en zelfstandig kan beoordelen of er een rechtsgrond is voor verstrekking van strafvorderlijke gegevens en daarbij niet is beperkt tot de wetsbepaling waarop de officier van justitie de verstrekking heeft gebaseerd.

De ten tijde van de verstrekking gegeven motivering is bovendien niet beslissend voor de rechtmatigheid van de verstrekking. Niet (de rechtmatigheid van) de motivering om tot verstrekking over te gaan ligt voor, maar (de rechtmatigheid van) de verstrekking zelf. De rechter kan dat achteraf en zelfstandig toetsen. Daarvoor is niet vereist dat op het moment van de verstrekking inzicht wordt geboden in de afweging die aan de verstrekking vooraf is gegaan.

Toetsing van de rechtmatigheid van de verstrekking van de gegevens in de procedure tegen het boetebesluit van ACM is niet noodzakelijk om rechtsbescherming tegen de verstrekking te waarborgen. De Wjsg kent een systeem van rechtsbescherming bij de civiele rechter. In de zogenoemde Limburgse Bouw-zaken (zie de uitspraak van het College van heden inzake nrs. 13/522, 13/523 en 13/529; ECLI:NL:CBB:2015:193) is hiervan ook gebruik gemaakt.

De beslissing om op de voet van artikel 39f Wjsg strafvorderlijke gegevens aan een derde te verstrekken is geen door de bestuursrechter toetsbaar besluit in de zin van de Awb. Een kenbare motivering is (ook) daarom niet vereist. De verstrekking door de officier van justitie is een feitelijke handeling, die door de civiele rechter kan worden getoetst. Zou de bestuursrechter deze feitelijke handeling ook (indringend) kunnen toetsen, dan zou dat leiden tot een doorkruising van de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Een grondslag voor een motiveringsverplichting voor de officier van justitie ontbreekt ook.

Evenmin is vereist dat de ontvangende instantie de gegevens pas in ontvangst mag nemen nadat de juistheid van de afweging van de officier van justitie nog eens (indringend) is getoetst door die ontvangende instantie. Er rust op ACM geen vergewisplicht als bedoeld in artikel 3:9 Awb. De zorgvuldigheid van de afweging van de officier van justitie zegt niets over de waarde die ACM aan de verstrekte tapgegevens kan hechten. De zorgvuldigheidsplicht van artikel 3:2 Awb gaat niet zo ver dat ACM zich een zelfstandig oordeel moet vormen over de rechtmatigheid van de verstrekking met alle daarbij behorende afwegingen, aldus ACM.

De ontvangende derde zal veelal onvoldoende inzicht hebben in de strafrechtelijke achtergronden en positie van de verdachte om deze afweging te kunnen maken of toetsen. De wetgever heeft de officier van justitie bij uitstek geschikt geacht.

Alle verstrekkingen aan ACM hebben plaatsgevonden met voorafgaande toestemming van de officier van justitie. Er waren geen contra-indicaties in de zin van de Aanwijzing, zodat toestemming van de officier van justitie volstond. De contra-indicatie dat de zaak nog niet was beoordeeld, deed zich in het onderhavige geval niet voor. Aangezien in dit geval de te verstrekken gegevens betrekking hadden op een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw en het strafrechtelijk onderzoek daar niet op was gericht, heeft de officier van justitie buiten de kaders van een vervolgingsbeslissing beoordeeld of de te verstrekken gegevens voldoende betrouwbaar waren en een voldoende ernstig vermoeden rechtvaardigden van overtreding van artikel 6 Mw. Om een vergelijkbare reden hoefde niet te worden gewacht op een vonnis van de strafrechter. Zodanig vonnis zou immers geen veroordeling kunnen inhouden wegens overtreding van artikel 6 Mw. Bovendien was sprake van spoedeisend belang. Uit de strafvorderlijke gegevens bleek immers dat op grote schaal sprake was van verboden prijsafspraken.

Het in de rechtspraak ontwikkelde criterium voor het gebruik van (mogelijk) onrechtmatig verkregen bewijs is dat dit alleen dan niet gebruikt kan worden in een bestuursrechtelijke procedure, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik hiervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.

Vooropgesteld moet worden dat het in ontvangst nemen van de telefoontaps door ACM op zichzelf geen inbreuk vormt op artikel 8 EVRM. Voor de vraag of ACM de verstrekte tapgegevens als bewijs kan gebruiken is van belang i) of het bewijs (mogelijk) strafrechtelijk onrechtmatig is verkregen, en zo ja ii) of de wijze van verkrijging zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik hiervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. In het onderhavige geval zijn voor beide elementen geen aanwijzingen, zodat het gebruik als bewijs toelaatbaar is.

In dit geval staat geenszins vast dat de telefoontaps strafrechtelijk onrechtmatig zijn verkregen. Het dossier bevat voorts geen aanwijzingen dat de afweging van de officier van justitie dat verstrekking aan ACM kon plaatsvinden evident onjuist of onzorgvuldig is geweest. Er was alle reden om aan te nemen dat de desbetreffende gegevens relevant konden zijn voor het uitoefenen van toezicht op de Mw door ACM. Verstrekking van de gegevens kon daarom noodzakelijk worden geacht met het oog op een zwaarwegend belang.

In verband met de proportionaliteit en subsidiariteit is voorts van belang dat uit de tapverslagen blijkt dat het uitsluitend gaat om zakelijke gesprekken en alleen gesprekken die van belang konden zijn voor het onderzoek van ACM naar een mogelijke inbreuk op de Mw.

Het doel waarvoor de tapverslagen aan ACM zijn verstrekt is het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving, meer in het bijzonder artikel 6 Mw. Er bestond ook een grondslag voor verstrekking aan ACM: ACM zou onderzoek doen en zo nodig handhavend optreden ter zake van schending van artikel 6 Mw, een schending waartegen het OM niet zelf handhavend kon optreden.

Het is niet aannemelijk dat de informatie over een mogelijke overtreding op minder belastende wijze zou kunnen worden verkregen. In dit verband wijst ACM op het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 26 juni 2009 (ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ0047).

Het feit dat ACM niet zelf de bevoegdheid heeft telefoontaps te plaatsen staat er niet aan in de weg dat telefoontaps onder de Wjsg (rechtmatig) aan ACM kunnen worden verstrekt.

In reactie op de door [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] in hun incidenteel hoger beroep opgeworpen stelling dat de verstrekking van nadere gegevens in de zomer van 2010 niet had mogen plaatsvinden, omdat deze gegevens op dat moment ingevolge artikel 126cc, eerste lid, Sv al vernietigd hadden moeten zijn stelt ACM dat de strafzaak pas op zijn vroegst op 19 juli 2010 is geëindigd, te weten

14 dagen na 5 juli 2010, het moment waarop het OM niet-ontvankelijk is verklaard. Pas toen is de termijn van twee maanden, bedoeld in artikel 126cc, gaan lopen.

4.2 [BV 1] , [BV 5] , [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] stellen in reactie op het hoger beroep van ACM, samengevat weergegeven, dat in de zaken waarin het "zozeer indruist-criterium" een rol speelt, de situatie die moet worden beoordeeld is of en in hoeverre de onrechtmatigheid van strafrechtelijk verkregen bewijs doorwerkt in het bestuursrecht, in het bijzonder of dat onrechtmatig verkregen bewijs door een bestuursorgaan mag worden gebruikt. Op grond van de parlementaire geschiedenis bij de Wjsg geldt echter dat de officier van justitie vanwege de op hem rustende geheimhoudingsplicht de informatie verkregen in een strafvorderlijk onderzoek niet mag verstrekken. Vanwege artikel 8 EVRM kan daarop slechts een uitzondering worden aanvaard, indien een zwaarwegend belang dat rechtvaardigt. De beslissing tot verstrekking is als zodanig een handeling die op grond van artikel 8 EVRM dient te worden getoetst. Het gaat om de toets of door materiaal, dat reeds met een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is verkregen, aan derden te verstrekken nogmaals inbreuk op die persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt. Deze toets vergt volgens de Memorie van Toelichting van het OM een belangenafweging aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval en wel alvorens tot verstrekking over te gaan. Een verstrekking van strafvorderlijke gegevens zonder kenbare, voor de rechter toetsbare motivering levert op zichzelf een schending op van artikel 8 EVRM.

[BV 1] , [BV 5] , [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] stellen voorts dat het zonder voorafgaande afweging en kenbare motivering verstrekken van strafvorderlijke gegevens een schending betekent van de Wjsg waar het gaat om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Er is maar één moment om te toetsen of verstrekt kan worden en dat is voor verstrekking. De motivering kan ook niet achteraf plaatsvinden. Dat bergt het gevaar in zich dat met inmiddels verkregen kennis en inzicht achteraf naar een doel toe wordt geredeneerd. In dit geval heeft ACM de verstrekking ingekleurd aan de hand van het feitelijk verloop van het onderzoek door ACM nadien. De verwijzing door ACM naar het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012 in de zaak Trafigura (ECLI:NL:HR:2012:BV3436) gaat niet op, omdat uit die uitspraak niet blijkt dat de betreffende officier van justitie onjuist had gehandeld bij de verstrekking van een rapport.

[BV 2] , [BV 3] en [BV 4] stellen verder dat ACM zich in de onderliggende zaken de facto een bevoegdheid heeft toegeëigend die haar niet toekomt. ACM erkent dat zij aan VROM-IOD specifieke voor overtreding van de Mw gerichte zoektermen heeft verstrekt en daarmee door VROM-IOD tapgegevens digitaal zijn doorzocht. Van de met door ACM opgegeven zoektermen geselecteerde tapgegevens worden vervolgens telkens transcripties en cd's met live-gesprekken verstrekt aan ACM. De facto heeft ACM hiermee de getapte gesprekken, die in bulkvorm onder VROM-IOD in de tapdatabase beruften, op digitale wijze uitgeluisterd. Dit valt niet onder verstrekken in de zin van de Wjsg. Bovendien is dit een zeer ernstige doorbreking van de bevoegdheidsverdeling tussen enerzijds het OM en anderzijds ACM en is dit in strijd met de Aanwijzing.

[BV 1] en [BV 5] hebben daarnaast betoogd dat er wel sprake is van contra-indicaties. De Aanwijzing geeft in paragraaf IV.2 een niet-limitatieve opsomming van contra-indicaties. In dit geval kan worden betwijfeld of de officier van justitie ten tijde van zijn goedkeuring voor de eerste verstrekking de zaak al had beoordeeld. Er was in ieder geval nog geen sprake van een vonnis van de strafrechter of van iets dat daarmee gelijkgesteld kan worden.

In het proces-verbaal van 21 april 2008 ligt evident geen kenbare afweging besloten tussen het belang van verstrekking enerzijds en de belangen van betrokkenen anderzijds. Het proces-verbaal zelf bevat enkel een korte beschrijving van onderzoeksbevindingen van VROM-IOD.

De bestuursrechter dient juist ook in het kader van het beroep tegen een boetebesluit de rechtmatigheid van de wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal dat ACM aan het boetebesluit ten grondslag legt, te kunnen toetsen, als onderdeel van de vraag of het boetebesluit qua inhoud

en wijze van totstandkoming deze rechtmatigheidstoets kan doorstaan. Hierbij wordt verwezen naar de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Wjsg. De door ACM genoemde rechtsbeschermingsmogelijkheden zien op de verstrekking zelf en sluiten niet uit dat de rechtmatigheid van de verstrekking ter toetsing staat in het kader van beroep tegen een boetebesluit. Betrokkenen worden ook niet geïnformeerd over de verstrekking.

De vergewisplicht van artikel 3:9 Awb is niet beperkt tot de situatie van advisering maar ziet ook op de zorgvuldigheid van artikel 3:2 Awb. Ook hier verwijst ACM ten onrechte naar de "zozeer indruist-jurisprudentie". Voor de ontvangende instantie als ACM zal het immers niet in alle gevallen (aanstonds) duidelijk worden of hoeven zijn of en in hoeverre er ergens in de strafvorderlijke procedure (ernstige) vormverzuimen hebben plaatsgevonden. Bij de toepassing van de Wjsg moet ACM als ontvanger daar een grondslag voor hebben en zij draagt bij het verwerken van de gegevens een eigen verantwoordelijkheid. ACM dient zich er dus van te vergewissen dat de overdracht in overeenstemming met de daarvoor geldende regelgeving heeft plaatsgevonden.

Ter zitting is de gemachtigde van [BV 1] , onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal bij de Hoge Raad van 28 mei 2014 in de zaak X. tegen de staatssecretaris van Financiën (ECLI:NL:PHR:2014:521), nader ingegaan op de maatstaven voor beoordeling van het gebruik van strafvorderlijk onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in bestuursrechtelijke procedures. Daarbij is benadrukt dat het "zozeer indruist-criterium" niet gehandhaafd kan worden in zaken waarin een punitieve sanctie is opgelegd. Bepaald moet worden in welke kolom de onrechtmatigheid plaatsvindt. In dit geval ligt de onrechtmatigheid bij de overdracht en het handelen door ACM. In het licht van de conclusie van de advocaat-generaal moet dat leiden tot uitsluiting van het bewijs.

[BV 2] , [BV 3] en [BV 4] stellen voorts in hun incidenteel hoger beroep dat, los van het feit dat in strijd met de Wjsg en de daarop gebaseerde Aanwijzing gegevens aan ACM zijn verstrekt en door ACM zijn gebruikt, een deel hiervan is verstrekt in een fase waarin deze gegevens als niet behorende tot het strafdossier zonder meer reeds vernietigd hadden moeten zijn. Hierbij gaat het om de verstrekkingen van 30 juni 2010, 7 juli 2010 en 2 september 2010. Vaststaat dat de strafzaak tegen [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] is geëindigd met het treffen van een schikking op 24 maart 2010. Op dat moment kwam het recht op strafvervolgning te vervallen. Dat de niet-ontvankelijkheid op 5 juli 2010 is uitgesproken doet hieraan niet af nu reeds op 11 maart 2010 vaststond dat de rechtbank overeenkomstig het voornemen van de officier van justitie de niet-ontvankelijkheid zou uitspreken. Als gevolg van de schikking hadden per 24 mei 2010 alle processen-verbaal en voorwerpen in de zin van artikel 126cc, eerste lid, Sv door het OM vernietigd moeten zijn.

[BV 6] stelt in reactie op het hoger beroep van ACM dat [BV 2] er eerst in het kader van de ACM-procedure kennis van heeft genomen dat [BV 2] voorwerp is geweest van onderzoek door ambtenaren van VROM-IOD naar mogelijke overtredingen van de milieuwetgeving. [BV 6] is ter zake zelf geen verdachte geweest, maar werd eerst ruim een jaar na de feiten geconfronteerd met de gevolgen van de onrechtmatige overdracht door VROM-IOD van de tapgegevens aan ACM. Daarbij dient te worden benadrukt dat de relatie tussen [BV 6] en [BV 2] een bijzonder gecompliceerd karakter had. De selectie uit de bij VROM-IOD vergaarde tapgegevens die de medewerkers bij ACM kennelijk zelf hebben mogen maken geeft een volstrekt eenzijdig beeld van deze relatie. [BV 6] heeft ook niet de mogelijkheid gehad om zelf onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van ontlastend materiaal omdat het overige materiaal is vernietigd. Deze omstandigheid maakt het handelen van de overheid in strijd met het EVRM. Bovendien heeft VROM-IOD erkend dat de gewraakte tapgegevens geen enkele relevantie hadden voor haar eigen ToTo-onderzoek gericht op [BV 2] . Dit maakt dat de tapgegevens hadden moeten worden vernietigd en dat deze niet zonder meer aan ACM ter inzage mochten worden aangeboden.

Daarnaast benadrukt [BV 6] dat Nederland een gesloten stelsel met betrekking tot de inzet van dwangmiddelen kent. Niet ieder opsporingsorgaan heeft dezelfde bevoegdheden met betrekking tot de inzet van dwangmiddelen. Met name is aan ACM niet de bevoegdheid toegekend om

telefoons te tappen. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn dat een opsporingsorgaan dat daartoe niet de bevoegdheid heeft, naar hartenlust gebruik zou kunnen maken van resultaten van onderzoeken van andere opsporingsorganen die wel een dergelijk dwangmiddel hebben kunnen inzetten. ACM had vóór het onderzoek door VROM-IOD geen enkele verdenking van overtreding van de Mw door betrokkenen.

ACM wil ten onrechte doen geloven dat aan de wijze waarop en de vorm waarin akkoord is verleend voor de overdracht van de gegevens een gedegen belangenafweging ten grondslag ligt. De rechtbank heeft die suggestie terecht doorgeprikt. Van enige actieve rol van de officier van justitie is volstrekt niet gebleken. Dit terwijl de bevoegdheid van overdracht en de plicht tot daaraan voorafgaande belangenafweging wel bij het OM en niet bij de ambtenaren van VROM-IOD lag. Het gaat hierbij om een niet herstelbaar verzuim, dat bovendien nog steeds niet is hersteld.

Daarnaast stelt [BV 6] dat ACM vrij laconiek is in haar vaststelling als zou de toepassing van het dwangmiddel zelf rechtmatig zijn geweest. Dit is nimmer getoetst in de ToTo-zaak zelf vanwege een schikking tussen het OM en [BV 2]. [BV 6] is in ieder geval zelf niet in staat geweest zich daarover een zelfstandig oordeel te vormen, nu de relevante stukken niet meer aanwezig zijn.

De Wjsg bevat een uitzonderingsregeling voor die gevallen waar dringend algemeen belang noopt tot overdracht van strafvorderlijke gegevens. [BV 6] stelt dat het hier niet gaat om strafvorderlijke gegevens en betwist ook bedoeld dringend algemeen belang. De waarborgen in de Wjsg, waar het immers gaat om een inbreuk op de privacy van betrokkenen, zijn met voeten getreden. Achteraf is aan een officier van justitie gevraagd te accorderen, irrelevant materiaal is niet vernietigd en ACM heeft in deze gegevens kunnen shoppen. Nu bovendien betrokkenen niet eens inzage hebben kunnen krijgen in het materiaal is het terecht dat de rechtbank hieraan paal en perk heeft gesteld.

4.3 Het College overweegt als volgt. In artikel 39f Wjsg was ten tijde en voor zover hier van belang het volgende bepaald:

“1. Voorzover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, kan het College van procureurs-generaal, onverminderd artikel 39e, aan personen of instanties voor de volgende doeleinden strafvorderlijke gegevens verstrekken:

- a. het voorkomen en opsporen van strafbare feiten,
- b. het handhaven van de orde en veiligheid,
- c. het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving,
- d. het nemen van een bestuursrechtelijke beslissing,
- e. het beoordelen van de noodzaak tot het treffen van een rechtspositionele of tuchtrechtelijke maatregel, of
- f. het verlenen van hulp aan slachtoffers en anderen die bij een strafbaar feit betrokken zijn.

2. Het College van procureurs-generaal kan slechts strafvorderlijke gegevens aan personen of instanties als bedoeld in het eerste lid verstrekken, voorzover die gegevens voor die personen of instanties:

- a. noodzakelijk zijn met het oog op een zwaarwegend algemeen belang of de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte, en
- b. in zodanige vorm worden verstrekt dat herleiding tot andere personen dan betrokkene, redelijkerwijs wordt voorkomen.”

In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 2002-2003, 28 886, nr.3, p. 5) is vermeld dat, gelet op artikel 8, tweede lid, EVRM, onder het begrip ‘zwaarwegend algemeen belang’ dient te worden verstaan het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. ACM is belast met de uitvoering van de Mw en in het bijzonder met het toezicht op en onderzoek naar

kartelvorming, verboden prijsafspraken en andere vormen van vooroverleg tussen ondernemingen. Gelet op de aard van het kartelverbod van artikel 6 Mw is naar het oordeel van het College in dit geval sprake van een zwaarwegend algemeen belang, te weten het economisch welzijn van het land. In dit verband wordt ook verwezen naar het arrest van het EHRM van 2 oktober 2014 in de zaak Delta Pekárny/Republiek Tsjechië (zaak nr. 97/11), r.o. 81. Voorts is voldaan aan het bepaalde in artikel 39f, eerste lid, aanhef en onder c, Wjsg. De verstrekking heeft immers plaatsgevonden met het oog op het uitoefenen van toezicht door ACM op het naleven van regelgeving.

- 4.4 Ten aanzien van de vraag of de verstrekking noodzakelijk was als bedoeld in artikel 39f, tweede lid, Wjsg heeft de rechtbank er terecht op gewezen dat uit de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Wjsg blijkt dat bij de verstrekking van strafvorderlijke gegevens een zorgvuldige belangenafweging moet plaatsvinden.

Het oordeel van de rechtbank dat, gelet op hetgeen in de Memorie van Toelichting is vermeld, voor de verstrekking van strafvorderlijke gegevens sprake moet zijn van een kenbare, voor de rechter toetsbare afweging van de officier van justitie – welke is gemaakt op het moment van de verstrekking en op dat moment ook blijkt – wordt door het College echter niet gevolgd. Het beschikbaar zijn van een schriftelijke motivering van de officier van justitie ten tijde van de verstrekking vereenvoudigt wellicht de toetsing van de naleving van artikel 39f Wjsg, maar uit de wet, noch de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het niet beschikbaar zijn van een schriftelijke motivering ten tijde van de verstrekking meebrengt dat niet voldaan is aan de vereisten voor verstrekking. Gelet op het vorenstaande komt de aangevallen uitspraak in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

- 4.5 Het College zal vervolgens op basis van hetgeen partijen in dat verband over en weer naar voren hebben gebracht beoordelen of in het voorliggende geval sprake is van een rechtmatige verstrekking van in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verkregen bewijsmateriaal aan een bestuursorgaan dat dit materiaal hanteert in een procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete.

- 4.6 In dit verband dient vooreerst te worden vastgesteld of de verstrekking van strafvorderlijke gegevens, in dit geval bestaande uit tapgegevens, op grond van artikel 39f Wjsg, in strijd komt met artikel 8 EVRM. Een inbreuk op het recht op privacy is ingevolge het tweede lid van artikel 8 EVRM slechts toegestaan voor zover dat bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van onder meer het economisch welzijn van het land.

Uitgangspunt bij de beoordeling is dat de telefoontaps waaruit de in geding zijnde tapgegevens zijn verkregen, zijn geplaatst nadat de rechter-commissaris daarvoor een machtiging had verstrekt. Het College ziet in hetgeen door [BV 2], [BV 3] en [BV 4] naar voren is gebracht geen grond om niettemin vast te stellen dat de tapgegevens niet overeenkomstig de ter zake geldende strafvorderlijke vereisten door VROM-IOD zijn verkregen.

De bevoegdheid tot verstrekking van de tapgegevens door de officier van justitie is wettelijk verankerd in de Wjsg. Bovendien voorziet de wet ter zake van de rechtmatigheid van deze verkrijging in een met voldoende waarborgen omklede rechterlijke procedure, zowel civielrechtelijk in het kader van de verstrekking van de gegevens als bestuursrechtelijk in het kader van de toetsing van het besluit tot boeteoplegging waaraan deze gegevens ten grondslag zijn gelegd. Uit het rapport in deze zaken blijkt dat ACM het bewijsmateriaal, waaronder de tapgegevens, uitgebreid heeft beoordeeld in het kader van de vaststelling of sprake is van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. Na het uitbrengen van het rapport en alvorens een besluit tot boeteoplegging door ACM was genomen, zijn appellanten in de gelegenheid gesteld hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen, van welke gelegenheid zij gebruik hebben gemaakt.

Tot slot is voor het College voldoende aannemelijk geworden dat de informatie betreffende de eventuele prijsafspraken in redelijkheid niet op een andere, minder belastende wijze, door ACM kon worden verkregen, nu dergelijke afspraken in de regel niet op schrift worden gesteld. In het eveneens door partijen aangehaalde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 26 juni 2009 (ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ0047), gaf de voorzieningenrechter in een met de onderhavige zaken vergelijkbare kwestie een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van de verstrekking van telefoontaps door het OM aan ACM en kwam daarbij ter zake van de evenredigheid van de verstrekking eveneens tot dit oordeel.

Gelet hierop ziet het College geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de verstrekking van de tapgegevens aan ACM op grond van artikel 39 Wjsg in strijd is met artikel 8 EVRM.

- 4.7 In het kader van de op grond van artikel 3:2 Awb bij de voorbereiding van een besluit te betrachten zorgvuldigheid rust op ACM de verplichting om de rechtmatigheid van het door haar te hanteren bewijsmateriaal te beoordelen. In het besluit tot boeteoplegging is ACM in randnummer 180 e.v. ingegaan op het gebruik van de tapgegevens als bewijs. Daarbij heeft zij beoordeeld of bij de verkrijging van de tapgegevens de beginselen van de goede procesorde zijn geschonden, dan wel dat sprake is van veronachtzaming van de rechten van verdediging. Daarbij heeft ACM benadrukt dat de wetgever de (actieve) bevoegdheden van ACM om gegevens te verzamelen heeft begrensd, doch niet de gegevens die ACM mag ontvangen. ACM concludeert dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de door VROM-IOD aan ACM verstrekte tapgegevens niet als bewijs mogen worden gebruikt.
- 4.8 In hetgeen [BV 1] , [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] en [BV 5] naar voren hebben gebracht ziet het College geen aanknopingspunt voor het oordeel dat deze conclusie van ACM onjuist is. Daarbij dient te worden benadrukt dat ACM er op grond van de Aanwijzing in beginsel ook van uit mocht gaan dat het betreffende bewijsmateriaal rechtmatig aan haar was verstrekt. In het voorliggende geval gaat het om een verstrekking aan een bestuursorgaan. Verstrekkingen aan bestuursorganen met het oog op het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving zijn ingevolge hoofdstuk IV.4.c van de Aanwijzing aangemerkt als standaardverstrekkingen. Er zijn in dit geval ook geen contra-indicaties als bedoeld in de Aanwijzing. Het College overweegt hierbij dat de in de Aanwijzing uitdrukkelijk genoemde contra-indicaties klaarblijkelijk zien op andere situaties dan hier aan de orde. ACM heeft in dit verband terecht naar voren gebracht dat de verstrekte gegevens betrekking hebben op een mogelijke overtreding van het in artikel 6 Mw neergelegde kartelverbod en het strafrechtelijk onderzoek daar niet op was gericht. De officier van justitie heeft dan ook buiten de kaders van een vervolgingsbeslissing beoordeeld of deze gegevens voldoende betrouwbaar waren en een voldoende ernstig vermoeden rechtvaardigden van een overtreding van het kartelverbod. Het College wijst er daarbij op dat er voor het Openbaar Ministerie een grote mate van vrijheid bestaat bij de afweging van de bij de beslissing tot verstrekking betrokken belangen (zie in dit verband r.o. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2007 inzake International Card Services B.V., ECLI:NL:HR:2007:BB9133).

De omstandigheid dat ACM niet zelf de bevoegdheid toekomt om taps te plaatsen vormt geen grond voor het oordeel dat het gebruik van de verstrekte tapgegevens door ACM ontoelaatbaar moet worden geacht. De Wjsg voorziet juist in de mogelijkheid dat dergelijke met strafvorderlijke dwangmiddelen verkregen gegevens worden verstrekt aan onder meer bestuursorganen die niet zelf over de bevoegdheid beschikken om deze dwangmiddelen in te zetten.

De omstandigheid dat ACM – in overleg met VROM-IOD – na 'digitaal uitluisteren' een selectie heeft gemaakt uit de bulk van door VROM-IOD op voorhand relevant geachte en beschikbare gegevens, leidt – anders dan [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] hebben betoogd – in de gegeven situatie niet tot het oordeel dat de verstrekking in strijd met de Wjsg heeft plaatsgevonden.

- 4.9 Gelet op het vorenstaande komt het College tot de conclusie dat het in geding zijnde

bewijsmateriaal rechtmatig door VROM-IOD is verkregen en aan ACM is verstrekt. ACM mocht hiervan dan ook gebruik maken bij het nemen van een besluit omtrent het opleggen van bestuurlijke boetes. Het College komt derhalve niet meer toe aan hetgeen partijen naar voren hebben gebracht ten aanzien van het gebruik in deze procedure van onrechtmatig verkregen bewijs.

4.10 [BV 2] , [BV 3] en [BV 4] hebben nog aangevoerd dat de verstrekkingen van 30 juni 2010, 7 juli 2010 en 2 september 2010 ten onrechte hebben plaatsgevonden, omdat de strafzaak tegen hen is geëindigd met het treffen van een schikking op 24 maart 2010. Met ACM is het College van oordeel dat die strafzaak eerst geëindigd is op het moment dat het vonnis van de rechtbank van 5 juli 2010 onherroepelijk is geworden, derhalve op 19 juli 2010. Gelet op de termijn van twee maanden genoemd in artikel 126cc, tweede lid, Sv was er ten tijde van alle verstrekkingen nog geen sprake van een situatie dat de verstrekte gegevens vernietigd hadden moeten zijn.

5. Het vorenstaande leidt het College tot de conclusie dat het hoger beroep van ACM slaagt. De aangevallen uitspraak komt voor vernietiging in aanmerking. De rechtbank is niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de beroepen tegen de opgelegde boetes. Mede in verband met het belang van de mogelijkheid van een beoordeling van boetezaken in twee instanties worden de zaken op de voet van artikel 8:115, eerste lid, aanhef en onder b, Awb, teruggewezen naar de rechtbank. De incidenteel hoger beroepen van [BV 1] , van [BV 2] , [BV 3] , [BV 4] en van [BV 5] slagen niet.

6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart de incidenteel hoger beroepen ongegrond;
- wijst de zaken naar de rechtbank terug.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L.W. Aerts, mr. W.A.J. van Lierop en mr. W. den Ouden, in aanwezigheid van mr. J.M.M. Bancken, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2015.

w.g. J.L.W. Aerts w.g. J.M.M. Bancken