

De ex-werknemer en het zwijgrecht: evoluerend mededingingsrecht (?)

Bij besluiten van 7 mei 2010 zijn door de Raad van Bestuur van de NMa ('de NMa') eerder genomen boetebesluiten (in de kern) in stand gelaten, waarbij aan ex-werknemers van een onderneming een boete werd opgelegd wegens niet meewerken aan het NMa onderzoek.¹ Dat niet meewerken werd ingegeven door een beroep van de betrokken voormalig werknemers op het zwijgrecht. De NMa verwierp het beroep op het zwijgrecht en kwam tot de vaststelling van boetes van € 90.000² en € 150.000.

In de besluiten komt de NMa toe aan een inhoudelijke beoordeling van het zwijgrecht en tot een inkadering van dat recht in het mededingingsrecht (art. 53 Mw) en in het bestuursrecht (verhouding tot art. 5:16 jo. art. 5:20 Awb).

Die materie verdient aandacht, omdat het zwijgrecht een kern vormt van het recht op een eerlijk proces.³ De beslissing van de NMa om dit zwijgrecht niet toe te kennen aan ex-werknemers behoeft in zoverre uitleg. Daarbij lijkt het goed eerst de besluiten te bespreken om vervolgens de inkadering van het zwijgrecht in de Mw en de Awb nader te belichten. Vervolgens zal een uitstap worden gemaakt naar het strafrecht en het fiscale recht om te komen tot een bespreking van de huidige positie in het kader van de Mw (na 1 oktober 2007 toen de persoonlijke boete werd ingevoerd voor feitelijk leidinggevers/opdrachtgevers)⁴; een situatie waarvan grosso modo kan worden gezegd dat er wel een zwijgrecht bestaat voor ex-werknemers.

Besluiten

De casuspositie die aan beide besluiten ten grondslag ligt laat zich – voor zover relevant – eenvoudig schetsen. In zowel de zaak 6719 als 6622 was sprake van natuurlijke personen van wie NMa-ambtenaren medewerking aan een onderzoek verzochten. Dat onderzoek richtte zich op vermeend kartelgedrag van ondernemingen waarvan de betrokken individuen ex-werknemers

waren. Hen werd verzocht een verklaring af te leggen (antwoorden op vragen). In het ene geval (6719) ging het om een voormalig key accountmanager/salesmanager in het andere geval (6622) betrof het een ex-directeur. In de kern beschouwd verweerden zij zich met een beroep op het zwijgrecht en een civielrechtelijke geheimhoudingsplicht in hun arbeidscontract (die strafrechtelijk 'afdwingbaar' zou zijn, omdat schending ervan in strijd zou zijn met art. 273 Sr). Zij weigerden zodoende medewerking, die ex art. 5:16 jo. art. 5:20 Awb door de NMa gevorderd werd, hetgeen de NMa bracht tot beboeting van de ex-werknemers wegens overtreding van de medewerkingsplicht.

De boetelingen kwamen daartegen in bezwaar. In die procedure betoogden zij allereerst dat de NMa ten onrechte tot beboeting was overgegaan, omdat voorbij was gegaan aan hun (beroep op het) zwijgrecht. Dat zwijgrecht, neergelegd in art. 53 Mw, komt toe aan de onderzochte onderneming vanaf het moment dat er bij de NMa-ambtenaren een redelijk vermoeden van overtreding van de mededingingsbepalingen bestaat. Het zwijgrecht houdt in de mededingingsrechtelijke context in dat er geen verplichting van de zijde van de onderneming is vanaf het benoemde redelijke vermoeden ter zake een verklaring af te leggen.

Het betoog van de ex-werknemers kwam er op neer dat de kring van personen die zich op het zwijgrecht kunnen beroepen zich ook uitstrekt tot voormalig werknemers, nu het bij hun verklaringen gaat om hetgeen zij in hun hoedanigheid van werknemer te weten zijn gekomen en nu het niet verlenen van het zwijgrecht aan hen zou leiden tot uitholling van de bescherming van art. 53 Mw. Het gaat daarbij dus niet om hun zelfstandige recht om te zwijgen (dat toekomt aan 'verdachten'), maar om een afgeleid recht van het zwijgrecht van de verdachte ondernemingen; hun voormalige werkgevers. Zij beriepen zich daarbij op de Texaco-uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin de rechtbank oordeelde: 'Art. 53 van de Mw bepaalt – kort gezegd – dat er geen verplichting bestaat aan de zijde van de onderneming een verklaring af te leggen ter zake van een vermeende overtreding van de Mw. De rechtbank kan uit de tekst van artikel 53 van de Mw noch uit de totstandkomingsgeschiedenis opmaken dat de kring van personen binnen een onderneming die zich op het zwijgrecht zouden kunnen beroepen op voorhand beperkt is. Integendeel, uit de woorden "aan de zijde van de onderneming" leidt de rechtbank af dat, indien de onderneming wordt gehoord, in beginsel aan een ieder die tot die onderneming behoort en via wie de onderneming wordt gehoord – dus niet alleen de civielrechtelijke vertegenwoordiger(s) – het zwijgrecht toekomt. Hierin bestaat dus een verschil met de situatie waarin de werknemer rechtstreeks als individu, dus niet namens de onderneming, om inlichtingen wordt gevraagd. Indien de bewuste werknemers in het onderhavige geval

1 Besluiten van 7 mei 2010 in de zaken 6719 en 6622 (besluiten op bezwaar van de primaire besluiten van 10 november 2009 – zaak 6719 – en 9 juli 2009 – zaak 6622 –).

2 In het primaire besluit was dat € 100.000; bij beslissing op bezwaar is deze boete verlaagd tot € 90.000.

3 Bijv. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders vs. VK), par. 68; EHRM 29 juni 2007, EHCR 2007, 104 (O'Hallaran en Francis vs. VK), par. 100; EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557 (Marttinen vs. Finland) par. 60.

4 Wet Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, 28 juni 2007, Stb. 2007, 284. Met die wet werd in art. 56, lid 4 en 75a Mw art. 51, lid 2 Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing verklaard; zie daarover: W.W. Geursen, 'Wijziging van de Mededingingswet door de Evaluatiewet', AM 2007, p. 131. Per 1 juli 2009 is de Vierde Tranche Awb in werking getreden en materieel hetzelfde opgenomen in art. 5:1, lid 3 Awb en deswege geschrapt uit de Mw.

waren gehoord, hadden zij zich derhalve op het zwijgrecht kunnen beroepen, zodat de stelling met betrekking tot een mogelijk loyaliteitsconflict geen doel treft.⁵

Zoals gememoreerd voerden beiden bovendien aan dat op hen een civielrechtelijke geheimhoudingsplicht rustte, schending van welke plicht onder meer zou leiden tot het plegen van het strafbare feit van art. 273 Sr (kortweg: opzettelijke schending van bedrijfsgeheimen). Er werd betoogd dat sprake was van een conflict van wettelijke plichten, waarbij de geheimhoudingsplicht (en daarmee art. 273 Sr) zou prevaleren.

Tot slot voerden zij ook aan dat de opgelegde boete (respectievelijk € 100.000 en € 150.000) – in de kern weergegeven – onevenredig was.⁶

De NMa maakt korte metten met de aangevoerde argumenten. Zij stelt voorop dat de medewerkingsplicht van art. 5:16 jo. art. 5:20 Awb voor een ieder geldt. Het zwijgrecht, dat op die plicht een uitzondering vormt, geldt volgens de NMa ten aanzien van degene die namens de onderneming wordt gehoord. De ex-werknemers werden evenwel door de NMa niet geacht op te treden namens de onderneming en hen komt, aldus de NMa, derhalve geen afgeleid zwijgrecht toe.⁷ Om de kring van individuen die dat zwijgrecht kunnen aanwenden af te bakenen, sluit de NMa aan bij de al genoemde *Texaco*-uitspraak. Zij zegt dat het afgeleide zwijgrecht alleen toekomt aan hen die zich binnen een onderneming bevinden en tot die onderneming behoren. Uit het betoog volgt dat de NMa meent dat een ex-werknemer daarom niet zo'n afgeleid zwijgrecht toekomt.

De tweede klacht van de ex-werknemers betrof – in de kern – de conflicterende wettelijke plichten: geheimhoudingsplicht (contractueel, schending waarvan strafbaar zou zijn ex art. 273 Sr) versus medewerkingsplicht (art. 5:16 jo. art. 5:20 Awb). De NMa oordeelt dat art. 273 Sr ziet op bedrijfsgeheimen, terwijl zij meent dat wetsovertredend gedrag van ondernemingen niet onder dat artikel vallen.⁸ Bovendien zou sprake zijn van de situatie van art. 273, lid 2 (hij die te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het algemeen belang bekendmaking [van het bedrijfsgeheim vorderde] is niet strafbaar), waardoor hoe dan ook van strafrechtelijke vervolging geen sprake kan zijn. Tot slot wijst de NMa nog op het feit dat de geheimen bij de NMa-ambtenaren beschermd zijn nu zij uit hoofde van de Ambtenarenwet en Awb tot geheimhouding zijn verplicht.

Op het aspect van de hoogte van de boete redeneert de NMa dat het niet meewerken aan het onderzoek van de ex-werknemers een ernstige overtreding oplevert en dat daarenboven de medewerking aan dergelijke onderzoeken voor de doeltreffendheid ervan van wezenlijk belang is. Voor de boetegrondslag sluit de NMa – uiteraard – aan bij haar eigen Boetecode 2007. Toetsing daaraan levert

op dat de boetes gehandhaafd blijven, met een correctie op de boete van 5 100.000 naar € 90.000. De reden daarvan is gelegen in de omstandigheid dat de betrokkene minder vermogen blijkt te hebben dan de NMa aanvankelijk dacht. In de andere zaak is geweigerd inzage te geven in de vermogenspositie en komt de NMa dus min of meer schattenderwijs tot de boetevaststelling. Hoe diep de boete ingrijpt, wordt inzichtelijk in zaak 6719; de betrokken ex-werknemer heeft in 2008 een vermogen (inkomen en vermogen tezamen) van ongeveer € 326.000 en wordt beboet tot betaling van € 90.000.⁹ Behoudens de verlaging in zaak 6719 van de boete met € 10.000 komt de NMa derhalve tot verwerping van het betoog van de ex-werknemers en houdt de boetes voor het niet meewerken aan het NMa-onderzoek staande.

Zwijgrecht ex-werknemers en de Mw

Wat te denken van het oordeel van de NMa? *Au fond* beschouwd wensten beide ex-werknemers ervoor te waken dat de wetenschap die zij verkregen als werknemer zou kunnen worden gebruikt ter incriminatie van hun voormalig werkgever, de onderzochte onderneming. Gelet op de ruime zwijgrechtbepaling van art. 53 Mw is het heel wel bepleitbaar dat hen dat (afgeleide) zwijgrecht toekomt. Immers, de woorden 'aan de zijde van de onderneming' laten ruimte om daaronder ook ex-werknemers te scharen. Het enkele feit dat zij geen werknemer meer zijn ten tijde van het verzoek tot meewerken zou in die lijn daarin geen verandering aanbrengen. Het onderscheid tussen de werknemer en ex-werknemer lijkt in zoverre zelfs enigermate arbitrair, omdat het moment van het verzoek tot meewerken dan bepalend is.

Bovendien is de uitleg van de Rechtbank Rotterdam in de *Texaco*-uitspraak, en in navolging het oordeel van de NMa in deze zaken, op een specifiek punt moeilijk te begrijpen. De rechtbank zinspeelt er in die uitspraak namelijk op dat er een verschil is tussen het horen van een persoon namens de onderneming en het horen van die persoon 'rechtstreeks als individu'.¹⁰ Wie dat onderscheid maakt en hoe het te maken is, heeft de rechtbank destijds echter niet uitgelegd. Het lijkt een moeilijk te maken onderscheid en het lijkt daarenboven, vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, penibel het oordeel over dat onderscheid neer te leggen bij de NMa-ambtenaren. Immers, alsdan kan de NMa kiezen of zij een betrokkene aanmerkt als van de zijde van de onderneming of niet. Simpelweg door kenbaar te maken ofwel 'ik wil u horen als werknemer van onderneming x' ofwel 'ik wil u horen als betrokkene'. In het eerste geval zou er wel een beroep op het zwijgrecht bestaan, in het tweede geval niet.

Bij beide elementen (werknemer versus ex-werknemer en werknemer namens de onderneming versus werknemer rechtstreeks als individu) geldt dat een tactische keuze van de NMa kan leiden tot omzeiling van het zwijgrecht van de onderneming. Dat lijkt zich moeizaam

5 Rechtbank Rotterdam 7 augustus 2003, AM 2003, p. 160, AB 2004, 92. Zie ook Rechtbank Rotterdam 11 juli 2006, AB 2007, 35.

6 Besluit 7 mei 2010 in zaak 6719, rnd.nrs. 53-80.

7 Besluiten van 7 mei 2010, in zaak 6719, rnd.nrs. 27-42 en in zaak 6622, rnd.nrs. 29-44.

8 Besluiten van 7 mei 2010, in zaak 6719, rnd.nrs. 43-52 en in zaak 6622, rnd.nrs. 54-54.

9 Besluit van 7 mei 2010, in zaak 6719, rnd.nr. 67 jo. 69-70.

10 Zie ook O.J.D.M.L. Jansen, 'Het zwijgrecht van ondernemingen in het Nederlandse boeterecht', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht*, 2004, p. 77.

te verhouden met de ruime bewoording en navenante reikwijdte van art. 53 Mw.

Hier merk ik wel al op dat met deze uitkomst, zoals zo dadelijk zal blijken, het mededingingsrecht in de pas loopt met het zwijgrecht in het strafrecht.

Op het tweede aspect van de besluiten, de geheimhoudingsplicht, kan ik stelliger zijn. De conclusie van de NMa is wat mij betreft de juiste, zij het dat de ervoor gegeven redenering niet overhoudt. De NMa stelt dat – kort gezegd – art. 273 Sr niet van toepassing is op een situatie als die van de ex-werknemers, die een contractuele plicht tot geheimhouding hadden. Die stelling kan ernstig worden betwijfeld. Zelfs als het gaat om zich niet met de mededingingswet verhoudende gedragingen, lijken die toch gemakkelijk onder de reikwijdte van bedrijfsgeheim als bedoeld in art. 273 Sr te kunnen vallen.¹¹

De crux is evenwel dat een wettelijke plicht tot het verstrekken van inlichtingen niet opzij kan worden gezet dan door een wettelijke uitzondering daarop. Voor de hand liggende uitzonderingen die kwalificeren zijn het verschoningsrecht of het zwijgrecht. Zijn die rechten aan de orde, dan wijkt derhalve de inlichtingenplicht. Dat is evenwel niet het geval indien het vervullen van de inlichtingenplicht leidt tot een schending van andere normen. Anders weergegeven: het enkele feit dat een strafbaar feit zou worden gepleegd door het voldoen aan de inlichtingenplicht zet die plicht, hoe opmerkelijk wellicht ook, niet zomaar opzij.

Iets anders is de vraag of nu wel sprake is van het strafbare feit van art. 273 Sr. Het is een kundig gevonden verweer van de zijde van de (neem ik aan: gemachtigden van de) ex-werknemers, maar ik sluit mij aan bij het oordeel van de NMa dat het schenden van de geheimhoudingsplicht geen strafbaar feit oplevert, of althans niet tot een veroordeling zal leiden.¹²

De NMa beroept zich daarbij op lid 2 van het artikel; geen strafbaarheid bij handelen te goeder trouw in het algemeen belang. Ik vraag mij af of dat lid van toepassing is. Mij lijkt dat simpelweg sprake is van de strafuitsluitingsgrond ambtelijk bevel (art. 43 Sr) danwel overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr), en dat om die reden een vervolging kansloos is. De justitiabele geeft immers slechts gevolg aan een wettelijke verplichting tot het verstrekken van inlichtingen. De opmerking van sommigen dat nog maar moet worden gezien of de strafrechter daartoe ook daadwerkelijk overgaat en het zodoende – in mijn woorden – wat kort door de bocht is van de NMa om dit oordeel te vellen, deel ik niet.¹³

Een strafvervolgung voor overtreding van art. 273 Sr zal afstuiten op de benoemde redenen en zal waarschijnlijk al ver daarvoor sneuvelen door een sepotbeslissing van de officier van justitie.

Wat resteert, is een conflict van ongelijke belangen; de contractuele geheimhoudingsverplichting (aannemend dat die inhoudelijk geldt) en de wettelijke inlichtingenverplichting. Die strijd wordt gewonnen door de wet(telijke plicht).¹⁴

Tegelijkertijd maakt dat conflict wel duidelijk dat een (ex-)werknemer door een inlichtingenverzoek van de NMa in een lastig belangen/loyaliteitsconflict komt. Hij wordt, door slinks manoeuvreren van die NMa, bewogen de (ex-)werkgever te kijk te zetten door inlichtingen te verstrekken. Zulks terwijl elke keuze in dat loyaliteitsconflict voor de (ex-)werknemer verstrekken gevolgen heeft. Zeker in geval het gaat om een persoon die nog in dienst is bij de onderneming, kan worden ingedacht dat afleggen van een jegens de werkgever belastende verklaring tot weinig onthaal zal leiden. Dat hoeft niet per se anders te liggen bij de ex-werknemer. Maakt de (ex-)werknemer daarentegen de keuze niet te spreken dan levert dat draconische bestraffing op. Immers, hoe men het ook wendt, keert of draait, de opgelegde boetes in deze zaken zijn buitengewoon stevig. In de strafrechtelijke arena is bestraffing van deze omvang bij individuen voor het enigszins vergelijkbare delict van art. 184 (niet opvolgen van een ambtelijk bevel) eigenlijk niet gekend.¹⁵ Maar een ook interne vergelijking in het mededingingsrecht levert het beeld op van een buitensporig straffe straf. Waar de mededingingswet voor bijvoorbeeld kartelovertreden een maximumstraf van 10% van de omzet en bij een overtreding door een onderneming van de medewerkingsverplichting 1% van de omzet, resulteerde de boete in casu in zaak 6719 in een ontneming van 36% van het vermogen van de boeteling.¹⁶

Het resultaat van deze uitspraak is, naar mijn mening, een weinig fraaie oplossing van het loyaliteitsconflict. Zoals zo dadelijk zal blijken, is vanwege dat conflict in een ander rechtsgebied ervoor gekozen de (ex-)werknemer in beginsel buiten schot van dergelijke verzoeken te houden. Een gedachte die ook naar voren komt in de Texaco-uitspraak, maar die naar de mening van de NMa dus kennelijk omzeild kan worden.

Naar mijn smaak pleit juist dit conflict, tezamen met de hiervoor benoemde ietwat arbitraire keuze voor een beperkte lezing van het mededingingsrechtelijke zwijgrecht er voor om ruimhartiger te zijn met het toekennen van dat zwijgrecht. Dat oordeel van de NMa zou wat mij betreft dan ook in rechte geen stand behoeven te houden.

11 Vgl. H. Dammingh & A. Van der Linden, 'Spreken is zilver; zwijgen een ton', *Arbeidsrecht* 2010, nr. 5.

12 Terzijde merk ik op dat de opmerking van de NMa dat ook de NMa-ambtenaren een geheimhoudingsplicht hebben bezijden de materie is. De NMa vraagt de inlichtingen immers niet enkel om ze binnenskamers te kunnen houden. Zo het incriminerend bewijs oplevert zal hij het – vaak – (willen) gebruiken tegen de onderneming.

13 C.E.L. Bruins, R.M. Kerkhof, I. Klein & M.M.A. van Straten, 'Boete voor ex-werknemers wegens niet meewerken aan NMa onderzoek', *Bb* 2009, nr. 47.

14 Terzijde merk ik op dat de 'toegif' van de NMa omtrent haar eigen geheimhoudingsplicht (die van haar ambtenaren) weinig toevoegt en enigszins misleidend is. Die plicht tot geheimhouding (in de Ambtenarenwet en Awb; gecombineerd door art. 90 en 91 Mw omtrent de verstrekking van inlichtingen) staat uiteraard niet in de weg aan het benutten van informatie in een boetebeschikking en onderliggend rapport. Sterker: zowel ingevolge de Mw (art. 59, 60 en 62) als op grond van de Straatsburgse jurisprudentie (Edwards vs. VK) heeft de boeteling recht op dergelijke stukken. Dit betekent dat de geheimhouding slechts tot op zekere hoogte gewaarborgd kan worden.

15 De maximumstraf bedraagt een gevangenisstraf van drie maanden en een geldboete van € 3.800.

16 Art. 57 Mw. Voor overtreding van de medewerkingsverplichting geldt een maximum boete van € 450.000 of bij een onderneming 1% van de omzet (art. 69 MW).

Zwijgrecht ex-werknemers in het straf- en fiscale recht

Het mededingingsrechtelijke zwijgrecht staat niet op zichzelf. Het vormt deel van het sanctierecht in bredere zin. In andere onderdelen van dat sanctierecht is – uiteraard – ook de vraag naar voren gekomen of een ex-werknemer moet voldoen aan een inlichtingenplicht dan wel zich op het zwijgrecht kan beroepen. Ik licht er het strafrecht uit. Tevens maak ik een korte uitstap naar de fiscale inlichtingenverplichtingen.

In het strafrecht is het probleem van het afgeleide zwijgrecht beschouwd, maar niet werkelijk opgelost. Het afgeleide zwijgrecht is een gebied waaromtrent weinig duidelijkheid heerst. De problematiek doet zich voor, zoals ook in de hier besproken NMa-besluiten, waar een rechtspersoon de verdachte is van een strafbaar feit, en in het kader van het strafrechtelijk onderzoek een poging wordt gedaan werknemers, bestuurders of andere aan die rechtspersoon gelieerden te horen omtrent dat feit.

Voor zover er in het strafrechtelijk onderzoek op getuigen een plicht tot meewerken rust (die plicht bestaat alleen wanneer de rechter een getuige wil horen; niet wanneer – enkel – een opsporingsambtenaar dat wenst), is wel bepleit dat elke werknemer het zwijgrecht van art. 29 Sv toekomt.¹⁷ Die gedachte heeft in de strafrechtelijke literatuur echter geen algemene ingang gevonden. In die literatuur wordt merendeels voor het bepalen van de geadresseerden van het (afgeleide) zwijgrecht van de onderneming vis-à-vis haar werknemers aansluiting gezocht bij de bepalingen in titel IV, derde boek Sv (art. 528-532 Sv), alwaar enige artikelen zijn opgenomen omtrent de vervolging van rechtspersonen.¹⁸ *Grosso modo* komen die bepalingen – voor zover relevant – erop neer dat een rechtspersoon vertegenwoordigd wordt door haar bestuurder of vertegenwoordiger (die kan worden aangewezen). Als die regel wordt vertaald naar de werknemer en het zwijgrecht, komt het zwijgrecht van de onderneming toe aan de bestuurder en de (aangewezen) vertegenwoordiger. Alhoewel niet uitgesloten kan worden dat een (ex-)werknemer zo'n aangewezen vertegenwoordiger kan zijn, ligt zo'n keuze niet direct voor de hand. Dit betekent dat – behoudens bijzondere omstandigheden – een (ex-)werknemer in het strafrecht bij de rechter geen zwijgrecht zal toekomen. Daarentegen zal die (ex-)werknemer, zoals hiervoor beschreven, bij een verhoor van opsporingsambtenaren simpelweg zijn kaken op elkaar kunnen houden, omdat dan geen medewerkingsplicht geldt. Dat geldt niet in geval een verhoor plaatsvindt ten overstaan van een rechter(-commissaris). Doch het merendeel van de verhoren in strafrechtelijke onderzoeken vindt uiteraard niet plaats bij een rechter(-commissaris), maar bij opsporingsambtenaren. Daar is het derhalve de vrijheid die regeert voor de (ex-)

werknemer. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor het fiscale strafrecht. Deze vrijblijvendheid in het merendeel van de strafrechtelijke verhoren en het daarbij horende officieuze recht om te zwijgen, toont direct een wezenlijk verschil aan met de mededingingssituatie. Aldaar geldt geen vrijblijvendheid jegens de NMa-ambtenaren, die hun verzoeken ex hoofdstuk 5 Awb kracht kunnen bijzetten met de dreiging van beboeting.

Voor het reguliere fiscale recht geldt een ietwat andere situatie dan in het strafrechtelijk traject. Daar heeft men zich al geruime tijd geleden bekommerd om het eerder benoemde loyaliteitsconflict. Daaruit is de regel ontstaan dat de reguliere inlichtingenverplichtingen van art. 47 AWR en verder (in verband met de belastingheffing) in beginsel niet jegens een (ex-)werknemer mogen worden gericht, omdat zulks strijdig is met de beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁹ Recentelijk verwoordde het Hof Amsterdam het als volgt:

“Naar 's Hofs oordeel behoort evenwel een zorgvuldig handelend inspecteur die, zonder zich daartoe op een wettelijke verplichting te kunnen beroepen, informatie verzoekt van een persoon, deze persoon uitdrukkelijk erop [behoort] te wijzen dat het vragen betreft tot het stellen waarvan hij geen (specifieke) wettelijke bevoegdheid heeft en dat het die persoon vrijstaat niet te antwoorden. Dit geldt te meer indien (oud-)werknemers informatie wordt verzocht die van belang is voor de heffing van hun werkgever. Nu de inspecteur zulks heeft nagelaten jegens de drie oud-werknemers – op wie geen verplichting rustte de verzochte informatie te verstrekken – dienen hun verklaringen [...] als onrechtmatig buiten beschouwing te blijven.”²⁰

Terugkerend naar het sanctierecht, lijkt het er op dat voor dat sanctierecht in den brede geen algemene regel geldt ten aanzien van ex-werknemers en een beroep op het zwijgrecht. Althans, voor zover de vierde tranche van toepassing is (art. 5:10a Awb), is er niet direct aanleiding te veronderstellen dat er een afgeleid zwijgrecht voor de ex-werknemer bestaat. Immers, het daarin besloten liggende zwijgrecht wijkt niet veel af van het strafrechtelijke. Het artikel bepaalt immers dat 'degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie' niet verplicht is een verklaring af te leggen omtrent de overtreding, alsook dat hem de cautie wordt verleend. Juist omdat het artikel spreekt van een 'aan hem op te leggen bestraffende sanctie' en er geen aanwijzing is dat in het artikel besloten ligt een recht op een afgeleid zwijgen, lijkt een vergelijking met art. 5:10a Awb weinig argumentatie op te leveren voor een breed mededingingsrechtelijk zwijgrecht. Daarenboven wordt door een vergelijking met het zwijgrecht ex art. 53 Mw, duidelijk dat het mededingingsrecht een breder zwijgrecht kent dan art. 5:10a Awb. Immers, waar de Awb het zwijgrecht koppelt aan het verhoor met het oog op het aan de gehoorde opleggen van een bestraffende sanctie, rept de Mw ervan dat het zwijgrecht geldt vanaf het moment dat de NMa-ambtenaren een vermoeden hebben van een overtreding. Dit laatste moment kan aanmerkelijk eerder liggen.

17 A.R. Hartmann en M.E. de Meijer, 'De personele werkingsfeer van het zwijgrecht en de cautieverplichting bij de verdachte rechtspersoon' NJB 1996, p. 1768-1773.

18 C. 't Hart en M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enige opmerkingen betreffende het feitelijk leidinggeven', in: Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem 1986, p. 290; R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem 1984. Melai, *Wetboek van Strafvordering* (losbl.), aant. 34 bij art. 528 Sv

19 HR 27 september 2002, BNB 2003, 13c.

20 Hof Amsterdam 16 september 2010, LJV BN8634, r.o. 4.1.3.

Overigens sluit de Mw daarmee beter aan bij het zwijgrecht, zoals dat in het EVRM besloten ligt. Dat kan immers worden ingeroepen vanaf het moment dat er sprake is van een 'criminal charge'. Grofweg is daarvan sprake zodra de positie van de betrokkene 'substantially affected' is.²¹ Dat wil zeggen dat naar objectieve maatstaven sprake moet zijn van een situatie waarin de betrokkene door de autoriteiten wordt aangemerkt als strafrechtelijk aansprakelijke. Verschil tussen het mededingingsrechtelijke zwijgrecht en dat ex art. 6 EVRM is – onder meer – wel dat art. 53 Mw een subjectieve toets kent (het redelijke vermoeden van de NMa-ambtenaren).

Zonder al te zeer in te gaan op de finesses van het zwijgrecht ex art. 6 EVRM, welke materie buiten het kader valt van het vraagstuk omtrent het afgeleide zwijgrecht, bemerk ik dat de justitiabele hoe dan ook met een beroep op het zwijgrecht ex art. 6 EVRM, beter af lijkt te zijn dan met de nationale pendanten. Dat zwijgrecht namelijk biedt betere bescherming tegen de samenloop van onderzoeken (reguliere onderzoek met een 'criminal charge onderzoek'; dan geldt ook in het reguliere onderzoek in beginsel een zwijgrecht)²² of tegen het benutten van afgedwongen verklaringen in een situatie voordat er een zwijgrecht was in een latere 'vervolging' waarin het afgedwongen bewijs wordt benut om de schuld aan te tonen (hetgeen niet is toegestaan).²³

Maar of het EVRM ook de ex-werknemer die een afgeleid zwijgrecht wil invoeren, kan helpen is niet duidelijk. Er lijkt geen jurisprudentie voor handen te zijn op het vlak van het zwijgrecht van ex-werknemers van het EHRM. Nu evenwel het EHRM erkent dat de mensenrechten zich ook uitstrekken tot ondernemingen,²⁴ kan de verwachting worden uitgesproken dat het EHRM eerder dan de nationale gerechten bereid zal zijn zo'n zwijgrecht te accepteren. Die verwachting wordt ingegeven door het feit dat het EHRM, meer dan ten onzent, de nadruk bij het zwijgrecht, legt op het pressieverbod en het verbod om de procesautonomie van een verdachte te omzeilen ('the right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused').²⁵ Het EHRM kijkt tegenwoordig namelijk ook naar de 'wijze van bewijsverkrijging', aldus Schalken, in zijn noot onder het Jalloh-arrest, zulks vanuit de gedachte dat juist de overheid integer heeft op te treden.²⁶ Als derhalve een betrokkene zou kunnen aantonen in Straatsburg dat hij wordt gehoord, opdat de autoriteiten daarmee het zwijgrecht van de verdachte onderneming (kunnen)

omzeilen, lijkt een beroep op schending van art. 6 EVRM niet kansloos.

Kort en goed, in feite lijkt de tussenstand te zijn dat het mededingingsrecht de beste kaarten biedt voor het aannemen van een zwijgrecht van ex-werknemers, al dan niet aangevuld met een beroep op art. 6 EVRM. Zoals belicht is de reden daarvan gelegen in de ruime bewoording van het mededingingsrechtelijke zwijgrecht.

Zwijgrecht ex-werknemers na 1 oktober 2007

Voor situaties als de onderhavige, zo die betrekking hebben op de periode na 1 oktober 2007 ligt het anders voor de ex-werknemer. Paradoxaal genoeg brengt namelijk juist een verandering ten nadele van individuen met zich dat de ex-werknemer in die situaties het zwijgrecht toekomt, maar dan wel een eigen zwijgrecht.

Sedert 1 oktober 2007 is het mogelijk niet alleen de onderneming te beboeten voor overtreding van de mededingingsrechtelijke verboden, maar ook de opdrachtgever en feitelijk leidinggever.²⁷ Die laatsten zullen merendeels natuurlijke personen zijn. Daarmee kunnen individuen dus voor bijvoorbeeld kartelovertradingen worden beboet.

Deze wijziging betekent dat voor met het mededingingsrecht strijdige gedragingen die zich na 1 oktober 2007 hebben afgespeeld de feitelijk leidinggever of opdrachtgever, geconfronteerd met een medewerkingsplicht, zich kan beroepen op het zwijgrecht, zoals dat sinds 1 april 2008 ook verankerd is in lid 2 van art. 53 Mw. Daarvoor is natuurlijk wel vereist dat de betrokken individu 'verdachte' is. Toch zal, indachtig het 'substantially affected' criterium van art. 6 EVRM, daarvan frequent sprake zijn. De reden van de NMa om zich bij de ex-werknemer te vervoegen om inlichtingen te vorderen over toenmalige vermoede overtredingen zal toch meestal zijn, omdat het vermoeden bestaat dat hij daarvan weet en er bij betrokken was. Zo dat het geval is, komt de betrokkene een eigen zwijgrecht toe.

De ex-werknemer die derhalve in de toekomst wordt geconfronteerd met de NMa-ambtenaren zal in een substantieel aantal gevallen de medewerkingsplicht kunnen afweren door een beroep op het zwijgrecht.

Daarbij gelden wel enkele kanttekeningen. Zo zal dat (eigen) zwijgrecht pas gelden indien de gedragingen na 1 oktober 2007 zijn gepleegd. Een geruime periode (totdat de sanctiebevoegdheid in alle oude gevallen vervallen is, hetgeen gelet op art. 64 en 82 Mw jo. art. 5:45 Awb lang kan duren) zal derhalve de oude situatie nog gelden.

Bovendien kunnen zich complicaties voordoen. Zo lijkt een stuitingshandeling separaat te kunnen geschieden jegens de onderneming en jegens de feitelijk leidinggever (of opdrachtgever). Zo de sanctie bevoegdheid jegens de feitelijk leidinggever (of opdrachtgever) al is vervallen en jegens de onderneming niet, dan heeft hij toch wellicht weer een spreekplicht of althans heeft hij geen eigen zwijgrecht meer.

21 EHRM 20 oktober 1997, NJ 1998, 758 (*Serves vs. Frankrijk*), EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557 (*Marttinen vs. Finland*), 62.

22 Recentelijk: EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557 (*Marttinen vs. Finland*).

23 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders vs. VK*).

24 Bijvoorbeeld EHRM 16 april 2002, NJ 2003, 452 (*Sté Colas Est e.a. vs. Frankrijk*).

25 Bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226 m.n. T.M. Schalken (*Jalloh vs. Duitsland*), par. 45. Overigens gelden daarop wel uitzonderingen, zoals voor materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat (waarvan na de Jalloh-uitspraak 'real evidence' op zijn beurt weer uitgezonderd lijkt te zijn).

26 EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226, noot onder 3 en onder 6.

27 Zie voor een beschrijving van het begrip 'feitelijk leidinggever': V. Liem, S. Kooijman, 'Feitelijk leidinggeven in het mededingingsrecht: bestuurder, manager en werknemer?', AM 2010, p. 105.

Ook kan het complex worden wanneer er gedragingen zijn van voor 1 oktober 2007 en (doorlopend) van deels daarna.²⁸ Feit is dat de opdrachtgever/feitelijk leidinggever, indachtig het legaliteitsbeginsel (vgl. artikel 16 Grondwet en artikel 7 EVRM) niet beboet kan worden voor feiten van voor 1 oktober 2007.²⁹ Maar betekent dit dan dat hem een gedeeltelijk zwijgrecht toekomt? En zo ja, hoe moet dat dan – praktisch gezien – worden gesplitst? Immers, incrimineert hij niet zich zelf met het bekennen in een verklaring op de feiten van voor 1 oktober 2007?

De laatste – retorische – vraag zou pleiten, me dunkt, voor een geheel zwijgrecht in zo'n geval. Hoe dan ook kan zo'n wettelijk afgedwongen verklaring niet voor bewijs worden gebruikt tegen de ex-werknemer. Zoveel volgt uit de jurisprudentie van het Straatsburgse hof in de zaak *Saunders vs. Verenigd Koninkrijk*.³⁰

Uitleiding

Het niet toekennen door de NMa van het zwijgrecht aan ex-werknemers is, gelet op de tekst van het mededin-

gingsrechtelijke zwijgrecht van art. 53 Mw, een beslissing die betwist kan worden. In elk geval biedt die beslissing de NMa de mogelijkheid tactisch te onderzoeken en te horen, waarmee het zwijgrecht van de onderneming aan uitholling onderhevig kan zijn. Maar goed, dat is dan van beperkte duur gelet op het voor nieuwe situaties (feiten van na 1 oktober 2007) eigen zwijgrecht van de opdrachtgever/feitelijk leidinggever.

Een blik elders in het veld van het sanctierecht leert ondertussen dat het, zoals vaker, weinig helderheid is wat er te vinden valt. De wetgever zou zich dat bij een belangrijk onderwerp als het zwijgrecht moeten aantrekken. Daarbij kan tevens worden geconstateerd dat de rechterlijke instantie die eenduidigheid kan scheppen, het EHRM in Straatsburg, kennelijk, met dit probleem nog niet geconfronteerd is. Wellicht kunnen de ex-werknemers in deze zaken daar hun heil zoeken, mochten Rechtbank Rotterdam en CbB de lijn van de NMa volgen.

*Robbert de Bree*³¹

²⁸ Zie zaak 1528 (*Wegener*), 14 juli 2010. Besluiten van de NMa jegens 5 'leidinggevendens' (bedoeld zal zijn: feitelijk leidinggevers).

²⁹ De NMa denkt daar overigens tamelijk los mee om te kunnen gaan. Zaak 1528 (*Wegener*). Beboeting van gedrag dat zijn grondslag vindt in een periode voor strafbaarstelling verhoudt zich evenwel niet met art. 7 EVRM. Slechts gedrag van na strafbaarstelling kan worden beboet.

³⁰ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699.

³¹ Advocaat bij Wladimiroff Advocaten N.V. te 's-Gravenhage.