

Jutd 2013/04 Toch zwijgrecht voor ex-werknemers in mededingingszaken

Jutd 2013/04 Toch zwijgrecht voor ex-werknemers in mededingingszaken

Jutd 2013/04 d.d. 21-02-2013

Auteur(s): mw. mr. N.J. Linssen, Van Iersel Luchtman Advocaten, 's-Hertogenbosch.

Na ruim drie jaar procederen hakt het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('**CBb**'), in hoogste en laatste instantie, de knoop door: ook een ex-werknemer komt tijdens een NMa-onderzoek naar kartelafspraken door zijn voormalige werkgever een beroep op het zwijgrecht toe. Dit oordeel volgt uit twee, inhoudelijk vergelijkbare, uitspraken van het CBb van 21 december 2012. Deze uitspraken hebben belangrijke gevolgen voor zowel ondernemingen die onderwerp van een NMa-onderzoek zijn als de rechtspositie van ex-werknemers. Ook zijn deze uitspraken van belang voor het onderzoek van de NMa en andere toezichthouders naar overtredingen van de wet.

Medewerkingsplicht versus zwijgrecht

Op grond van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht ('**Awb**') is eenieder verplicht mee te werken aan een onderzoek van een toezichthouder zoals de NMa, bijvoorbeeld door medewerking te verlenen aan de door de NMa gevorderde inlichtingen. Die inlichtingen kunnen tijdens een inval door de NMa van medewerkers van de onderneming gevorderd worden. De NMa is echter ook bevoegd die inlichtingen van derden te vorderen. De NMa doet in het kader van onderzoek naar overtredingen van de Mededingingswet ('**Mw**') veelvuldig een beroep op dit artikel. Wie niet meewerkt, loopt het risico een boete en/of last onder dwangsom opgelegd te krijgen.

De medewerkingsplicht is echter niet onbegrensd. Zo komt de onderneming op grond van artikel 53, lid 1, Mw een zwijgrecht toe op het moment dat de onderneming onderwerp is van onderzoek en de NMa een redelijk vermoeden heeft dat de onderneming de Mw heeft overtreden. Dit zwijgrecht houdt in dat niemand verplicht kan worden zelf-incriminerende verklaringen af te leggen. In de kern ziet het zwijgrecht op het voorkomen dat toezichthouders ongeoorloofde dwang toepassen bij het verkrijgen van bewijsmateriaal tegen de wil van de beschuldigde. Een onderneming kan zelf geen beroep doen op het zwijgrecht; het zwijgrecht komt toe aan de natuurlijke personen 'aan de zijde van de onderneming', een zogenaamd afgeleid zwijgrecht. NMa-ambtenaren dienen deze personen voorafgaand aan een verhoor dan ook de cautie te geven waarmee zij worden gewezen op hun zwijgrecht. Deze cautieplicht volgt ook uit artikel 53, lid 1, Mw.

Kern van de zaak

In beide uitspraken staat dezelfde vraag centraal: behoren ook ex-werknemers van de onderneming, onderwerp van een NMa-onderzoek, tot de kring van personen 'aan de zijde van de onderneming' zodat ook hen het zwijgrecht toekomt? De NMa besloot in een onderzoek naar kartelafspraken door een onderneming ook twee ex-werknemers te horen. Deze ex-werknemers weigerden echter daaraan mee te werken en deden een beroep op het zwijgrecht van artikel 53, lid 1, Mw. Volgens de NMa konden deze ex-werknemers daar echter geen beroep op doen. Alleen degene die tijdens het verhoor bij de onderneming werkzaam is, zou een beroep op het zwijgrecht toekomen. De NMa heeft deze ex-werknemers dan ook niet de cautie gegeven. De ex-werknemers bleven echter bij hun standpunt en weigerden de door de NMa gevorderde inlichtingen te verstrekken met een beroep op het zwijgrecht. Bij besluiten van 9 juli en 10 november 2009 heeft de NMa deze twee ex-werknemers vervolgens een boete opgelegd van € 150.000,- resp. € 100.000,- wegens schending van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb. In de beroepszaken bij de rechtbank Rotterdam werden de ex-werknemers in het ongelijk gesteld. De rechtbank volgde het standpunt van de NMa. Volgens de rechtbank kan het afleggen van een verklaring door een ex-werknemer niet gelden als het afleggen van een verklaring door de onderneming zelf. Een ex-werknemer behoort volgens de rechtbank vanwege het beëindigde dienstverband niet meer tot de kring van personen aan de zijde van de

onderneming en kan om die reden geen beroep doen op het zwijgrecht. In het hoger beroep van beide ex-werknemers heeft het CBb hier nu definitief een streep door gezet.

Oordeel CBb

Het CBb heeft weinig woorden nodig voor het oordeel dat ook ex-werknemers een beroep op het zwijgrecht toekomt. De door de NMa voorgestane beperking van de reikwijdte van het zwijgrecht volgt volgens het CBb niet uit de tekst van artikel 53, lid 1, Mw of de wetsgeschiedenis. Voorts ontnemt deze beperking de onderneming volgens het CBb een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht. Het beëindigd zijn van het dienstverband vormt naar het oordeel van het CBb geen rechtvaardiging voor een verval van het zwijgrecht. De ruime medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb verdraagt zich volgens het CBb ook niet met een dergelijke beperking van de kring van personen die zich op het zwijgrecht kunnen beroepen. Het CBb verwijst hierbij naar de onderzoeksbevoegdheden van de Europese Commissie - neergelegd in Verordening 1/2003 - waarbij de medewerkingsplicht voor een veel beperktere kring van personen geldt, namelijk de krachtens de wet of statuten tot vertegenwoordiging bevoegde personen. Andere personen zoals werknemers en ex-werknemers zijn echter niet verplicht inlichtingen aan de Europese Commissie te verstrekken. Een ex-werknemer van een onderneming betrokken in een onderzoek van de NMa, komt dan ook volgens het CBb wel het zwijgrecht van artikel 53 Mw toe. Het CBb stelt de ex-werknemers dus in het gelijk en vernietigt beide boetebesluiten.

Het CBb zoekt dus naar de balans tussen de medewerkingsplicht en de effectieve bescherming van de onderneming door middel van het zwijgrecht. In dit kader heeft het CBb al eerder een belangrijke uitspraak gedaan. In de uitspraak van 2 februari 2010 (LJN BL5463) oordeelde het CBb dat OPTA bij een schriftelijke vordering van inlichtingen (op grond van de medewerkingsplicht) de onderneming, verdacht van het overtreden van de Telecommunicatiewet, op het zwijgrecht had moeten wijzen en aldus de cautie had moeten geven. De cautie moet in bepaalde omstandigheden dus niet alleen - zoals OPTA aannam - bij (mondelijke) verhoren maar ook bij schriftelijke inlichtingenvorderingen worden gegeven.

Gevolgen zwijgrecht ex-werknemers

Dat een dienstverband is geëindigd, heeft dus geen gevolgen voor het zwijgrecht dat de werknemer had toen hij nog in dienst was. De ex-werknemer kan een beroep blijven doen op het zwijgrecht. Dit is naar mijn mening terecht. Immers, de ex-werknemer wordt door de NMa verhoord omdat hij ten tijde van de vermeende kartelafspraken bij de betreffende onderneming werkzaam was. Het gaat dus om (mogelijke) gedragingen door de ex-werknemer verricht als onderdeel van de onderneming of gedragingen van de onderneming waarmee die ex-werknemer bekend was doordat hij op dat moment onderdeel was van de onderneming. Dat verandert niet zodra die werknemer niet meer in dienst is. Dit zou gezien de uitspraken van het CBb ook kunnen gelden voor personen die niet een arbeidscontract met de betreffende onderneming hadden, maar daar wel werkzaam waren ten tijde van de vermeende kartelafspraken, zoals bijvoorbeeld zzp'ers en uitzendkrachten. Dat ook deze personen bij een verhoor door de NMa een beroep op het zwijgrecht toekomt, lijkt gezien de uitspraken van het CBb verdedigbaar. Het kan dus ook om die reden zinvol zijn om zzp'ers en uitzendkrachten een geheimhoudingsverklaring te laten tekenen die zich uitstrekt tot de periode na beëindiging van de overeenkomst.

Dat de ex-werknemer een beroep op het zwijgrecht toekomt, kan ook voor die ex-werknemer persoonlijk van groot belang zijn. Toezichthouders zijn sinds 1 juli 2009 op grond van artikel 5:1, lid 3, Awb ook bevoegd om feitelijk leidinggevers, d.w.z. degene die opdracht heeft gegeven tot de overtreding door de onderneming of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, als natuurlijk persoon te beboeten voor die overtreding. Vóór de uitspraken van het CBb kwam een ex-werknemer pas het zwijgrecht toe zodra jegens hem een redelijk vermoeden van overtreding, d.w.z. het vermoeden dat deze persoon aan de overtreding feitelijk leiding heeft gegeven, bestond. Een ex-werknemer kan zich nu echter meteen op het zwijgrecht beroepen waarmee wordt voorkomen dat hij het risico loopt belastende verklaringen over zijn eigen gedragingen af te leggen.

Het oordeel van het CbB is ook van belang voor andere toezichthouders zoals OPTA, de Consumentenautoriteit en de AFM. Evenals de NMa vorderen deze toezichthouders veelvuldig met een beroep op de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb inlichtingen van derden. Het toepassingsbereik dat het CbB heeft gegeven aan het zwijgrecht geldt naar mijn mening ook voor het verhoren van ex-werknemers door deze toezichthouders.

Tot slot rijst de vraag hoe om moet worden gegaan met voor een onderneming belastende verklaring afgelegd door een ex-werknemer in lopende en afgeronde onderzoeken van de NMa. Indien die ex-werknemer niet op zijn zwijgrecht is geweest, dan zou die verklaring geen rol mogen spelen bij het aantonen van de overtreding door de betreffende onderneming. Dit geldt overigens niet indien het gaat om informatie die onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat, zoals bijvoorbeeld gegevens die de NMa (ook) uit een boekenonderzoek heeft verkregen. Steunt het bewijs van een overtreding door een onderneming echter uitsluitend of hoofdzakelijk op verklaringen van ex-werknemers, dan heeft de onderneming goede argumenten om de rechtmatigheid van de boete aan te vechten.