

# Zwijgen is goud

Een haastig gewijzigd wetsvoorstel beperkt het zwijgrecht van ex-werknemers van verdachte ondernemingen tegenover de nieuwe Autoriteit Consument en Markt. Dat verdient aandacht.

Léon Wijsman en Bart Keupink<sup>1</sup>

De komst van de Autoriteit Consument en Markt blijkt problemen op te leveren voor het zwijgrecht. Illustratief is het onlangs voorgestelde art. 12i Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Met de voorgestelde wijziging van dit artikel wordt onder meer art. 53 Mededingingswet vervangen. Een verschil met art. 53 is dat in art. 12i het zwijgrecht niet toekomt aan ex-werknemers van verdachte ondernemingen. Dit is opmerkelijk omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) eind 2012 oordeelde dat het zwijgrecht in mededingingszaken juist wel toekomt aan ex-werknemers. Het nu nog geldende art. 53 Mededingingswet bevat een specifieke voorziening voor het zwijgrecht ‘aan de zijde van de onderneming’. Daaronder vallen ook ex-werknemers van de onderneming tegen wie een redelijk vermoeden van overtreding van de Mededingingswet bestaat.<sup>2</sup>

Per 1 april 2013 is de Nederlandse Mededingingsautoriteit samen met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De onlangs voorgestelde wijziging van de Instellingswet ACM beoogt harmonisering en stroomlijning van de bevoegdheden die de ACM kreeg.<sup>3</sup> Het daarin voorgestelde art. 12i stelt: ‘Artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing bij het verhoor van een andere, voor de marktorganisatie werkzame, natuurlijke persoon dan degene bedoeld in artikel 5:10a.’ Art. 5:10a lid 1 Awb stelt: ‘1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan

hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.’

Het voorgestelde art. 12i voorziet net als art. 53 Mededingingswet in een uitbreiding ten opzichte van het Awb-zwijgrecht. Daardoor komt het zwijgrecht in ACM-zaken niet alleen toe aan de (vertegenwoordiger van de) verdachte onderneming die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, maar ook aan andere voor de onderneming werkzame personen.

De voorgestelde tekst van art. 12i Instellingswet ACM is op het laatste moment in het wetsvoorstel terechtgekomen. Aanvankelijk was voorzien in een ruimere regeling van het zwijgrecht in ACM-zaken. In het consultatiedocument van 31 mei 2012 luidde de beoogde bepaling nog: ‘Artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing bij het verhoor van anderen aan de zijde van het bedrijf dan degenen die het bedrijf in rechte vertegenwoordigen.’<sup>4</sup>

De bepaling was aanvankelijk dus anders dan in het voorstel dat uiteindelijk aan de Tweede Kamer is aangeboden. Ook het advies van de Raad van State komt voort uit de ‘vorige’ versie.<sup>5</sup> De bepaling lijkt op het allerlaatste moment haastig te zijn gewijzigd. Ook de artikelsgewijze toelichting wijst op haastwerk. Die bevat verschillende zinnen waaraan – waar-

schijnlijk door knippen en plakken – geen touw is vast te knopen.<sup>6</sup>

Eén zin in de artikelsgewijze toelichting valt op: ‘Het [zwijgrecht] is niet van toepassing op personen die in het verleden voor de marktorganisatie werkzaam waren maar nu niet meer.’<sup>7</sup> Zo probeert de wetgever te corrigeren wat het CBB eind 2012 juist voor recht heeft aangenomen. Stond in de concept-memorie van toelichting nog dat het extra element van art. 53 Mw (zwijgrecht aan de zijde van de onderneming) en de daarover gevormde jurisprudentie zou worden behouden, in de definitieve memorie van toelichting ontbreekt de verwijzing naar de ontwikkelde rechtspraak. Ook ontbreekt toelichting op het ontzeggen van een zwijgrecht aan ex-werknemers.

Het wetsvoorstel biedt een mooie gelegenheid aan de wetgever om zijn licht te schijnen op de reikwijdte van het zwijgrecht in het kader van toezicht en handhaving door toezichthouders en de problematiek van het zwijgrecht van ex-werknemers. De beperking van de reikwijdte van het zwijgrecht tot degenen die bij de onderneming werkzaam zijn op het moment waarop het verhoor plaatsvindt, ontnemt – in de woorden van het CBB – de onderzochte onderneming een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht. Dit is een serieus punt van aandacht. Wat ons betreft verdient de benadering van het CBB de voorkeur en dient ook aan personen die niet meer werkzaam zijn bij de onderneming een van de onderneming afgeleid zwijgrecht te worden toegekend.

1 Advocaten bij NautaDutilh in Rotterdam.

2 College van Beroep voor het bedrijfsleven 21 december 2012, JOR 2013, 48, m.nt. S.M.C. Nuyten.

3 Kamerstukken II, 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 1-2.

4 De ter consultatie aangeboden tekst kan worden geraadpleegd via < <http://www.internetconsultatie.nl/materielewetacm/document/548> > en de concept-memorie van toelichting via < <http://www.internetconsultatie.nl/materielewetacm/document/549> >, geraadpleegd 6 juni 2013.

5 Waarbij overigens het woord ‘bedrijf’ in de huidige versie is vervangen door de aanduiding ‘marktorganisatie’, Kamerstukken II, 2012/13, 33 622, nr. 4.

6 Kamerstukken II, 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 51-52.

7 Kamerstukken II, 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 52.