

De nieuwe Mededingingswet en Richtsnoeren Clementie: klikken loont! Of toch niet?

E.J.P. Schothorst-Gransier en M. Margadant¹

- 4 Het liedje 'Klikspaan, boterspaan, je mag niet door mijn straatje gaan...' is bij iedereen bekend en wordt nog steeds aan kinderen geleerd. De strekking van dit liedje is duidelijk, maar kennelijk niet voor de NMa. Op 1 oktober 2007 is namelijk de Mededingingswet (Mw) gewijzigd² en heeft de NMa nieuwe Richtsnoeren Clementie (hierna: de Clementierichtsnoeren) en een nieuwe Boetecode gelanceerd. Op basis hiervan wordt klikken door personen actief gestimuleerd en beloond. De NMa heeft de bevoegdheid gekregen om niet alleen ondernemingen³, maar ook personen een boete op te leggen bij overtreding van het kartelverbod of misbruik van een economische machtspositie. Die dreigende boete kan iemand voorkomen of verminderen als hij (als eerste) een clementieverzoek indient (dat wil zeggen 'klikt'). In dit artikel wordt uitgebreid stilgestaan bij de Clementierichtsnoeren en de belangrijkste arbeidsrechtelijke knelpunten die daaruit voortvloeien.

Clementierichtsnoeren in vogelvlucht

De eerste clementieregeling (genaamd Richtsnoeren Clementietoezegging) dateert van 1 juli 2002⁴ en is voor het laatst gewijzigd bij besluit van 28 maart 2006.⁵ De NMa heeft deze richtsnoeren thans fundamenteel herzien.⁶ De herziene regeling alsmede de hieruit voortvloeiende (eveneens gewijzigde) Boetecode zijn op 10 oktober 2007 in werking getreden.⁷

Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt is de meest ingrijpende en afschrikwekkende wijziging de mogelijkheid van de NMa tot het opleggen van een boete aan de persoon die tot een kartel opdracht heeft gegeven (de opdrachtgever) alsmede aan de persoon die feitelijke leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging (de feitelijk leidinggevende).⁸ Onder de oude regeling bestond het begrip 'persoon' nog niet. De NMa legde enkel aan ondernemingen boetes op. Dit begrip en deze boetebevoegdheid zijn dus nieuw onder de Clementierichtsnoeren. Het gaat hier niet om arbeidsrechtelijke begrippen, maar om mededingingsrechtelijke begrippen, waarbij het mededingingsrecht aansluiting heeft gezocht bij het strafrecht wat de begrippen 'opdracht geven' en 'feitelijk leiding geven' betreft.⁹ Opdrachtgever – dus niet in de zin van art. 7:400 BW – is degene die een uitdrukkelijke opdracht heeft gegeven tot het overtreden van de Mededingingswet. Dit is bijvoorbeeld het geval als hij een feitelijk leidinggevende of een uitvoerende werknemer expliciet vraagt contact op te nemen met de concurrent om de prijzen voor het komende jaar op elkaar af te stemmen. Wanneer is iemand een feitelijk leidinggevende? Hiervoor moet aan drie criteria zijn voldaan. De feitelijk leidinggevende moet (i) persoonlijk op de hoogte zijn (geweest) van de gedraging waarbij hij (ii) maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is. Hiermee wordt bedoeld dat die persoon in de positie was om de verboden gedraging tegen te houden (met andere woorden 'hij stond erbij en keek ernaar'). Dit is bijvoorbeeld het geval indien de persoon chef is van een bepaalde afdeling en van hem verwacht mag worden het verboden gedrag te melden aan zijn meerdere. De feitelijk leidinggevende hoeft overigens niet altijd de 'formele' directeur te zijn, hij kan ook het afdelingshoofd, de 'man achter de tafel' of een persoon zonder formele bevoegdheden zijn. Ook wanneer de feitelijk leidinggevende niet zozeer op de hoogte was van de specifieke overtreding, maar wel van soortgelijke overtredingen, wordt aangenomen dat hij persoonlijk

1. Mevr. mr. E.J.P. Schothorst-Gransier is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht en mevr. mr. M. Margadant is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.
2. Aanpassingswet Vierde Tranche, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 2.
3. In de zin van art. 1 sub f Mw jo. 81 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de EG.
4. *Stv.* 2002, 122.
5. *Stv.* 2006, 63.
6. In september 2007 is eerst een Ontwerp van de Clementierichtsnoeren verschenen.
7. *Stv.* 2007, 196.

8. Bedoeld is een natuurlijk persoon. Het begrip 'persoon' is ruimer dan het begrip 'werknemer'. Het persoonlijk beboeten is mogelijk omdat het nieuwe art. 56 lid 4 Mw art. 51 Wetboek van Strafrecht (Sr) van overeenkomstige toepassing verklaart.
9. Zie de Slavenburg-affaire (HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321): 'Van feitelijk leidinggeven als bedoeld in art. 51 lid 2 onder tweede Sr kan onder omstandigheden sprake zijn, indien de verdachte – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de verboden gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze zich zullen voordoen; de keuze tussen "opdracht geven" of "feitelijk leidinggeven" is van geen belang voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezen verklaarde.'

op de hoogte was. Als laatste vereiste geldt dat de feitelijk leidinggevende (iii) bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een feitelijk leidinggevende onvoldoende toeziet op het contact tussen een voor hem werkende werknemer en een concurrent, waardoor de overtreding mogelijk wordt gemaakt. Het zal echter ook voorkomen dat de feitelijk leidinggevende niet op de hoogte is (en evenmin soortgelijke overtredingen kent), maar wel ongewild door de onderneming is meegezogen in de verboden gedraging. In dat geval zal hij er goed aan doen te bepleiten dat hij niet als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt.

Personen kunnen onder een dreigende boete uitkomen door zelf een clementieverzoek¹⁰ in te dienen. De onderneming heeft de keuze om mede namens personen een clementieverzoek in te dienen. Heeft de onderneming slechts voor zichzelf een clementieverzoek ingediend, dan kan de persoon bij het Clementiebureau verklaren dat hij als medeclementieverzoeker van de onderneming wil worden aangemerkt. Overigens is het mogelijk¹¹ om eerst oriënterend contact op te nemen met het Clementiebureau¹² om als aspirant-clementieverzoeker (eventueel anoniem en via een gemachtigde) van gedachten te wisselen over een hypothetisch feitencomplex en de toepassing daarop van de Clementierichtsnoeren.¹³

De NMa kan personen een boete opleggen van maximaal €450 000; ondernemingen riskeren eenzelfde boete, of (als die hoger is) een boete van maximaal 10% van de omzet van het afgelopen boekjaar.¹⁴ Deze boetes zijn substantieel hoger dan de voormalige boetes (onder de oude regeling) die variëren van €4500 tot €22 500. Volgens de NMa gaat

van de nieuwe boetes een belangrijke, additionele afschrikwekkende werking uit.¹⁵ Het nieuwe boetebeleid kent verschillende clementie categorieën. Categorie A kent een volledige boete-immuniteit.¹⁶ Deze boete-immuniteit geldt als de clementieverzoeker als eerste een clementieverzoek heeft ingediend ten aanzien van een kartel waarnaar de NMa nog geen onderzoek is begonnen en de clementieverzoeker met het verzoek de NMa informatie verschaft die haar in staat stelt een onderzoek naar het kartel te beginnen. Voorts geldt dat de clementieverzoeker geen andere onderneming tot deelname aan het kartel mag hebben gedwongen. Na categorie A volgt clementie categorie B waarbij de boete verminderd kan worden met minimaal 60 tot maximaal 100%. Vermindering met 100% geldt ingeval de clementieverzoeker als eerste een clementieverzoek indient ten aanzien van een kartel waarnaar de NMa een onderzoek is begonnen, maar zij aan de betrokkenen bij het kartel nog geen rapport¹⁷ heeft verzonden en het clementieverzoek aanzienlijke additionele waarde bevat. Voorts geldt ook hier dat de clementieverzoeker geen andere onderneming tot deelname aan het kartel heeft gedwongen. Tot slot hanteert de NMa clementie categorie C, op basis waarvan de boete kan worden verminderd met minimaal 10 tot maximaal 40%, indien de clementieverzoeker als tweede of volgende – binnen het kartel of binnen de onderneming – een clementieverzoek indient voordat het rapport aan een van de betrokkenen is verzonden. Om voor deze boetevermindering in aanmerking te komen dient zijn clementieverzoek eveneens aanzienlijke additionele informatie te bevatten (en dat valt te betwijfelen als hij de tweede of volgende is). Voor alle categorieën geldt een volledige medewerkingsplicht.¹⁸ Het Clementiebureau bepaalt vervolgens het percentage boetevermindering aan de hand van de clementierangorde en de waarde van de door de clementieverzoeker verstrekte informatie.

10. Een clementieverzoek bevat onder andere een verklaring (voor zover clementieverzoeker daarmee op het moment van indiening bekend is) met daarin een beroep op de Clementierichtsnoeren waarin de clementieverzoeker verklaart te hebben deelgenomen aan het door hem beweerde kartel en een gedetailleerde omschrijving van het kartel alsmede de gegevens van de clementieverzoeker en van de andere mededingingsautoriteiten die de clementieverzoeker ter zake heeft benaderd of mogelijk zal benaderen. Indien de clementieverzoeker een gerechtvaardigd belang aantoonde, stemt het Clementiebureau ermee in dat de clementieverzoeker een mondelinge verklaring aflegt.

11. Deze mogelijkheid bestond vóór 1 oktober 2007 (onder de oude regeling Richtsnoeren Clementietoezegging) nog niet.

12. Het Clementiebureau van de NMa is belast met toepassing van de Clementierichtsnoeren en bereikbaar per telefoon op 070-330 1710 (e-mailadres: clementie@nmanet.nl).

13. Conform art. 4 van de Clementierichtsnoeren.

14. Zie art. 43 van de Boetecode van de NMa.

15. Het Bundeskartellamt in Duitsland kan leidinggevend een boete van maximaal €500 000 opleggen.

16. Boete-immuniteit houdt in een boetevermindering van 100%.

17. Het rapport moet aan bepaalde voorwaarden voldoen (onder andere noemen van feiten en omstandigheden en de persoon of personen die de overtreding kan of kunnen worden toegerekend), zoals neergelegd in art. 59 Mw.

18. De zogenaamde volledige medewerkingsplicht omvat het volledig, onafgebroken en oprecht met de NMa meewerken waaronder vanaf de indiening van het clementieverzoek moet worden verstaan informatievervalsing aan de NMa met betrekking tot het kartel, het staken van betrokkenheid bij het kartel en het beschikbaar houden van (ex-)werknemers voor het afleggen van verklaringen.

De Clementierichtsnoeren staan op gespannen voet met het arbeidsrecht. De verhouding tussen de NMa, de onderneming en de persoon is (arbeidsrechtelijk) complex en moeilijk te doorgronden. In het navolgende gaan wij in op de vraag of een werknemer (arbeidsrechtelijk gezien) een clementieverzoek mag indienen en of de werkgever de dientengevolge geleden schade op de werknemer kan verhalen.¹⁹ Voorts wordt ingegaan op de omgekeerde situatie, namelijk of de werknemer een hem opgelegde boete kan verhalen op zijn werkgever. Voor het overige staan wij stil bij de vraag of de werkgever gehouden is namens alle personen een clementieverzoek te doen. Tot slot behandelen wij de verjaring.

Mag een werknemer een clementieverzoek indienen?

Op het eerste gezicht lijkt dit een overbodige vraag. De Clementierichtsnoeren stimuleren immers werknemers tot het doen van een melding. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt beantwoorden wij deze vraag dan ook bevestigend. NMa-directeur Kalbfleisch heeft in dat verband zelfs aangegeven dat werknemers die kartelafspraken melden onmisbaar zijn voor het handhaven van de Mededingingswet.²⁰ Arbeidsrechtelijk gezien is deze vraag minder eenvoudig te beantwoorden. In de verhouding werkgever-werknemer is de werknemer namelijk gehouden zich als een goed werknemer te gedragen op grond van art. 7:611 BW. Klikken lijkt zich daarmee niet te verenigen. De mogelijkheid van boete-immuniteit of bepaalde vermindering wordt de werkgever dan immers ontnomen. Met het klikken stelt de werknemer de werkgever dan ook bloot aan (een aanzienlijke kans op) ernstige schade (in de zin van een boete of civielrechtelijke aansprakelijkheid), terwijl de werknemer juist gehouden is schade aan de werkgever te voorkomen. Bovendien komt het regelmatig voor dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer een geheimhoudingsbeding bevat. In het geval van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers is dat zeer waarschijnlijk.

De werknemer staat dan ook tussen twee vuren. Enerzijds dient hij aan het belang van zijn werkgever en zijn contractuele en arbeidsrechtelijke verplichtin-

gen te denken; anderzijds dient hij te denken aan het maatschappelijk belang en zijn eigen belang – voor zover hij een boeterisico loopt. De parallel met klokkenluiders ligt hier voor de hand. Klokkenluiders kan worden omschreven als het door een werknemer (de klokkenluider) extern bekendmaken van vermoedens van illegale of immorele praktijken, die plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van de werkgever en waarbij een groot maatschappelijk belang in het geding is, aan personen die mogelijk actie daartegen zouden kunnen ondernemen. Deze definitie is ontleend aan de Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen opgesteld door de Stichting van de Arbeid op 24 juni 2003 (de STAR-Verklaring).²¹ Hoewel er niet veel jurisprudentie over klokkenluiders bestaat, lijkt het met hen in arbeidsrechtelijke zin meestal niet goed af te lopen.²² Langdurige rechtszaken en ontslag zijn vaak het gevolg.²³ De toekomst van klikkers lijkt er dan ook niet al te rooskleurig uit te zien. Dat geldt te meer nu de NMa volgens Kalbfleisch de anonimiteit van de werknemer niet garandeert.²⁴ Het verbaast dan ook niet dat de drempel voor werknemers om kartels

19. Strikt genomen zou consequent moeten worden gesproken over de 'persoon' (dit begrip is ruimer dan het werknemersbegrip want hieronder valt ook de ex-werknemer) maar vanwege de arbeidsrechtelijke invalshoek – of om deze arbeidsrechtelijke invalshoek juist te benadrukken – worden deze personen ook wel als ex-werknemer respectievelijk werknemer gekwalificeerd.

20. NRC Handelsblad 9 januari 2007.

21. Publicatienr. 6/03. Voor de klokkenluidende ambtenaar is op 1 januari 2001 de Regeling inzake het omgaan met een vermoeden van een misstand in werking getreden; *Stcrt.* 2000, 243, gewijzigd in 2002, *Stcrt.* 2002, 249. De regeling schrijft onder andere een interne meldingsprocedure voor en voorziet in het aanstellen van vertrouwenspersonen en een onafhankelijke Commissie Integriteit Overheid (CIR). Een bij het parlement in 2002 ingediend initiatiefwetsvoorstel ter bescherming van klokkenluiders in de private sector heeft het niet gehaald. De Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap (hierna: de Commissie) van de SER schreef in haar advies 'Klokkenluiders' van 22 december 2004 evenmin aanleiding te zien voor het in het leven roepen van een soort CIR in de private sector (publicatienr. 14). De Commissie voelt veel meer voor zelfregulering op decentraal niveau op basis van de STAR-Verklaring. De Code Tabaksblad voor beursgenoteerde vennootschappen bevat wel een bepaling ter bescherming van klokkenluiders.

22. Denk aan Fred Spijker (maatschappelijk werker bij Defensie), Paul van Buitenen (ambtenaar bij de Europese Unie), J. Stiekema (arts bij Organon; Ktr. Amsterdam 4 december 2001, *JAR* 2002/35 en in hoger beroep Rb. Amsterdam 9 juli 2003, *JAR* 2003/191), Paul Schaap (operator van de kernreactor in Putten; Ktr. Alkmaar 28 februari 2002, *JAR* 2002/ 61) en Ad Bos (bouwfraude). Laatstgenoemde woont momenteel illegaal in een staravan, heeft ruzie met zijn burens en wordt verdacht van betrokkenheid bij een Nigeriaanse bende. Zie *NRC Handelsblad* 19 februari 2002 voor een samenvatting.

23. In HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (*Meijer/De Schelde*) oordeelde de Hoge Raad dat het naar buiten brengen van geheimen in strijd kan zijn met het bedrijfsbelang en derhalve een dringende reden voor ontslag kan vormen. Dit wordt niet anders wanneer de werknemer or-lid is alsmede een beroep doet op de vrijheid van meningsuiting (art. 7 Grondwet).

24. Kalbfleisch pleit in *NRC Handelsblad* van 9 januari 2007 zelfs voor een betere bescherming van de werknemers.

te melden bijzonder hoog zal zijn. De huidige wijzigingen in de Clementierichtsnoeren lijken daarmee hun doel voorbij te schieten. De invoering van een complianceprogramma – of beter gezegd: een NMa-Gedragscode – bij de werkgever, zou naar onze mening een goede oplossing kunnen zijn voor dit probleem.²⁵ Voor de inhoud van een NMa-Gedragscode zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de STAR-Verklaring, die bouwstenen bevat voor een procedureregeling. Zo moet in de procedure tot uitdrukking komen dat de te goeder trouw handelende (potentiële) klokkenluider bescherming verdient als hij in formeel (procedureel) en materieel opzicht zorgvuldig handelt. Hij handelt formeel (procedureel) zorgvuldig als hij de bewuste feiten eerst intern aan de orde stelt, tenzij dat in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.²⁶ Leidt interne melding niet tot actie, dan dient de werknemer de feiten op een passende en evenredige wijze extern bekend te maken. Van materieel zorgvuldig handelen is onder meer sprake indien de (potentiële) klokkenluider een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden heeft dat de bewuste feiten juist zijn. Deze voorwaarden zouden naar ons idee ook voor een NMa-Gedragscode moeten gelden. De formele (procedurele) uitzonderingsgevallen zouden in een NMa-Gedragscode tevens expliciet moeten worden benoemd.²⁷ De werkgever en de werknemer zijn zodoende bekend met hun rechten en plichten over en weer. Dat schept rechtszekerheid.

Bij het ontwikkelen, implementeren en evalueren van een NMa-Gedragscode dient de werkgever de ondernemingsraad te betrekken.²⁸ Tevens dient voorlichting over de NMa-Gedragscode aan alle werknemers plaats te vinden. Hiermee creëert de werkgever draagvlak in de onderneming. Om een adequate en veilige interne meldingsprocedure te garanderen, pleiten wij tevens voor een onafhankelijke vertrouwenspersoon of -instantie tot wie de werknemer zich zou kunnen wenden. Dat sluit ook aan bij het advies van de Commissie van de SER.²⁹ Terugkomend op de vraag of de werknemer een clementieverzoek mag indienen, beantwoorden wij deze vraag vanuit ar-

beidsrechtelijke perspectief bevestigend, mits de werknemer zorgvuldig gehandeld heeft conform de bij de werkgever bestaande NMa-Gedragscode. De werknemer verzaakt dan niet zijn plichten als goed werknemer jegens zijn werkgever. Ook levert dat alsdan geen onrechtvaardige schending op van zijn geheimhoudingsbeding.³⁰ Niettemin blijft de aanmerkelijke kans bestaan dat de werkgever streeft naar beëindiging van het dienstverband wegens een vertrouwensbreuk. De correctiefactor zou dan echter in beginsel niet lager mogen uitvallen dan 1. Ontbreekt een NMa-Gedragscode bij de werkgever, dan pleiten wij voor een zekere reflexwerking van de STAR-Verklaring.

Kan de werkgever de door hem geleden schade als gevolg van melding door de werknemer op de werknemer verhalen?

Wanneer de werknemer een clementieverzoek indient, zal de werkgever hierdoor mogelijk ernstige schade lijden. Hij kan zijn werknemer daarvoor aansprakelijk stellen. Die aansprakelijkheid zal echter niet snel worden aangenomen. Art. 7:661 BW bevat in dat kader een vergaande bescherming van de werknemer. Op grond van dat artikel is de werknemer niet aansprakelijk, tenzij de schade het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. De bewijslast van dat laatste rust op de werkgever. Uit de jurisprudentie volgt dat opzet van de werknemer vrijwel nooit wordt aangenomen. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Kantonrechter Tiel van 15 maart 2006³¹ en een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 9 juli 2003^{32,33}. Het aantonen van bewuste roekeloosheid is evenmin eenvoudig. Daarvoor is in concreto vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan de melding bij de NMa daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging.³⁴ Uit deze beschrijving volgt echter dat het niet onmogelijk is. Wanneer de werknemer, zoals hierboven beschreven, in strijd met de bij de werkgever geldende NMa-Gedragscode gehandeld heeft, kan naar onze mening bewuste roekeloosheid worden aangenomen. Voorwaarde is wel dat de werknemer in een NMa-Ge-

25. Een NMa-Gedragscode kan ook een onderdeel zijn van het binnen de onderneming bestaande complianceprogramma.

26. Interne melding wordt in de jurisprudentie omtrent klokkenluiders als een belangrijk vereiste van zorgvuldig handelen bij misstanden beschouwd. Zie Ktr. Amsterdam 15 oktober 2004, *JAR* 2005/35 (*Stiekema/Organon*) en Ktr. Amersfoort 27 december 2006, *JAR* 2007/74 (*Petten*).

27. Zie bijvoorbeeld een vijftal uitzonderingsgronden in art. 5 lid 2 van de voorbeeldprocedureregeling van de Stichting van de Arbeid.

28. Art. 27 lid 1 sub j WOR.

29. Zie noot 18.

30. Vgl. het in 2002 voorgestelde art. 7:660b BW in het Voorstel van wet tot wijziging van het BW in verband met een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers ter bescherming van klokkenluiders, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 990, nr. 3.

31. *RAR* 2006, 90.

32. *JAR* 2003/191 (*Stiekema/Organon*).

33. In een uitspraak van Ktr. Bergen op Zoom 10 april 2002 (*JAR* 2002/109), werd opzet wel aangenomen. De werknemer, een taxichauffeur, was een gebouw van ArboNed binnengereden.

34. HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15 (*Dieteren/Express Transport*).

dragscode hiervoor uitdrukkelijk gewaarschuwd is. Uiteraard kunnen de omstandigheden van het geval tot een andere conclusie leiden. Niettemin biedt een NMa-Gedragscode de werkgever voldoende houvast om naast het voorkomen van schade deze ook te verhalen. Overigens is naar onze mening verdedigbaar dat art. 7:661 BW in het geheel toepassing mist wanneer de werknemer de NMa-Gedragscode schendt en daarmee in strijd handelt met goed werknemerschap. De werknemer zou dan op grond van art. 7:611 BW gehouden zijn de door de werkgever geleden schade te vergoeden. Wij wijzen in dat verband op een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 12 mei 2006.³⁵ In die zaak had de werkgever een regeling waarbij de eerste drie boetes voor snelheidsovertredingen in een bepaalde periode voor rekening van de werkgever kwamen en verdere boetes in die periode voor rekening van de werknemer. Naar het oordeel van het hof was een dergelijke regeling niet in strijd met art. 7:661 BW, omdat een werknemer die in een bepaalde periode meer dan drie verkeersovertredingen maakt, in beginsel in strijd handelt met zijn verplichting zich als een goed werknemer te gedragen, waardoor art. 7:661 BW toepassing mist.³⁶

Tot slot verdient opmerking dat de werkgever mogelijk ook een beroep zou kunnen doen op art. 6:162 BW. Voor gevallen die niet (uitsluitend) binnen de uitoefening van de werkzaamheden plaatsvinden, maakte de Hoge Raad dat onlangs mogelijk in zijn arrest van 2 maart 2007.³⁷ Het aantonen van opzet of bewuste roekeloosheid staat niet aan aansprakelijkheid in de weg op basis van dit artikel. Wel heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de in art. 7:661 BW neergelegde maatstaven een rol spelen in de beoordeling van aansprakelijkheid. De werknemer geniet dus nog wel enige bescherming. Een beroep op art. 6:162 BW zou wellicht uitkomst kunnen bieden aan de werkgever die zijn schade tracht te verhalen op de meldende ex-werknemer. Het is immers nog maar de vraag of en zo ja hoelang een NMa-Gedragscode van de werkgever nog nawerking heeft in de postcontractuele fase. De (ex-)werknemer die in het kartel zelfstandig heeft geopereerd ter eigen verrijking zou eveneens op grond van art. 6:162 BW door de werkgever kunnen worden aangepakt. Het lijkt immers waarschijnlijk dat in dat geval niet alle activiteiten van de (ex-)werknemer (uitsluitend) binnen de

uitoefening van de werkzaamheden hebben plaatsgevonden.

Nu aansprakelijkheid van de meldende (ex-)werknemer voor door de werkgever geleden schade op basis van het voorgaande mogelijk lijkt³⁸, komt de vraag naar de verzekeraarbaarheid aan de orde. Dat geldt te meer nu die schade bijzonder hoog kan zijn. Het is ons niet bekend of de werknemer zich tegen dergelijke aansprakelijkheid kan verzekeren. Hier ligt een taak voor verzekeraars.³⁹

_____ Kan een werknemer een boete verhalen op zijn werkgever?

Het spreekt voor zich dat de werkgever en de werknemer met elkaar afspraken kunnen maken over de vergoeding van eventuele NMa-boetes. Deze afspraken zouden kunnen worden neergelegd in een NMa-Gedragscode. Hier gaan wij er echter van uit dat er geen afspraken bestaan. In dat geval geldt – in tegenstelling tot art. 7:661 BW – voor de werkgever een verhoogde aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 lid 2 BW. Kort gezegd is de werkgever aansprakelijk voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij de werkgever zijn zorgplicht is nagekomen, er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer of causaal verband ontbreekt tussen de schade en de werkzaamheden. Art. 7:658 BW is echter geschreven met het oog op de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer en niet op puur financiële risico's waaraan de werknemer tijdens zijn werkzaamheden wordt blootgesteld. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 16 oktober 1992⁴⁰ dat de werknemer voor zaakschade aan zijn eigen auto opgelopen tijdens zijn werk, geen aanspraak zal kunnen gronden op art. 7A:1638x BW (thans art. 7:658 BW). Er bestaat geen rechtsregel die meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is voor dergelijke schade, in het bijzonder niet indien de schade door de schuld van de werknemer zelf is ontstaan. Niettemin was de werkgever in die zaak gehouden de schade te vergoeden. Naar de aard van de arbeidsovereenkomst vloede dit voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, behoudens het geval dat de schade zou zijn ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Door-slaggevend was dat het gebruik van de eigen auto

38. Uiteraard kan hier een causaliteitsprobleem spelen.

39. Voor zover de mogelijkheid tot verzekering zou bestaan, speelt vervolgens de discussie over de verhouding tussen de volledige medewerkingsplicht en verzekeraarbaarheid. Een verzekerde mag immers de belangen van een verzekeraar niet schenden op straffe van verval van dekking.

40. NJ 1993, 264 (*Bruinsma Tapijt/Schuitmaker*).

35. JAR 2006/137.

36. Cassatieberoep is ingesteld. Het arrest wordt in het voorjaar van 2008 verwacht.

37. JAR 2007/90.

tijdens de werkzaamheden risico's van ernstige beschadiging meebracht, niet alleen door eventuele fouten van derden, maar ook in samenhang met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met auto's de gebruiker daarvan er licht toe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Daarbij werd mede acht geslagen op art. 6:170 lid 3 BW, welk artikel meebrengt dat de werkgever in beginsel zelf de door de werknemer toegebrachte schade aan derden dient te dragen, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid. Hoewel het arrest *BruinsmaTapijt/Schuitmaker* ziet op vergoeding van zaakschade van de werknemer door de werkgever, sluiten wij niet uit dat de werkgever op grond van dit arrest onder omstandigheden eveneens voor pure financiële schade van de werknemer – in de zin van een boete opgelegd door de NMa – dient op te komen. De aard van de werkzaamheden kan meebrengen dat de werknemer (voortdurend) het risico loopt onbedoeld meegetrokken te worden in een kartel en daarbij niet steeds alle voorzichtigheid in acht heeft genomen ter voorkoming van onregelmatigheden. Dergelijke omstandigheden lijken ons voor risico van de werkgever te moeten komen, mits de werknemer conform de NMa-Gedragscode heeft gehandeld. In dit verband wijzen wij erop dat een goed werkgever op grond van art. 7:611 BW gehouden is om risico's voor zijn werknemers te beperken, die risico's voor zijn rekening te nemen (bijvoorbeeld door het afsluiten van een adequate verzekering) of de werknemers voor die risico's effectief te waarschuwen. Denk bijvoorbeeld aan de piloot in Abidjan die tijdens een taxirit tussen twee vluchten in een volledige dwarslaesie opliep.⁴¹ Of de stewardess die in Cuba door een jolige gezagvoerder in een golfkarretje werd aangereden.⁴² In beide zaken werd aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen op grond van art. 7:611 BW. Het niet effectief waarschuwen voor de bijzondere (financiële) risico's, het niet adviseren om een verzekering af te sluiten en het evenmin zelf afsluiten van een verzekering ter dekking van de aan de orde zijnde risico's werd beide werkgevers fataal. Hoewel het in beide zaken (ernstige) letselschade betrof, lijkt effectief waarschuwen voor NMa-boetes eveneens geboden, mede gelet op de aanzienlijke hoogte van de boete en de onzekerheid over verzekerbaarheid voor de werknemer. Niettemin blijft het een feit dat het verhalen van een boete op de werkgever afhankelijk zal zijn van alle omstandigheden van het geval. Zo zullen de bij de werkgever heersende bedrijfscultuur, even-

tuele mondelinge toezeggingen of betalingen aan anderen, alsook de feitelijke inbreng van de werknemer bij (melding van) het kartel een rol spelen in de beoordeling.

Is werkgever verplicht namens alle personen clementie te verzoeken?

Zoals hierboven al is geconstateerd, rijst de vraag of de onderneming op basis van goed werkgeverschap gehouden is mede namens alle betrokken personen (dus zonder onderscheid en met inachtneming van ex-werknemers) clementie te verzoeken. Voordat we deze vraag beantwoorden, moeten we ons realiseren hoe de feitelijke situatie binnen een onderneming kan zijn. Indien binnen een 'statutair bestuur' of binnen een directie met één statutair bestuurder en drie mt-leden onenigheid bestaat over het al dan niet doen van een clementieverzoek, zal de onderneming onder deze omstandigheden niet (altijd) mede namens de (andersgezinde) medebestuurders en/of mt-leden een clementieverzoek doen. Wel kan degene die voor de onderneming een clementieverzoek indient, bij het Clementiebureau aangeven dat hij als medeclementieverzoeker wil worden aangemerkt. Wij menen dat het in de praktijk vaak zo zal gaan. Of deze handelwijze toelaatbaar is, is de vraag. Het niet eveneens melden namens medebestuurders en/of mt-leden brengt immers het risico op aanzienlijk schade voor hen mee. Ook hiervoor zou een NMa-Gedragscode regels kunnen bevatten. Een andere situatie ontstaat als er tussen de onderneming en de betrokken personen een (feitelijke) gezagsverhouding is en de personen niet meebeslissen over het (al dan niet) indienen van een clementieverzoek door de onderneming. In dat geval komt het ons voor dat uit goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW voortvloeit dat de onderneming gehouden is mede namens al deze betrokken personen een clementieverzoek te doen. In dit verband speelt ook het algemene gelijkebehandelingsbeginsel een rol, zoals neergelegd in het arrest *Agfa/Schoolderman*⁴³ en, weliswaar in afgezwakte vorm, in het arrest *Parallel Entry*.⁴⁴ Op grond van dit gelijkebehandelingsbeginsel dient de werkgever gelijke gevallen gelijk te behandelen zonder willekeur toe te passen. Of de beginselen van goed werkgeverschap en gelijke behandeling in de praktijk zullen worden nageleefd – zodat namens alle betrokken personen een clementieverzoek wordt gedaan – betwijfelen wij. De onderneming zal naar onze mening de verboden gedraging vaak onder het tapijt willen schuiven, zodat een willekeurige (eenvoudige) feitelijk leidinggevende

41. HR 18 maart 2005, *JAR* 2005/100 (*KLM/De Kruier*).

42. Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *JAR* 2006/43 (*Golfkarretje*).

43. *NJ* 1998, 149.

44. HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

niet snel bekend zal zijn met het clementieverzoek. Dit heeft tot logisch gevolg dat deze feitelijk leidinggevende niet snel bij de onderneming – en al helemaal niet bij het Clementiebureau – zal informeren of door de onderneming een clementieverzoek is ingediend. Ook het Clementiebureau zal niet (ambtshalve) toetsen of sprake is van medeclementieverzoekers. De Clementierichtsnoeren gaan aan de zojuist geschetste aspecten voorbij, nu zij uitgaan van gelijkwaardigheid van partijen en het feit dat de persoon op de hoogte is van het clementieverzoek. Wij menen dan ook (hierop komen wij hierna nader terug) dat de onderneming gehouden is namens alle betrokken personen een clementieverzoek in te dienen. Dit zou slechts, bij wijze van uitzondering, anders kunnen zijn indien de eerder in dit artikel geïntroduceerde NMa-Gedragscode in de onderneming toepassing vindt en door een persoon is geschonden. In dat geval is verdedigbaar dat deze persoon, die in strijd met deze regels heeft gehandeld, niet door de onderneming in het clementieverzoek wordt meegenomen.

De positie van de ex-werknemer (als persoon) is in de Clementierichtsnoeren geregeld⁴⁵ nu deze kan verklaren als medeclementieverzoeker van de onderneming te willen worden aangemerkt – dit wordt door het Clementiebureau gehonoreerd als onderzoeksrisico's zich daartegen niet verzetten. Bovendien valt de ex-werknemer naar onze mening onder het postcontractuele goed werkgeverschap van art. 7:611 BW, zodat de werkgever gehouden is ook deze persoon in het clementieverzoek te betrekken. Het komt ons echter voor dat de onderneming in de praktijk niet snel zal stilstaan bij de positie van ex-werknemers. Ook de ex-werknemer zelf zal niet snel op eigen initiatief bij het Clementiebureau informeren en aangeven onder een bepaald clementieverzoek te willen worden betrokken. Dit lijkt ons dan ook – naast gelijke behandeling van personen die nog bij de onderneming betrokken zijn – een aandachtspunt voor de NMa en het Clementiebureau. Een concreet voorstel onzerzijds is om in de verklaring van het clementieverzoek⁴⁶ de vraag op te nemen of alle betrokken personen (waaronder dus ook ex-werknemers) geïnformeerd zijn en als medeclementieverzoeker willen worden aangemerkt.

45. Zie art. 7 van de Clementierichtsnoeren (het Ontwerp – zie ook noot 6 – kende deze mogelijkheid nog niet).

46. Zie noot 10.

Ex-werknemer en verjaring

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan een boete ook aan ex-werknemers worden opgelegd. Voor zowel de werknemer als de ex-werknemer geldt ten aanzien van het opleggen van een boete door de NMa een verjaringstermijn van vijf jaar te rekenen vanaf het plaatsvinden van de overtreding respectievelijk tien jaar als de verjaring tussentijds is gestuit (zie art. 64 Mw). Een opvallend aspect hierbij is dat in het betreffende verjaringsartikel in lid 1 lijkt te worden gesproken van een vervaltermijn, maar in lid 2 uitdrukkelijk van een verjaringstermijn, welke verjaringstermijn op basis van lid 4 – na het verstrijken van vijf jaar en mits gestuit – kennelijk overgaat in een vervaltermijn. Hoe dan ook, voor de ex-werknemer is het een onzekere situatie. Hij werkt waarschijnlijk al elders, is daar wellicht ook bij een kartel betrokken en zal dus niet snel door zijn ex-werkgever (al dan niet bewust) in het clementieverzoek worden betrokken. Dit brengt mee dat de positie van de ex-werknemer slechter is dan de positie van de werknemer. Dit kan onder omstandigheden onrechtvaardig zijn. Te denken valt aan de reeds door ons genoemde feitelijk leidinggevende die door zijn werkgever in de verboden gedraging is meegezogen. De gevolgen van dit onderscheid tussen werknemer en ex-werknemer zouden kunnen worden verzacht door bijvoorbeeld een toezegging op te nemen dat aan een ex-werknemer die een clementieverzoek doet onder boetecategorie B of C, de lichtste boete zal worden opgelegd. Ook zou de NMa in haar eigen vervolgingsbeleid kunnen bepalen dat ex-werknemers drie jaar na uitdiensttreding⁴⁷ geen vervolging meer riskeren. Misbruik⁴⁸ ligt hier echter op de loer.

Ter afronding

Uit dit betoog volgt dat de Clementierichtsnoeren voor de werkgever en de (ex-)werknemer over en weer verplichtingen en risico's meebrengen. De werkgever dient rekening te houden met klikkende werknemers en vergoeding van aan personen opgelegde boetes. De werknemer loopt het risico door zijn werkgever aansprakelijk te worden gesteld. Om de rechtspositie voor alle partijen te verduidelijken, biedt de door ons geopperde NMa-Gedragscode uitkomst. Voor de inhoud hebben wij een aantal handvatten

47. Zie voor een afwijkende verjaringstermijn van drie jaar art. 7:942 lid 1 BW.

48. Onder die omstandigheden zouden de onderneming en de persoon afspraken kunnen maken omtrent opzegging door de persoon en indiensttreding bij een nieuw op te richten BV (die niet bij het kartel betrokken is) of bij een bevriende relatie (die evenmin bij een kartel betrokken is) om op die wijze de verjaringstermijn in te korten of de hoogste boete te ontwijken.

gegeven. Het spreekt voor zich dat de praktijk nog zal moeten uitwijzen hoe met elke situatie dient te worden omgegaan. Alle omstandigheden van het geval zullen bij de beoordeling een rol spelen. Aan ons als advocaten dus de taak zekerheid te scheppen. Kort en goed: klikken loont! Of toch niet? De toekomst zal het leren.