

# 101. Zwijgrecht versus medewerkingplicht in de mededingingsrechtelijke context: herijking geveerd

MR. R. DE BREE

Onderzoeken die kunnen leiden tot beboeting op grond van het mededingingsrecht zijn voorzien van waarborgen. Veel van die waarborgen komen voort uit het fair trial beginsel en de bescherming die ingevolge het EVRM kan worden ingeroepen. Zo ook het zwijgrecht dat de mogelijke boeteling voorkomt. Een kernvraag daarbij is vanaf welk moment het zwijgrecht aan de justitiabele toekomt en hoe dat recht zich verhoudt tot de inlichtingenplicht van de justitiabele jegens de ACM. Dit artikel behandelt het snijvlak tussen medewerkingplicht en zwijgrecht.

## Inleiding

De ACM maakt in het kader van de onderzoeken die zij verricht zeer frequent gebruik van de bevoegdheden uit hoofdstuk vijf van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en uit (artikel 6b van) de Instellingswet ACM in verbinding met de Mededingingswet (Mw) om gegevens en informatie te vorderen. Uitgangspunt is dat degene van wie de ACM dergelijke gegevens of informatie vordert (en voor zover de ACM die redelijkerwijs voor haar taakuitoefening nodig heeft), verplicht is aan zo'n vordering te voldoen. Niet voldoen (het gekende niet meewerken) leidt tot een zelfstandige overtreding (van de meewerkplicht) en mogelijke zeer substantiële beboeting.

Daar tegen over staat een ander algemeen uitgangspunt, van fundamentele aard, te weten dat een potentiële boeteling niet verplicht kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken en onder meer om die reden hem een zwijgrecht toekomt (tegen zelf-incriminatie).

Dat de interactie van die soms wedijverende uitgangspunten een lastig speelveld oplevert, is duidelijk. Het blijkt ook een speelveld dat in beweging blijft, mede gedreven door de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat sedert 1993 een keur aan rechtspraak op dit vlak heeft afgeleverd.

In het verleden heeft de toenmalige NMa laten zien niet beducht te zijn overtredingen van de meewerkplicht te beboeten. Dat daarbij het zwijgrecht aan de orde was of

werd gesteld, is geen evidentie. Recentelijk heeft de ACM in het natuurazijnkartel zich over juist dat vraagstuk uitgelaten, zij het uiterst summier, waarschijnlijk vanwege het karakter van de beslissing die voortkwam uit een schikking. Daarbij is de ACM overgegaan tot een 20% verhoging van de boete omdat het zwijgrecht door een feitelijk leidinggever werd ingeroepen, terwijl dat – aldus de ACM – op onderdelen niet gerechtvaardigd was. De ACM oordeelde om die reden dat de meewerkplicht geschonden werd. Er was ook een boeterapport niet medewerken opgemaakt in die zaak.<sup>1</sup>

Wat de precieze achtergrond was van het niet succesvol inroepen van het zwijgrecht in die zaak, blijkt niet uit de openbare gemaakte versie van het besluit. Wel blijkt in de praktijk het snijvlak van de meewerkplicht ten opzichte van het zwijgrecht een lastig onderwerp. Dit artikel belicht de kern van dat snijvlak, waarbij gezichtspunten worden aangereikt om de waarborgen die samenhangen met het zwijgrecht te kunnen benutten.

## Het zwijgrecht in het mededingingsrecht

Het zwijgrecht moet worden gezien als noodzakelijk tegenwicht tegen de beboetende overheid. Die overheid heeft veel middelen om een onderzoek naar overtreding

<sup>1</sup> ACM besluit 25 juni 2015 in zaak 14.0705.27. Zie uitgebreider over die uitspraak: Ch.R.A. Swaak en J.S. Mennema, 'Het natuurazijnkartel: beboeting van 'feitelijk leidinggevers' en 'vereenvoudigde afdoening', M&M 2015, p. 216-219.

en opvolgende procedure in te richten en in dat kader materiaal te vergaren om een beboeting op te stoelen. Deels is dat materiaal dat van de justitiabele zelf afkomstig zal zijn. Het zwijgrecht stelt daaraan paal en perk, doordat de vermeende boeteling niet (ook nog eens) moet verklaren over de gedragingen die hem (mogelijk) verweten kunnen worden. Dat is niet alleen het geval in het klassieke strafrecht, maar geldt evenzeer in de overige (rechts) gebieden waar beboeting aan de orde is, zoals in het ordeningsrecht en het mededingingsrecht. Dit recht geldt in gelijk mate voor natuurlijke personen en rechtspersonen.<sup>2</sup>

Nu is het Nederlandse mededingingsrecht geheel niet schuw van het zwijgrecht en was het juist de mededingingswet die van meet af aan voor de onderneming een breder zwijgrecht borgde (in artikel 53 Mw (oud)) dan daarbuiten in het ordeningsrecht.<sup>3</sup> Inmiddels is dat zwijgrecht voor zij die werkzaam zijn bij een onderneming/marktorganisatie - in de zin van de Instellingswet ACM - zelfs ACM-breed van toepassing, ingevolge artikel 12i Instellingswet ACM. Dat zwijgrecht is dus nu ook van toepassing op onderzoeken van de ACM die niet zijn gebaseerd op de Mw, maar ook bijvoorbeeld op sectorale wetgeving waar de ACM toezicht op houdt. Dat zegt overigens uiteraard niets over het tijdstip waarop dit zwijgrecht kan worden ingeroepen (waarop hieronder wordt teruggekomen). Ter gelegenheid van de introductie van de Instellingswet ACM koos de wetgever er wel voor een recente uitbreiding door het CBb van dat zwijgrecht, tot de voormalig werknemers van een onderneming, teniet te doen.<sup>4</sup> Dat mag alleen al opmerkelijk worden genoemd, nu de rechter (het CBb) die uitbreiding toelichtte, terwijl de wetgever haar ongedaanmaking slechts zeer summier van motivering voorzag.<sup>5</sup> Overigens zal, zo belichtte ik al eens eerder, menig ex-werknemer die er toe doet, mogelijk een eigenstandig zwijgrecht toekomen uit hoofde van een (vermeend) feitelijk leidinggeverschap.<sup>6</sup>

## Cautie

Bij het zwijgrecht hoort vervolgens de cautie. Een recht waarvan de justitiabele zich niet bewust is, biedt immers weinig bescherming. De cautie borgt dat de sanctionerende overheid de betrokkene opmerkzaam maakt op het

zwijgrecht. Om die reden wordt in het strafrecht aan schending van de cautieplicht zwaar getild; zo'n schending leidt in beginsel tot uitsluiting van het door de schending verkregen bewijs (meestal het proces-verbaal van verhoor).<sup>7</sup> Ook in de context van onderzoek door de ACM is verankerd dat een verhoor waarop het zwijgrecht van toepassing is, gepaard gaat met de cautie (artikel 5:10a, lid 2 Awb juncto artikel 12a Instellingswet ACM).

Het zwijgrecht is in het mededingingsrecht geklonken aan het boete-verhoor. Artikel 5:10a Awb maakt zoveel duidelijk waar het bepaalt dat het zwijgrecht kan worden ingeroepen door degene die met het oog op een aan hem op te leggen beboeting wordt gehoord. Dit betekent dat de uitgangspositie is dat alleen een zwijgrecht aan de betrokkene toekomt wanneer hij een verhoor ondergaat dat te plaatsen valt in het kader van een (mogelijke) beboeting. Een boete-oplegging hoeft (nog) niet zeker te zijn, maar als een overtreding niet in beeld is, zal de ACM artikel 5:10a Awb niet snel aan de orde achten.

De ACM zal doorgaans het zwijgrecht en de annexe cautie enkel toepasselijk achten in de verhoorsituatie in enge zin. Toch is minstens één uitbreiding daarop buiten controverse, te weten die van de schriftelijke (verhoor)vragen. Uit de rechtspraak van het CBb volgt immers dat indien schriftelijk vragen worden gesteld die gelijk staan aan vragen in de verhoorsituatie als voormeld, het zwijgrecht ook ingeroepen kan worden en de cautie behoort te worden verleend.<sup>8</sup> De wetgever heeft die rechtspraak in het kader van de Instellingswet ACM bevestigd.<sup>9</sup>

## Zwijgrecht bij feitelijke vragen

Verder zij gewezen op de leer van de 'feitelijke vragen', die er in bestaat dat de mededingingsautoriteit - in navolging van het Hof van Justitie EU waar zuiver feitelijke vragen niet onder het zwijgrecht vallen - de opvatting is toegedaan dat feitelijke vragen wel en enkel incriminerende vragen niet hoeven te worden beantwoord bij toepasselijkheid van het zwijgrecht.<sup>10</sup> Die leer is geldend recht op het Europees-rechtelijke vlak en lijkt ook door de mededingingsauto-

2 Zie daarover tamelijk recent nog D.R. Doornbos, 'Het zwijgrecht van de rechtspersoon', *TvS&C* 2013, p. 175-181.

3 Voor het Europese mededingingsrecht geldt dat het zwijgrecht is ontwikkeld door het Hof van Justitie via het beginsel van de rechten van de verdediging (als onderdeel van de beginselen van het - toen nog - gemeenschapsrecht): vaste rechtspraak sedert HvJ EG 18 oktober 1989, 347/87, NJ 1991, 687 (Orkem).

4 CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7031, NJB 2013, 310. Zie ook Doornbos, 'Tweede Kamer opgelet! Stiekeme uitholling van het zwijgrecht en overruling van de rechter', NJB 2013, 1438 en Kamerstukken II, 2012-2013, nr. 3, p. 10.

5 In de Eerste Kamer werd het voorstel nog iets nader toegelicht, maar werd vooral het mantra van de effectieve handhaving ingezet: Kamerstukken I, 2013-2014, nr. C, p. 19.

6 R. de Bree, 'De ex-werknemer en het zwijgrecht: evoluerend mededingingsrecht?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 161.

7 Zulks op basis van toetsing aan artikel 359a Sv. Overigens is dat niet altijd het geval: bijv. HR 6 juli 2010, NJ 2010, 423. Ook onder het EVRM kan het gebruik van zonder cautie verkregen verklaringen in de fase van een criminal charge (daarover meer hieronder) ontoelaatbaar zijn: bijv. EHRM 18 februari 2010, NJB 2010, 792 (Zaichenko). Vaak speelt een dergelijk vraagstuk onder het EVRM mede tegen de achtergrond van een Salduz-argument (kortweg: aanspraak op rechtsbijstand bij politie-verhoor).

8 CBb 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463. Ook de Hoge Raad in criminalibus acht een zwijgrecht voor schriftelijke vragen toepasselijk: HR 22 juni 1999, NJ 1999, 648 (en op dat punt herhaald in HR 19 september 2006, NJ 2007, 39). Zie ook S.M. Peek en J.H. Tonino, 'Het zwijgrecht bij ondervraging van de onderneming', *V&O* 2010, p. 151.

9 Kamerstukken I, 2013-2014, nr. C, p. 19.

10 Zulks gelet op de Orkem-jurisprudentie (HvJ EG 18 oktober 1989, 347/87, NJ 1991, 687). Zie bijv. Gerecht 14 maart 2014, T-297/11 (Buzzi Unicem), waarin die EU-leer niet strijdig met het Handvest of artikel 6 EVRM wordt bevonden, punten 63 en 75-77.

riteit alhier niet verlaten.<sup>11</sup> Wel staat druk op dit leerstuk en is recentelijk door Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie EU Wahl geanalyseerd dat deze leer schuurt met het – zo dadelijk nader te bespreken - nemo tenetur beginsel en het daaruit voortvloeiende zwijgrecht.<sup>12</sup> Hier zij er reeds op gewezen dat het kunstmatige onderscheid tussen wel

voor te zeggen. Toch zal in menig geval al eerder dan in de verhoorsituatie een mogelijk zwijgrecht van stal kunnen worden gehaald. De reden daarvoor ligt in de bescherming die ontleend kan worden aan het beginsel van nemo tenetur (kortweg: het niet hoeven mee te werken aan de eigen veroordeling) zoals dat besloten ligt in artikel 6 EVRM en waarvan het zwijgrecht een uitvloeisel is.

## In menig geval zal al eerder dan in de verhoorsituatie een mogelijk zwijgrecht van stal kunnen worden gehaald.

en niet incriminerende vragen gespeend lijkt van al te veel realiteitszin, nu feitelijke vragen evenzeer incriminerend kunnen uitpakken (denk aan: was u bij de bijeenkomst met concurrenten op datum x? Heeft u daar gesproken met personen a, b, c?). Een dergelijk opknippen van het zwijgrecht is naar mijn inzicht op basis van artikel 5:10a Awb niet deugdelijk verdedigbaar.<sup>13</sup>

### Verdergaand beroep op zwijgrecht?

Meest controversieel is evenwel het antwoord op de vraag of ook een verdergaand beroep op het zwijgrecht kan worden gedaan, inzonderheid bij vorderingen tot inlichtingen of mogelijk zelfs tot het vertrekken van gegevens (die uit hoofde van artikel 5:16, 5:17 Awb en artikel 6b Instellingswet ACM kunnen worden gedaan).

Feit is dat de ACM in zo'n situatie zich – voor zover bekend vrijwel zonder uitzondering - op het standpunt stelt dat het zwijgrecht niet aan de orde is, en dat zij tevens in voorkomende gevallen een niet voldoen aan gevorderde inlichtingen of gegevens zal opvolgen met minstens de aanzegging van een (boete)rappport niet medewerking en mogelijk de beboeting die uit dien hoofde kan worden toegepast (met de huidige boetemaxima van EUR 450.000,- voor natuurlijke personen – ingevolge artikel 12n Instellingswet ACM – en voor marktorganisaties datzelfde bedrag of 1% van haar omzet als dat hoger is – ex artikel 12m, lid 1 Instellingswet ACM).<sup>14</sup>

Met de omschrijving van het moment dat het zwijgrecht pas geldt wanneer er zicht is op (mogelijke) beboeting, zoals die in artikel 5:10a Awb valt te vinden, is daar iets

### Het zwijgrecht ingevolge art. 6 EVRM

De rechtspraak van het EHRM erkende al in 1993, in de zaak Funke, dat druk plaatsen op een justitiabele teneinde hem te dwingen inlichtingen of gegevens te verschaffen strijdig kan zijn met het fair trial beginsel van artikel 6 EVRM en het daaruit voortvloeiende nemo tenetur beginsel.<sup>15</sup> Alhoewel het zwijgrecht en nemo tenetur beginsel niet vermeld zijn in het EVRM, is volgens het EHRM evident dat het gaat om:

*'generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6.'*<sup>16</sup>

Later is die rechtspraak tot verdere ontwikkeling en verfijning gekomen. De hoofdlijnen daarvan zijn, met de nodige slagen om de arm gelet op het casuïstische karakter van de rechtspraak van het Straatsburgse Hof, als volgt.

Het zwijgrecht en het vervallen van een verplichting mee te werken (aan de eigen veroordeling en dus onder omstandigheden aan vorderingen van de sanctionerende overheid, of althans het straffeloos kunnen nalaten die medewerking te verlenen) is in beginsel geklonken aan het moment dat een criminal charge bestaat. Dat begrip heeft een autonome betekenis onder het EVRM en zal merendeels ontstaan zodra de justitiabele weet van een door de overheid jegens hem geuite dreiging van strafvervolging (of onder het autonome begrip daarmee gelijk te stellen beboeting).<sup>17</sup> Ook een overtreding van het (nationale) mededingingsrecht die kan worden bestraft met een boete valt daaronder.<sup>18</sup>

11 Zie bij wijze van voorbeeld voor het standpunt van de NMA bijv. de weergave daarvan in de uitspraak van Rechtbank Rotterdam 6 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5246.

12 Conclusie van 15 oktober 2015, punt 73 e.v. (C-267/14 P) in de aanhangige hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht 14 maart 2014, T-297/11 (Buzzi Unicem).

13 Vgl. ook de kritische beschouwing van die leer ten opzichte van de toepassing van artikel 6 EVRM door H.M.H. Speyart, 'A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht' NtEr 2010, p. 346. Een vergelijkbaar onderscheid in het sociale zekerheidsrecht is inmiddels ook verlaten door de CRvB 1 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2607, AB 2014, 321, o.w. 4.6.

14 Met de inwerkingtreding van de wet van 23 december 2015 (Stb 2016, nr. 22) worden die bedragen verdubbeld tot EUR 900.000,-.

15 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke).

16 EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (John Murray), par. 45.

17 EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (John Murray); EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Öztürk). Op basis van de EVRM rechtspraak kan de opvatting worden gebaseerd dat een criminal charge aan de orde is zodra de situatie van de potentiële boeteling 'substantially affected' is, hetgeen de invulling minder afhankelijk maakt van een actieve mededeling/handeling van de ACM. Vgl. EHRM 10 september 2010, appl.nr. 31333/06, (MC Farlane), par. 143 met verwijzingen naar eerdere uitspraken (waaronder het arrest Deweer). Vgl. CBB 9 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:121, r.o. 8.

18 EHRM 27 september 2011, EHRC 2012, 7 (Menarini). Zie M. Bronckers en A. Vallery, 'Business as usual after Menarini?', Mlex Magazine 2012, p. 44-47.

Vanaf het moment van zo'n criminal charge zal de betrokkene niet langer vragen hoeven te beantwoorden (inlichtingen hoeven te verstrekken) die gericht zijn op bewijsvergaring in het straf-/boeteonderzoek.

In de rechtspraak van het EHRM weegt meestal mee dat op een charged-person door de overheid druk is uitgeoefend, onder meer door aanzegging van boetes/straffen bij niet meewerken, om de informatie aan te leveren.<sup>19</sup> Daarbij zal het (moeten) gaan om informatie die merendeels gericht is op, althans wordt gevorderd in het kader van, een onderzoek naar een wetsovertreding.

Zelfs kan het zo zijn, aldus de uitspraken in Saunders en Martinnen, dat indien er op het moment van het afdwingen van verklaringen nog geen criminal charge bestaat, maar deze laatste later wel tot stand komt, materiaal dat niet onafhankelijk van de wil bestaat en dat in de eerdere procedure/fase is afgedwongen, niet mag worden benut in de latere (straf-/)boeteprocedure tegen de boeteling.<sup>20</sup> Dit zal – gelet op de rechtspraak van het EHRM – vooral zo zijn als de latere procedure in een zeker verlengde ligt van het kader waarin de eerdere informatie werd afgedwongen en die informatie tegen de boeteling wordt gebruikt en zijn verdedigingsruimte (waaronder het kunnen kiezen van een strategie voor de verdediging) beperkt.<sup>21</sup>

Niettemin kan op basis van de arresten Martinnen en Chambaz de stelling worden betrokken dat als er druk op de betrokkene wordt uitgeoefend in een voorfase (bijv. toezicht) om mee te werken (druk in de vorm van mogelijk stevige beboeting bij niet meewerken) en er geen procedurele waarborgen zijn te garanderen dat in dergelijk verband afgedwongen informatie (die niet onafhankelijk van de wil is) niet in een latere criminal charge procedure wordt benut, beboeting voor eventueel niet meewerken in die voorfase achterwege moet blijven.<sup>22</sup>

### Uitzonderingen op het zwijgrecht

Het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel zijn niet absoluut en kennen uitzonderingen, bijvoorbeeld waar het – zakelijk samengevat – gaat om het zijdens de overheid

kunnen uitoefenen van haar taken (buiten handhaving en beboeting).<sup>23</sup> Zo zal de overheid in het kader van het belastingrecht inlichtingen mogen blijven vorderen in het kader van de (correcte) heffing van belasting, ook als al een criminal charge bestaat (maar dan mag het materiaal – verkort weergegeven - niet voor de beboeting worden benut).<sup>24</sup> Denkbaar zal dit ook voor de toezichtstaken ingevolge artikel 2 van de Instellingswet ACM (buiten sanctionering) gelden. In een enkel geval liet het EHRM toe dat ook in het kader van handhaving het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel uitzondering moesten lijden;<sup>25</sup> zoals bij een beperkte inbreuk op het nemo tenetur beginsel bij een verkeersovertreding, waarbij de bestuurder is verplicht zijn identiteit kenbaar te maken.

### Wils(on)afhankelijk bewijsmateriaal

Meest ingewikkeld in de rechtspraak van het EHRM op dit onderwerp, is misschien wel het geschapen onderscheid tussen materiaal dat afhankelijk en onafhankelijk van de wil wordt verkregen. Dit komt voort uit de Saunders uitspraak en heeft destijds (en erna) veel pennen in beweging gebracht.<sup>26</sup> Er leken twee uitleggen van dat begrip mogelijk; materiaal dat onafhankelijk van de wil

### Het in het mededingingsrecht gecreëerde onderscheid tussen feitelijke vragen en incriminerende vragen, lijkt gespeend van al te veel realiteitszin.

bestaat of dat onafhankelijk van de wil verkregen kan worden. Dat dit veel verschil uitmaakt is helder. In het eerste geval wordt – om het te plaatsen in de context van het hier verhaalde – een vordering ex artikel 5:17 Awb niet geraakt door het nemo tenetur beginsel, nu het daarbij zal gaan om gegevens die bestaan. In het tweede geval kan ook zo'n vordering afstuiten op dat beginsel als de druk om de gegevens af te dwingen onaanvaardbaar wordt geacht. Nog altijd is het geen uitgemaakte zaak welke van deze twee opties opgeld doet. Wel is het zo dat de Hoge Raad – in fiscalibus en criminalibus – gekozen heeft voor de eerste uitleg.<sup>27</sup> Daarentegen koos het CBB voor de tweede optie in een zaak betreffende de naleving van een onder de Telecommunicatiewet hangend besluit omtrent - zakelijk samengevat – software-integriteit. Het ging in die zaak om

19 Bijv. EHRM 5 april 2012, EHRC 2012, 135 (Chambaz), maar eerder ook EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke) en EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 345 (J.B.)  
 20 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders); EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 577 (Martinnen) Overigens betekent dit niet automatisch dat een in een rapport opgenomen verklaring niet aan een boetedossier mag worden toegevoegd volgens het EHRM: EHRM 19 maart 2015, EHRC 2015, 119 (Corbet) (onder de 'real evidence' gedachte uit EHRM 1 juni 2010, NJ 2010, 628 (Gäfgen)).  
 21 EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 577 (Martinnen).  
 22 EHRM 5 april 2012, EHRC 2012, 135 (Chambaz), EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 577 (Martinnen). Zie Conclusie P-G Wattel 1 maart 2013 ECLI:NL:PHR:2013:BZ3640, 10.1 voor HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 en R. Stijnen, 'Saunders en J.B. Revisited. Wat doen met onder druk verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal?', TvS&C 2014, p. 144-147.

23 Het EHRM stelde in zijn algemeenheid reeds in de zaak John Murray dat het zwijgrecht als besloten in artikel 6 EVRM niet absoluut is, EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (John Murray).  
 24 EHRM 12 juli 201, EHRC, 2013, 219 (Allen). Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 en EHRM 16 juni 2015, V-N 2015, 38.5 (Van Weerelt). Zie HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:141, HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359.  
 25 EHRM 29 juni 2007, EHRC 2007, 104, (O'Halloran & Francis).  
 26 Zie voor een overzicht: L. Stevens, Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005; R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011.  
 27 Zie de in voetnoot 21 aangehaalde rechtspraak en HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3354, NJ 2016, 58.

een verdenking van het onrechtmatig plaatsen van malware voor reclamedoeleinden op computers. Het CBB achtte de uitgeoefende druk (aanzegging rapport niet medewerking) van doorslaggevend belang om te oordelen dat het vorderen van gegevens van een laptop in dat geval strijdig was met het nemo tenetur beginsel.<sup>28</sup> Het CBB staat daar weliswaar als hoogste Nederlandse rechter vooralsnog alleen in. Niettemin is het uiteraard zeer relevant vanuit de mededingingsrechtelijke context.

### Analyse in het mededingingsrecht: herijking nodig

Uit de beschreven rechtspraak van het EHRM volgt dat er meer in het vat zit in de mededingingsrechtelijke praktijk dan soms wel wordt beseft, althans in ieder geval door de ACM wordt erkend. Weliswaar loopt het nationale

## Het lijkt goed als de ACM (à la in het belastingrecht) onder omstandigheden een rechtsingang zou scheppen bij inlichtingen-/gegevensvorderingen.

zwijgrecht langs de lijn van het verhoor en biedt het om die reden zelden een schild tegen inlichtingen- of gegevensvorderingen, het in het EVRM besloten zwijgrecht en overkoepelende nemo tenetur beginsel kan daar onder omstandigheden weldegelijk tegen worden ingeroepen.<sup>29</sup>

Dat maakt dat het voor de ondernemingen/marktorganisaties, hun werknemers (en de mogelijk feitelijk leidinggevend) alsook voor hun gemachtigden opletten is geblazen. Het inzetten van het zwijgrecht of nemo tenetur beginsel waar dat kan, is in sommige gevallen wenselijk. Het is tegelijkertijd geen sinecure. Waar ten onrechte een beroep op dat recht/beginsel wordt gedaan, zal de aanzegging van een boeterapport voor het niet meewerken aanstonds kunnen volgen.

Een van de gezichtspunten om met die situatie verstandig om te gaan, is het zoveel als mogelijk tot klaarheid brengen of reeds een criminal charge bestaat. Aangezien dat begrip autonoom moet worden ingevuld en het ook nog eens niet bepalend is wat de ACM daar over zegt, maar veeleer of gelet op de objectieve omstandigheden zo'n charge aanwezig is, zal het zaak zijn indringend die omstandigheden te beoordelen. Als voorbeeld van zo'n omstandigheid kan op een mogelijk huiszoekingsbevel ex artikel 12d juncto 12c Instellingswet ACM worden gewezen. Zo dat bevel er is, zal het interessante informatie kunnen bevatten op basis waarvan soms geconstateerd kan worden dat reeds een criminal charge bestaat, dan wel kan het basis bieden aan

de betrokkene (of gemachtigde) nadere vragen te stellen.<sup>30</sup> Dat stellen van vragen, ook bij vorderingen ex artikel 5:16 en 5:17 Awb onderscheidenlijk ex artikel 6b Instellingswet ACM is sowieso aangewezen. Die vragen hebben te zien op het doel van het onderzoek (of waar aan de orde: toezicht), de achtergrond ervan, of reeds een vermoeden van overtreding bestaat e.d. Op die wijze kan een mogelijk al bestaande criminal charge in beeld worden gebracht en kan – als daarbij belang bestaat – het zwijgrecht of nemo tenetur beginsel in stelling worden gebracht.

Zelfs als een criminal charge (nog) niet aan de orde is, lijkt het dienstig bij vorderingen tot het verstrekken van inlichtingen of gegevens vragen te stellen over het gedwongen karakter van het aanleveren van de informatie/gegevens (is er een verplichting aan te leveren?) en de ACM te verzoeken te verzekeren dat dergelijk afgedwongen informatie niet voor een eventuele beboeting wordt benut. Wanneer de ACM dat toezegt is dat uiteraard mooi meegenomen. Doet zij dat niet, kan de stelling betrokken worden dat er onvoldoende waarborgen bestaan (à la in de zaak Martinnen) om het nemo tenetur beginsel te verzekeren, en kan – onder omstandigheden – een niet aanleveren van de informatie/gegevens zonder beboeting blijven. Hoe dan ook is het van belang de ACM erop te wijzen dat op voornoemde wijze afgedwongen wilsafhankelijke informatie (gelet op de Saunders uitspraak) niet tegen de mogelijk latere boeteling mag worden gebruikt en zodoende niet in een boeteonderzoek aan de stukken mag worden toegevoegd.

Een wezenlijk pijnpunt met de beschreven uitoefening van de verdedigingsrechten is uiteraard dat de ACM niet zonder meer mee zal gaan in het honoreren van de toepasselijke mensenrechten, waaronder het nemo tenetur beginsel. Zij zal al ras de kaart van het niet meewerken trekken om een boeterapport boven de markt te laten hangen. Soms wordt die kaart later in een onderzoek weer opgeborgen, soms wordt daadwerkelijk een boeteprocédure geëntameerd, en in andere gevallen – zoals in het eerdergenoemde natuur-azijnkartel geval – wordt de kaart verdisconteerd (in die situatie met 20% boeteverhoging). Dat is wat mij betreft onbevredigend nu de justitiabele in de fase van inlichtingen- en gegevensvorderingen (veelal de onderzoeksfase) behoefte zal hebben aan comfort. Het inroepen van het zwijgrecht/nemo tenetur beginsel als antwoord op een vordering ex artikel 5:16 of 5:17 Awb, dat gevolgd wordt door een boeteaanzegging van de ACM voor niet medewerking, is niet comfortabel. Zelfs niet waar de betrokkene het recht het volst aan de zijde heeft (hetgeen dan immers pas veel later wordt vastgesteld).

Met een vergelijkbare achtergrond is enkele jaren terug in het belastingrecht de rechtsfiguur van de informatie-

28 CBB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116, AB 2014, 313.

29 Zie ook de analyse van R. Stijnen, 'Saunders en J.B. Revisited. Wat doen met onder druk verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal?', *TvS&C* 2014, p. 144-154.

30 Zo is het bevel met redenen omkleed en bevat ingevolge artikel 12e, eerste lid sub c, Instellingswet ACM de wettelijke bepaling op basis waarvan en het doel waarmee wordt binnengetrokken.



beschikking geschapen (artikel 52a Algemene wet inzake rijksbelastingen, AWR). Die komt er – kort weergegeven – op neer dat de belastingdienst, waar zij van oordeel is dat de betrokkene niet op juiste wijze gevolg geeft aan een informatie- en gegevensvordering (ex art. 47 AWR), een informatiebeschikking kan uitvaardigen, die vatbaar is voor bezwaar en beroep. Op die wijze kan de betrokkene zijn bezwaren tegen het nakomen van de gestelde vorderingen in rechte laten beoordelen.

Dat systeem kan – buiten het belastingrecht - ook worden geschapen doordat het bestuursorgaan een beschikking uitvaardigt met daarin een inlichtingen- of gegevensvordering. Normaal gesproken is zo'n vordering – in de leer – een feitelijke handeling, maar het is niet uitgesloten dat het bestuursorgaan een met rechtsmiddelen omklede beschikking neemt.

Het lijkt goed als de mededingingswetgever, of in elk geval de ACM, zich zouden laten inspireren door de genoemde informatiebeschikking. Op die wijze zou aan de gerechtvaardigde wens van marktorganisaties en hun individuen tegemoet kunnen worden gekomen dat waar zij een fundamenteel recht als het zwijgrecht of nemo tenetur beginsel willen invoeren, zij niet 'beloond' worden met een boeteaanzegging, maar er een tijdig en deugdelijk debat kan worden gevoerd over de merites daarvan.

## Uitleiding

Het geschetste snijvlak en spanningsveld in het mededingingsrecht tussen inlichtingen- en gegevensverplichting enerzijds en het zwijgrecht en nemo tenetur beginsel anderzijds is typisch een geval van 'there is more to it than meets the eye'. Wie simpelweg het wettelijk stramien van artikel 5:16, 5:17 Awb en artikel 6b Instellingswet ACM afzet tegen artikel 5:10a Awb komt niet toe aan een schild tegen dergelijke vorderingen in de fase voorafgaand aan het door de ACM ingerichte verhoor. Wanneer daarbij evenwel de rechtspraak van het EHRM wordt betrokken, is de conclusie dat meer bescherming, en vaak ook al in een eerder stadium van de procedure, mogelijk is indien de betrokkene en gemachtigde daarop gespist zijn. Het lijkt mij daarbij wenselijk als de mededingingswetgever en de ACM zich de door het EVRM gevestigde bescherming aantrekken en komen tot een herijking die recht doet aan de waarborgen die uit het EVRM voortvloeien, bijvoorbeeld door inlichtingen- en gegevensvorderingen – onder omstandigheden – te voorzien van een rechtsingang.

### Over de auteur

Robbert de Bree is advocaat bij Wladimiroff Advocaten.