

Naleving van de Mededingingswet als onderdeel van corporate governance

Strengere handhaving Mededingingswet

De ontwikkeling naar een strengere handhaving van de Mededingingswet doet het belang van handelen in overeenstemming met het mededingingsrecht (*compliance*) voor ondernemingen sterk toenemen. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is op grond van de Mededingingswet bevoegd voor overtredingen van het kartelverbod een boete ter hoogte van 10% van de omzet van het concern waartoe de overtredende onderneming behoort, op te leggen. Van deze bevoegdheid maakt de NMa ook gebruik. Zo sanctioneerde zij in haar besluit van 21 april 2004 Gazelle met een boete die 10% van de omzet bedroeg (€ 12.898.000) en op 28 april 2004 Interpay (€ 30.183.000).¹ Daarnaast ligt op dit moment een wetsvoorstel tot aanpassing van de Mededingingswet voor, waarin wordt voorzien in een uitbreiding van de bevoegdheid van de NMa om ook leidinggevenden binnen een onderneming boetes tot € 450.000 op te kunnen leggen.² De leidende gedachte daarachter is logischerwijs dat sancties tegen individuen – naast sancties tegen de onderneming – een belangrijke additionele afschrikking kunnen vormen. Tot slot rust sinds 1 mei 2004 een zware eigen verantwoordelijkheid op ondernemingen voor het handelen conform de Mededingingswet. Vanaf die datum is het vragen van ontheffingen aan de NMa niet meer mogelijk.

De corporate governance code

Zoals bekend is de Nederlandse corporate governance code (de Code Tabaksblat) onder meer opgesteld naar aanleiding van een aantal geruchtmakende affaires rondom grote ondernemingen (denk aan Parmalat, ENRON, Ahold, enz.) ter bescherming van de belangen van aandeelhouders en derden bij het bestuur van (beursgenoteerde) ondernemingen. De Code Tabaksblat is er dan ook op gericht te voorzien in een goede manier om het toezicht op en de verantwoording van degenen die het beleid binnen de vennootschap bepalen, te regelen. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de persoonlijke betrokkenheid van de leden van de raad van bestuur van de onderneming bij de naleving van de jaarverslagegeving en de beursregels. Overigens geldt voor ondernemingen die tevens genoteerd staan op een beurs buiten Nederland daarnaast vanzelfsprekend andere regelgeving. Denk bijvoorbeeld aan de Sarbanes-Oxley Act in de Verenigde Staten.

1. Besluit d-g NMa van 21 april 2004, zaak 1615, Fietsfabrikanten en besluit d-g NMa van 28 april 2004, zaak 2910, Interpay.
2. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 2.

De Code Tabaksblat bepaalt in bepaling II.1 dat het bestuur verantwoordelijk is voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving.³ Het bestuur moet hierover rapporteren aan de raad van commissarissen en de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van commissarissen en zijn auditcommissie bespreken. Daarnaast stelt bepaling II.1.4 dat het bestuur in het jaarverslag verklaart dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen adequaat en effectief zijn en geeft het bestuur een duidelijke onderbouwing hiervan. Het bestuur rapporteert in het jaarverslag over de werking van het interne risicobeheersings- en controlesysteem in het boekjaar. Tot slot wordt in bepaling II.1.6 bepaald dat het bestuur ervoor zorg draagt dat werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben te rapporteren over vermeende onregelmatigheden van algemene, operationele en financiële aard binnen de vennootschap aan de voorzitter van het bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris.

In de huidige Code Tabaksblat wordt de verantwoordelijkheid voor de naleving van het mededingingsrecht niet uitdrukkelijk benoemd. In vervolg op de hiervoor geschetste ontwikkelingen pleit de Voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa, de heer Kalbfleisch, ervoor compliance met het mededingingsrecht op te nemen in de beginselen van corporate governance.⁴ Immers, als mededingingsrechtelijk misleunen geld en reputatie kost, gaat dat meteen ook direct ten laste van de aandeelhouders, de investeerders en de banken.⁵

Net zozeer als er regels bestaan voor andere aspecten van corporate governance zouden ook op het terrein van het mededingingsrecht regels kunnen worden opgesteld die aan de bescherming van aandeelhouders, handelspartners en consumenten in de Gemeenschap kunnen bijdragen, zo stelt ook Vogelaar:

‘Er zou een communautaire of nationale regel moeten komen die inhoudt dat het bestuur van een onderneming jaarlijks in het jaarverslag verklaart dat deze kartelvrij is. Handelen in strijd met een dergelijke verklaring levert valsheid in geschrifte op waarvoor een onderneming zich alleen kan disculperen door onwetendheid van hetgeen zich lager in de onderneming heeft afgespeeld, terwijl het afgeven van een dergelijke verklaring in strijd met de waarheid arbeidsrechtelijke consequenties zou hebben en tot disqualification orders zou kunnen leiden van overheidswegen jegens de desbetreffende bestuurders.’⁶

3. De Nederlandse corporate governance code, zoals gepubliceerd in de Staatscourant van 27 december 2004, nr. 250.
4. Speech P. Kalbfleisch Grotius Academie, ‘Integere regelgeving, integere handhaving’, 21 september 2005 (www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Publicaties/Lezingen_en_speeches).
5. F.O.W. Vogelaar, 2002: in mededingingsrechtelijk opzicht een veelbewogen jaar, M&M 2003, p. 1-3.
6. F.O.W. Vogelaar, Mededingingsclean gedrag als onderdeel van een goede Corporate Governance, M&M 2005, p. 113-115, herhaald door Kalbfleisch in zijn speech van 21 september 2005 (zie noot 4).

Aangezien het bestuur van een onderneming op grond van de Code Tabaksblat verantwoordelijk is voor de naleving van *alle* relevante wet- en regelgeving, zal onder die verplichting ook de naleving van de Mededingingswet vallen. Deze verantwoordelijkheid brengt mijns inziens mee dat het bestuur maatregelen moet nemen om overtredingen van de (mededingings)wetgeving te voorkomen.

Compliance als onderdeel van corporate governance

Voor het voorkomen van overtredingen in strijd met de Mededingingswet kan een zogenoemd compliance programma in werking worden gesteld. Een compliance programma dient ertoe de werknemers van een onderneming bewust te maken van de geldende mededingingsregels en hen bewust te maken van de reden waarom de mededingingsregels nageleefd moeten worden. Corporate governance is in de ogen van de NMa ook het implementeren van een compliance programma en het aanstellen van een compliance officer.⁷

Waar moet een compliance programma aan voldoen?

Zoals gezegd moet het resultaat van het instellen van een compliance programma zijn dat de werknemers van de betreffende onderneming zich bewust zijn van wat wel en wat niet mag op grond van de Mededingingswet. Een onderneming zal om die reden om een succesvol compliance programma neer te zetten werknemers een permanente educatie moeten bieden met betrekking tot de geldende regelgeving. Daarnaast is een doeltreffend systeem van checks en balances binnen de organisatie onmisbaar. Ook moet het compliance programma werknemers stimuleren een eventuele inbreuk op de mededingingsregelgeving te rapporteren aan derden en zou een onderdeel van het compliance programma moeten zijn dat wordt gebroken met handelspartners die zich schuldig hebben gemaakt aan een inbreuk op het mededingingsrecht.⁸

De voordelen van een effectief compliance programma spreken voor zich. Inbreuken kunnen worden voorkomen. Mocht er ondanks het compliance programma toch sprake zijn van een inbreuk, dan zorgt het compliance programma voor (een snelle) detectie van deze inbreuk. Nadat een inbreuk is geconstateerd, heeft een onderneming de mogelijkheid gebruik te maken van het clementieprogramma van de NMa, waardoor de onderneming in aanmerking kan komen voor immuniteit of een aanzienlijke boeteverlaging. Bovendien kan een snelle detectie tot snelle beëindiging van de inbreuk leiden. Dit is van belang aangezien de duur van de inbreuk een belangrijke factor is in de uiteindelijke boetetoemeting door de NMa. Tot slot kan, zo stelt de heer Kalbfleisch, 'zelfdetectie tot adequate compensatie van

gedupeerden aanleiding geven. Deze compensatie is een factor die ingeval van onderzoek en sanctionering door de NMa boeteverlagend kan werken.⁹

Ook het hanteren van een compliance programma kan op zichzelf door de NMa als boeteverlagend element worden aangemerkt. Hiervoor moet echter wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden. In het Mobile Operators-besluit overwoog de NMa:

'Het hanteren van een 'compliance programme' [kan] onder bijzondere omstandigheden (...) als boeteverlagend element worden aangemerkt. Het moet dan in ieder geval gaan om een onderneming met een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen. Daarnaast geldt met name dat er geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming bij de desbetreffende overtreding betrokken mogen zijn.'¹⁰

Het verdient overigens opmerking dat het wel instellen van een compliance programma maar daarmee in strijd handelen daarentegen door de Europese Commissie als *boeteverzwarende* omstandigheid is aangemerkt in haar British Sugar-beschikking.¹¹ De Europese Commissie besloot om die reden tot een forse verhoging van de op te leggen boetes.

De NMa heeft, tot slot, al een aantal malen ondernemingen en brancheverenigingen geadviseerd bij het opstellen van compliance programma's. Zo is de NMa in 2004 een onderzoek gestart in de verzekeringssector, omdat zij het vermoeden had dat de verzekeringsmaatschappijen onderling ongeoorloofde afspraken maakten over hun premies. De verzekeraars zijn inmiddels begonnen met de implementatie van een compliance programma. Dit compliance programma is ontworpen door de verzekeraars en het Verbond van Verzekeraars onder begeleiding van de NMa. De NMa heeft naar aanleiding van de totstandkoming van het compliance programma haar onderzoek afgebroken.¹²

7. Lezing R.P.J. Jansen, plaatsvervangend directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, 'Agendapunten van de NMa', 15 september 2004 (zie www.amilla.nl/docs/nmadocumenten/2004/2004-09-15_lezing_Jansen_agendapunten.htm).

8. Kalbfleisch, 21 september 2005.

9. Kalbfleisch, 21 september 2005.

10. Besluit d-g NMa van 30 december 2002, zaaknr. 2658-344, Mobile operators.

11. Beschikking van de Commissie van 14 oktober 1998, 1999/210/EG, Publicatieblad Nr. L 076 van 22 maart 1999, p. 1-6.

12. Speaking notes P. Kalbfleisch, 'Speaking notes on Netherlands experience with criminal law sanctions by Mr. Pieter Kalbfleisch', Conference on Remedies and Sanctions in Competition Policy, Amsterdam Center of Law and Economics, 18 februari 2005 (www.nmanet.nl/engels/home/news_and_publications/publications/criminallawsanctions.asp). Zie in dat kader ook 4268/TVPO (informele zienswijze gamalensector) van 30 maart 2005.

Vennootschap & Onderneming

Conclusie

Ook op het gebied van het mededingingsrecht bestaat er een zekere noodzaak tot het opstellen van regels die tegemoetkomen aan de bescherming van aandeelhouders, handelspartners en consumenten. De discussie hierover wordt op dit moment volop gevoerd. Mogelijk leidt die discussie uiteindelijk tot een formalisering van dergelijke regels. Los daarvan is het bestuur van een beursgenoteerde onderneming op basis van de huidige Code Tabaksblat verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, waaronder ook de Mededingingswet. Het handelen van werknemers conform de Mededingingswet kan in vergaande mate worden gewaarborgd door het instellen van een compliance programma. De voordelen van het hanteren van een compliance programma, mits goed geïmplementeerd, voor een onderneming kunnen aanzienlijk zijn, terwijl de risico's van het handelen in strijd met de Mededingingswet groot zijn. Het is in het belang van ondernemingen zich hiervan bewust te worden.

*Mr. N. Neij MA
Stibbe*