



Mededinging en compliance of: voorkomen is beter dan genezen

Mr. Pascal Broers

Overtreding van regelgeving kan ondernemingen en medewerkers van die ondernemingen duur komen te staan. Niet alleen omdat toezichthouders hoge boetes kunnen opleggen maar ook bijvoorbeeld vanwege reputatieschade. Daarom treffen veel ondernemingen voorzorgsmaatregelen. Een *compliance* programma is een instrument om overtreding binnen de onderneming te voorkomen. Dit artikel bespreekt kort nut en noodzaak van dergelijke programma's met het oog op het voldoen aan de mededingingsregelgeving.

Relevante mededingingsregelgeving
Het mededingingsrecht omvat onder meer het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.¹ Het kartelverbod betreft afspraken of onderling afgestemde gedragingen tussen ondernemingen² die als doel of als effect hebben de concurrentie te beperken. Voorbeelden van onder het kartelverbod vallende afspraken zijn prijsafspraken of marktverdelingsafspraken tussen concurrenten. Deze inbreuken worden ook wel "hard core" beperkingen genoemd.

Het kartelverbod is niet van toepassing als geprofitteerd kan worden van de zogeheten bagatelvrijstelling. Dat is het geval als bij de afspraak slechts een beperkt aantal ondernemingen zijn betrokken die onder bepaalde

omzetrempels blijven of als het gezamenlijke marktaandeel en de gezamenlijke omzet onder een bepaalde grens blijft.³

Daarnaast kan een afspraak worden vrijgesteld als aan vier cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, waardoor de mededingingsbeperkingen worden gecompenseerd door voordelen voor de afnemers⁴ of indien de afspraak voldoet aan een Europese groepsvrijstelling. Deze vrijstellingen gelden overigens vrijwel nooit voor 'hard core' beperkingen.

Het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie geldt voor ondernemingen die op een bepaalde markt een dominante positie hebben. Het hebben van een

- 1 Deze verboden zijn vastgelegd in de artikelen 6 Mededingingswet en 81 EG-Verdrag resp. artikel 24 Mededingingswet en artikel 82 EG-Verdrag.
- 2 Voor de invulling van het begrip onderneming wordt aangesloten bij de Europese jurisprudentie op grond van artikel 81 EG Verdrag. Blijkens HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96, Jur.1998 I-3851, Commissie/Italiaanse Republiek en HvJ EG23 apr 1991, zaak C-41/90, Jur. 1991, I-1979, Höffner valt onder het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd en ongeacht of er sprake is van een winstoogmerk.
- 3 Artikel 7, eerste en tweede lid Mededingingswet.
- 4 Artikel 6, derde lid Mededingingswet en artikel 81, derde lid EG-Verdrag.
De vier cumulatieve voorwaarden zijn:
 - a. Er is sprake van verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang;
 - b. Een billijk aandeel van de voordelen komt ten goede van de gebruikers;
 - c. De aan de betrokken ondernemingen opgelegde verplichtingen zijn onmisbaar voor het bereiken van de doelstellingen;
 - d. De mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld.

dominante positie is niet verboden, maar misbruik maken van die positie wel. De verboden gedragingen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het hanteren van onredelijk hoge prijzen, structurele vormen van prijsdiscriminatie en leveringsweigering of het uit de markt (pogen te) drukken van concurrenten.

Mogelijke gevolgen van overtreding van de mededingingsregelgeving

Overtreding van de mededingingswetgeving kan leiden tot ingrijpende gevolgen voor de onderneming. Bestuurders en medewerkers zijn zich daar niet altijd van bewust. Daarom is het goed eens stil te staan bij de risico's die een onderneming op dit punt kan lopen.

Allereerst bepaalt de wet dat afspraken die in strijd zijn met de mededingingsregels van rechtswege nietig zijn.⁵ Dat betekent dus dat geen nakoming kan worden gevorderd van de betrokken afspraken.

Daarnaast kan de onderneming onderworpen worden aan een onderzoek van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa).⁶ Nog los van de uitkomst van het onderzoek⁷ is dit doorgaans een forse belasting voor de onderneming en de betrokken medewerkers. Bedrijfsbezoeken van de NMa kunnen verschillende dagen duren en het bedrijfsproces kan daardoor flink worden verstoord. Verder kan het horen van medewerkers door de NMa veel tijd en

energie vergen. Indien de NMa een rapport opmaakt dan zal zij vervolgens vaststellen of een boete wordt opgelegd. Boetes die de NMa kan opleggen, bedragen maximaal € 450.000,- of 10% van de gedurende de periode van de inbreuk met de overtreding gemoeide omzet, indien dit meer is.^{8 9} De fase na het opmaken van het rapport, inclusief de tijd die beroep bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in beslag neemt, kan jaren duren. De kosten van juridische bijstand zijn aanzienlijk.

Naast de boete die aan de onderneming kan worden opgelegd, kunnen sinds de laatste wijziging van de Mededingingswet per 1 oktober 2007 ook natuurlijke personen, die feitelijk leiding hebben gegeven aan of opdracht hebben gegeven tot een onder de Mededingingswet verboden gedraging, worden beboet.¹⁰ Deze boete bedraagt maximaal € 450.000,-.¹¹ Wat betreft de invulling van de begrippen "feitelijk leidinggever" en "opdrachtgever" heeft de wetgever aangehaakt bij de op artikel 51 Wetboek van Strafrecht gebaseerde jurisprudentie, in het bijzonder de Slavenburg-jurisprudentie.¹² Hierin is bepaald dat iemand feitelijk leiding geeft aan een overtreding indien deze (i) maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (ii) bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die ge-

5 Artikel 6, tweede lid Mededingingswet.

6 Onderzoek kan ook plaatsvinden door de Europese Commissie. Vanwege de beperkte omvang van dit artikel zal ik mij beperken tot het bespreken van onderzoek door de NMa.

7 De NMa kan op basis van het onderzoek al dan niet het vermoeden van een overtreding vaststellen in een rapport op grond van artikel 59 Mededingingswet.

8 Artikel 57 Mededingingswet.

9 Zo legde de NMa in september 2008 boetes op tussen de € 600.000 en € 4 miljoen aan thuiszorginstellingen in Kennemerland en 't Gooi. De Europese Commissie legde bijvoorbeeld in november 2008 boetes op van € 1,3 miljard aan producenten van autoruiten wegens marktverdeling en in oktober 2008 boetes van € 676 miljoen aan producenten van paraffine wegens prijsafspraken en marktverdeling.

10 Artikel 59, tweede lid onder d. Mededingingswet.

11 Artikel 57 Mededingingswet.

12 HR 19 november 1985, NJ 1986, 125 en Rb. Rotterdam 18 april 1986, NJ 1986,666.

draging opzettelijk bevordert. De NMa heeft tot op heden nog geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid om natuurlijke personen op deze grond te beboeten. Derhalve is binnen het kader van het mededingingsrecht nog geen jurisprudentie hierover voorhanden.

Naast de genoemde boetes kan overtreding van de mededingingsregelgeving reputatieschade voor de onderneming of voor de gehele betrokken branche tot gevolg hebben. Opgelegde boetes worden immers vaak breed uitgemeten in de media en dat kan afbreuk doen aan de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de betrokken ondernemingen.

Ook kunnen er consequenties zijn voor de ondernemingen die de mededingingsregels hebben overtreden in het kader van de aanbestedingsregelgeving. Op grond van artikel 45 lid 3 onder d van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) kan een ondernemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan van deelneming aan een aanbesteding worden uitgesloten. Het opgelegd hebben gekregen door de NMa van een boete of last onder dwangsom in de zin van artikel 56 lid 1 Mededingingswet kan worden aangemerkt als het hebben begaan van een ernstige fout in de beroepsuitoefening.¹³

Tot slot kunnen afnemers die schade hebben geleden als gevolg van de verboden gedragingen door middel van het aanspannen van een civiele procedure trachten hun schade te verhalen. Hoewel tot op heden van deze mogelijkheid nog

niet veel gebruik is gemaakt, is de verwachting dat dit in de toekomst vaker zal gaan gebeuren.¹⁴

Compliance op maat

De geschetste risico's die overtreding van de mededingingsregelgeving met zich mee kan brengen geven voldoende reden voor ondernemingen om preventieve maatregelen te treffen. In diverse sectoren van de Nederlandse economie hebben *compliance* programma's met het oog op de naleving van onder meer de mededingingsregelgeving dan ook een hoge vlucht genomen.¹⁵ Het doel van een *compliance* programma is dat bestuurders en medewerkers zich bewust worden van de regelgeving, ernaar handelen en aldus de hiervoor bedoelde schade voorkomen voor zichzelf én voor de werkgever. Hoewel de kosten voor een solide *compliance* traject ook fors kunnen zijn, zullen de kosten bij een mededingingsrechtelijk onderzoek doorgaans een veelvoud daarvan bedragen.

De NMa stimuleert daar waar mogelijk het invoeren van *compliance* programma's. De NMa ziet de programma's als een belangrijk middel niet alleen om overtredingen van de Mededingingswet te voorkomen, maar ook om een bijdrage te leveren aan een cultuuromslag die naar haar oordeel in sommige sectoren nodig is. In branches waar "het mededingingsbewust zijn" zich niet op een adequaat niveau bevindt, en aldus de gehele sector te maken kan krijgen met reputatieschade, is het raadzaam om de *compliance* programma's sectorbreed in te voeren, waarbij de brancheorganisatie een belangrijke initiërende en faciliterende rol kan

¹³ Vgl. toelichting op de artikelen 45 en 46 Bao. Aanbestedende diensten van het Rijk hebben deze uitsluitingsmogelijkheid op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren (Stcrt. 2004, nr. 40, p. 15). Andere aanbestedende diensten kunnen deze beleidsregels van toepassing verklaren of zelf beleidsregels opstellen.

¹⁴ De Commissie voert actief beleid om het verkrijgen van schadevergoeding voor consumenten en ondernemingen die het slachtoffer zijn van overtredingen van de mededingingsregelgeving binnen de EU te bevorderen, zie 'Witboek van de Commissie over schadevergoedingsacties wegens schending van de concurrentieregels.' Dit beleid werd bij besluit van 26 maart 2009 door het Europees Parlement ondersteund.

¹⁵ Voorbeelden van branches waarbinnen *compliance* programma's zijn ingevoerd betreffen: de bank-, bierbrouwerij-, bouw-, energie-, uitgevers-, makelaars-, pensioenfondsen-, smeermiddel-, verzekerings- en zorgsector (w.o. apothekers).

vervullen.¹⁶ Ervan uitgaande dat men serieus werk maakt van de naleving en dat dus geen sprake is van *window dressing*, zal dit ertoe kunnen leiden dat de controle intensiteit van de NMa vervolgens naar beneden wordt bijgesteld. Dat in een branche ernst wordt gemaakt met de naleving van mededingingsregelgeving zou kunnen blijken uit het feit dat het invoeren van een *compliance* programma is opgenomen in een certificeringsregeling of als lidmaatschaps-eis van de branchevereniging wordt gesteld.

Een *compliance* programma kan op uiteenlopende manieren worden vormgegeven. Het behoeft geen betoog dat een kleine zorgaanbieder andere voorzorgsmaatregelen zal willen invoeren dan een beursgenoteerde multinational.

Hieronder volgt een opsomming van mogelijke onderdelen van een *compliance* programma:

Laten uitvoeren van een interne audit

Door middel van het doorlichten van de onderneming kunnen risico's worden geïnventariseerd en (evidente) overtredingen van de mededingingsregelgeving aan het licht worden gebracht en worden beëindigd. Met het beëindigen van overtredingen wordt de periode waarover een boete kan worden opgelegd bekort en omdat de onderneming de overtrekking op eigen initiatief beëindigt zal een mogelijke boete lager kunnen uitvallen. Afhankelijk van de uitkomsten van de interne audit kan worden besloten of het indienen van een clementieverzoek bij de NMa opportuun is.

Interne compliancetraining

Door het geven van periodieke trainingen van het hoger kader van de onderneming kan kennis

van de regelgeving en de belangrijkste *do's en don't's* worden vergroot en de kans op inbreuken worden verminderd. Medewerkers zullen aldus ook meer oog krijgen voor mogelijke mededingingsrechtelijke overtredingen door andere ondernemingen, bijvoorbeeld door concurrenten of door ondernemingen waarvan producten of diensten worden afgenomen. In voorkomend geval kan overwogen worden de NMa van de vermoede overtreding in kennis te stellen door middel van een (desgewenst anonieme) tip of klacht.

Invoeren van een bedrijfscode

Het vaststellen van een interne bedrijfscode waarin is vastgelegd hoe medewerkers zich dienen te gedragen in relatie tot de Mededingingswet kan een bijdrage leveren aan het bewustzijn van de medewerkers.

Laten ondertekenen van een verklaring bedrijfscode

Om het naleven van de bedrijfscode te bevorderen, kan ervoor worden gekozen om medewerkers een verklaring te laten ondertekenen waarmee zij zich expliciet verbinden aan de bedrijfscode. In deze verklaring zijn sancties opgenomen voor het geval een medewerker zich niet aan de bedrijfscode houdt.

Aanwijzen van een compliance officer

Door het aanstellen van een verantwoordelijke voor het compliance beleid binnen de onderneming kan het risico op inbreuken verder worden verkleind. Bij de compliance officer kunnen (mogelijke) overtredingen worden gemeld en indien gewenst kan hij fungeren als interne vraagbaak wat betreft de toepassing van de mededingingsregelgeving.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld de rol bij de totstandkoming van *compliance* programma's van Bouwend Nederland in de bouwsector en het Verbond van Verzekeraars in de verzekeringssector.

's en
breuken
aldus
de-
ndere
rren-
ducten
omend
n de
n door
tip of

ode
ich
en aan

om
der-
nden
zijn

de

rdelijke
nder-
der
icer
len
eren als
sing van

sector en

Conclusie

Om risico's op schade door inbreuken op de mededingingsregelgeving voor de onderneming te vermijden en te voorkomen dat personen binnen de onderneming worden beboet omdat deze worden aangemerkt als feitelijk leidinggever of opdrachtgever van een onder de Mededingingswet verboden gedraging, is het voor ondernemingen verstandig om voorzorgsmaatregelen te treffen. Een adequaat *compliance* programma kan daarbij een belangrijke rol spelen. Maasdam Mededingingsadvocaten heeft ruime ervaring op dit terrein en is u graag behulpzaam bij het opzetten van een op uw sector en uw onderneming toegespitst *compliance* programma.