

Jutd 2011/19 Na de NMa en AFM ook boete feitelijk leidinggevers door OPTA. De trend is gezet?

Jutd 2011/19 Na de NMa en AFM ook boete feitelijk leidinggevers door OPTA. De trend is gezet?

Jutd 2011/19 d.d. 27-10-2011

Auteur(s): mw. mr. N.J. Linssen, Bird & Bird LLP, Den Haag.

Inleiding

Dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) boetes aan feitelijk leidinggevers kan opleggen en ook heeft gedaan, is niet nieuw. In de Wegener-zaak werden boetes opgelegd aan vier commissarissen en een bestuurder voor feitelijk leidinggeven aan overtreding van een voorschrift verbonden aan de concentratie tussen Wegener en VNU Dagbladen¹. In de Limburgse bouwbedrijven-zaak heeft de NMa de bestuurders van de betrokken ondernemingen een boete opgelegd voor feitelijk leidinggeven aan een overtreding van het kartelverbod². Eind 2010 heeft ook de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor het eerst een boete aan een feitelijk leidinggever opgelegd³. Die boete werd opgelegd aan een bestuurder voor overtreding van de Colportagewet. Nu is ook de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) gevolgd. Is de trend gezet? En wat is de lijn van die trend en is er wel een lijn?

Dit artikel beschrijft eerst het besluit van OPTA waarin feitelijk leidinggevers beboet worden voor overtreding van de Telecommunicatiewet (Tw)⁴. De bevoegdheidsgrondslag voor het opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers wordt daarna besproken. Vervolgens wordt ingegaan op het begrip feitelijk leidinggever in het bestuursrecht. Daarna wordt stilgestaan bij de gevolgen van een boete voor de feitelijk leidinggever en diens rechtsbescherming. Daarbij komt ook een mogelijk verhaalsrecht van de feitelijk leidinggever aan de orde.

Boete feitelijk leidinggevers OPTA

Voor overtreding van de Tw kan OPTA op grond van artikel 15.4, lid 2, Tw een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000,- of 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland. Dit jaar heeft OPTA voor het eerst een boete aan feitelijk leidinggevers opgelegd.

Voordat op dit besluit wordt ingegaan, merk ik op dat OPTA al eerder boetes aan natuurlijke personen heeft opgelegd. De betreffende personen waren eigenaar van ondernemingen die het spamverbod van artikel 11.7 Tw hadden overtreden⁵. In die besluiten besteedt OPTA geen aandacht aan het ouderschap, met uitzondering van het besluit waarin OPTA Digital Magazines beboet voor overtreding van het spamverbod⁶. Onder verwijzing naar het IJzerdraadarrest⁷ en het Slavenburgarrest⁸ merkt OPTA de aandeelhouder en bestuurder van Digital Magazines aan als functioneel dader. Dit begrip ziet op de toerekening van een overtreding aan een ander dan degene die de overtreding in fysieke zin pleegt. In dit geval dus de bestuurder van de onderneming. Voorwaarde is dat de fysieke handelingen in de machtssfeer van de functionele dader liggen en hij die handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Dat laatste wordt in beginsel aangenomen wanneer de functioneel dader tekortgeschoten is in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Hoewel dat wel uit de in het besluit omschreven gedragingen van de bestuurder zou kunnen worden afgeleid, merkt OPTA hem niet aan als feitelijk leidinggever maar als functioneel dader. Of dit relevant is, is de vraag. Feitelijk leidinggeven is immers te beschouwen als een afgeleide van functioneel ouderschap.

Boete eigenaar en werknemer Sell-it

In het boetebesluit in de Sell-it zaak beboet OPTA wel uitdrukkelijk feitelijk leidinggevers. Aan zowel de commanditaire vennootschap Sell-it als aan twee feitelijk leidinggevers legt OPTA een boete op voor overtreding van de telemarketingregels, eveneens neergelegd in

artikel 11.7 Tw. Die regels beschermen, kort gezegd, abonnees⁹ tegen ongevraagde telemarketinggesprekken. De overtreding bestond daarin dat de door Sell-it ingeschakelde callcenters abonnees telefonisch benaderden hoewel zij zich via het Bel-Me-Niet-Register (BMNR) hadden afgemeld. De opname van abonnees in dit register impliceert een wettelijk verbod om deze abonnees te bellen voor telefonische verkoop. Verder werd in strijd met artikel 11.7 Tw het recht van verzet niet geboden. Dit recht biedt de abonnee de mogelijkheid om tijdens het telemarketinggesprek aan te geven dat hij niet meer door die onderneming gebeld wil worden.

OPTA stelt eerst vast dat Sell-it, als opdrachtgever van de door de callcenters gevoerde telemarketinggesprekken, artikel 11.7 Tw heeft overtreden. Vervolgens gaat OPTA in op de feitelijk leidinggevers. De een staat in het handelsregister geregistreerd als de volledig gevolmachtigde van Sell-it. De ander staat bij het BMNR ingeschreven als contactpersoon en tekenbevoegde. Hoewel dat niet met zoveel woorden uit het besluit volgt, lijkt deze laatste persoon een 'gewone' werknemer te zijn.

Het besluit geeft een uitgebreide beschrijving van de feiten en gedragingen om tot de conclusie te komen dat beide personen feitelijk leiding gaven aan de verboden gedragingen. Daartoe neemt OPTA onder meer het volgende in aanmerking: de verantwoordelijkheid voor de communicatie met de callcenters, het verzorgen van trainingen en trainingsmaterialen aan de callcenters, de afhandeling van de middelen de telemarketinggesprekken gedane verkopen, de levering van de belbestanden aan de callcenters, de registratie bij het BMNR (waarmee de mogelijkheid tot het schonen van die bestanden met abonnees die zich hadden afgemeld is gegeven), het up-loaden van belbestanden naar het BMNR, het hebben van inzicht in de door de callcenters gevoerde telemarketinggesprekken, het regelmatig meeluisteren met de gesprekken die de callcenters voerden en het uitoefenen van toezicht op de uitvoering van de werkzaamheden door de callcenters. Gezien deze omstandigheden hadden de betreffende personen volgens OPTA op de hoogte moeten zijn van de begane overtredingen. Zij waren bevoegd en redelijkerwijs gehouden tegen de verboden gedragingen op te treden of deze te voorkomen, aldus OPTA. Ook hadden zij bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. OPTA concludeert dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtredingen van de Tw door Sell-it.

Voor wat betreft de mate van verwijtbaarheid neemt OPTA in aanmerking dat de betreffende personen zelf eerder op grote schaal een callcenter hadden. Zij konden dus volgens OPTA voldoende op de hoogte zijn van de wetgeving omtrent het BMNR. Ook speelt een rol dat zij de enige werkzame personen binnen Sell-it waren. Om die reden waren zij volgens OPTA niet alleen op de hoogte van het begaan van de overtreding, maar hebben zij de gedragingen die tot de overtredingen hebben geleid ook daadwerkelijk verricht. OPTA legt een boete op van € 15.000,- waarvoor Sell-it en de twee leidinggevers hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Bevoegdheidsgrondslag bestuurlijke boete feitelijk leidinggever

Het opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers was vooral het domein van het strafrecht. Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 juli 2009, beschikken echter ook toezichthouders over de bevoegdheid om naast de onderneming een boete op te leggen aan feitelijk leidinggevers¹⁰.

De grondslag voor het opleggen van een boete aan feitelijk leidinggevers is gelegen in artikel 5:1, lid 3, Awb. In het boetebesluit Sell-it verwijst OPTA ook naar deze bepaling. Dit artikellid zegt dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en verklaart vervolgens artikel 51, lid 3, Sr van overeenkomstige toepassing. Dit laatste leidt tot een verruiming van degenen die voor een overtreding aansprakelijk kunnen worden gesteld. Als een rechtspersoon een overtreding heeft gepleegd, dan wordt onder overtreder mede verstaan: degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven. Voorwaarde voor beboeting van een feitelijk leidinggever is dus dat de onderneming de wet heeft overtreden. De onderneming is dus de normadressaat. De toezichthouder moet dus eerst vaststellen

dat de rechtspersoon een wettelijk voorschrift heeft overtreden. Vervolgens moet worden vastgesteld dat de natuurlijke persoon daadwerkelijk feitelijk leiding gaf aan die overtreding. Deze twee stappen heeft OPTA in het boetebesluit Sell-it gezet.

In de boetebeleidsregels geeft OPTA invulling aan de bevoegdheid om op grond van artikel 15.4 Tw boetes op te leggen¹¹. Opmerkelijk is dat OPTA daarin geen aandacht besteedt aan het opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers. Dit in tegenstelling tot de NMa die dat wel doet, zij het summier¹².

Wie zijn feitelijk leidinggevers?

Voor de vaststelling of iemand feitelijk leiding heeft gegeven aan een verboden gedraging, wordt gekeken naar zijn bevoegdheden en zijn bewustheid. Dit volgt uit de zogenaamde Slavenburg-criteria¹³ die inhouden dat van feitelijk leidinggeven sprake is, indien 1) de verdachte maatregelen ter voorkoming van die gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en 2) hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert. In het boetebesluit in de Sell-it zaak sluit OPTA aan bij deze criteria uit het strafrecht.

Het gaat dus niet om degene die de feitelijke leiding geeft aan een persoon die een overtreding begaat, maar om degene die feitelijk leiding geeft aan de verboden gedraging. Of de overtreder een leidinggevende functie heeft of bestuurder is lijkt dus niet relevant. Zo volgt uit het strafrecht dat het enkele feit dat een verdachte als bestuurder van een onderneming geregistreerd staat, nog niet betekent dat de eisen voor feitelijk leiding geven zijn vervuld¹⁴.

De toets of een persoon aan te merken is als feitelijk leidinggever, is zeer feitelijk. Dat blijkt ook wel uit het boetebesluit van OPTA in de Sell-it zaak waarin vrij uitgebreid op de gedragingen van de personen wordt ingegaan. In deze zaak ging het vooral om het handelen en nalaten van de (kennelijk gewone) werknemer. Dat handelen en nalaten wordt de eigenaar van Sell-it blijkbaar toegerekend. Zo merkt OPTA op (dat verklaard is) '*dat alhoewel [persoon A] uit hoofde van diens functie binnen Sell-it primair verantwoordelijk was voor het aankopen, toeleveren en ontdebelen van de te gebruiken belbestanden, [persoon B] daarvoor ook (eind-)verantwoordelijkheid droeg als formeel gevolmachtigde van Sell-it*'¹⁵.

Bestuurders en commissarissen zijn dus niet per se opdrachtgever of feitelijk leidinggever. Omgekeerd kan een 'gewone' werknemer feitelijk leidinggever zijn. Dit laatste kan ook uit de consultatietekst van de Ontwerp Richtsnoeren Clementie van de NMa worden afgeleid. Een feitelijk leidinggever kan feitelijk leidinggeven aan de handeling van een ondergeschikte, maar ook feitelijk leidinggeven aan zijn eigen kartelgedraging, aldus de NMa. Het begrip 'feitelijk leidinggevende' kan volgens de NMa mensen omvatten op allerlei hiërarchische niveaus binnen een onderneming¹⁶.

Rechtspraak bestuursrechter

Met uitzondering van het boetebesluit in de AFM-zaak heeft de bestuursrechter zich nog niet uitgelaten over de beboeting van feitelijk leidinggevers door een toezichthouder. De uitspraak in de AFM-zaak is gedaan in het kader van een voorlopige voorziening om publicatie van het boetebesluit te voorkomen. In dit geval was de feitelijk leidinggever statutair bestuurder van de onderneming, CFO en verantwoordelijk voor onder meer 'concern compliance'. Meest relevant lijkt echter te zijn dat de feitelijk leidinggever niet heeft ingegrepen nadat de AFM hem tijdens een gesprek had gewaarschuwd voor mogelijke overtreding van de Colportagewet. Helaas besteedt de voorzieningenrechter nauwelijks aandacht aan het begrip feitelijk leidinggever. De voorzieningenrechter is het eens met de AFM dat de onderneming de Colportagewet heeft overtreden en dat de feitelijk leidinggever van die overtreding een verwijt kan worden gemaakt¹⁷.

Gevolgen en bescherming feitelijk leidinggever

De gevolgen voor de kwalificatie van een natuurlijk persoon als feitelijk leidinggever kunnen aanzienlijk zijn. De feitelijk leidinggever loopt allereerst het risico een hoge boete te moeten betalen. De vraag rijst of een 'gewone' werknemer zich kan beroepen op arbeidsrechtelijke bescherming. De werknemer zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de werkgever de aan hem opgelegde boete moet vergoeden¹⁸. Wanneer aansluiting wordt gezocht met verkeersboetes heeft de Hoge Raad bepaald dat boek 7 Burgerlijk Wetboek in principe geen verhaalsrecht biedt, omdat deze boetes niet onder de (risico)aansprakelijkheid van de werkgever vallen¹⁹. Desondanks kunnen de omstandigheden van het geval toch tot de conclusie leiden dat de werkgever gehouden is de boete voor zijn rekening te nemen. Een dergelijke omstandigheid is bijvoorbeeld aanwezig wanneer de werkgever de overtreding heeft bevorderd²⁰. Het aannemen van een verhaalsrecht voor een feitelijk leidinggever beboet door een toezichthouder, lijkt verdedigbaar wanneer de werkgever daadwerkelijk profijt heeft genoten van de verboden gedraging, of opdracht heeft gegeven dan wel de werknemer heeft aangezet (bijvoorbeeld door het stellen van een bepaalde target of beloningssysteem) tot de verboden gedraging²¹. De vraag is uiteraard wel wat er nog over blijft van het met de boeteplegging aan feitelijk leidinggevers beoogde doel (van generale en speciale preventie) wanneer de onderneming de boete van de feitelijk leidinggever betaalt.

De feitelijk leidinggever kan echter niet alleen een (aanzienlijke) bestuurlijke boete opgelegd krijgen, hij kan ook in civiele procedures worden betrokken. Indien een toezichthouder zowel aan een onderneming als aan een feitelijk leidinggever een boete heeft opgelegd, dan staat een derde die stelt schade te hebben geleden als gevolg van die overtreding in beginsel niets in de weg om (ook) de feitelijk leidinggever op vergoeding van de vermeende schade aan te spreken. Ook kan de naam van de feitelijk leidinggever worden aangetast waardoor het moeilijker kan zijn bepaalde functies te bekleden. Arbeidsrechtelijke consequenties zoals ontslag zijn evenmin uitgesloten.

Naast de gevolgen vereist ook de bescherming van de rechten van de feitelijk leidinggever, meer in het bijzonder de fundamentele rechten zoals de onschuldpresumptie en het *nemo tenetur*-beginsel, specifieke aandacht. Hoe worden deze rechten gewaarborgd indien het (boete)onderzoek in eerste instantie op de onderneming is gericht? En wat als een toezichthouder informatie verkregen in het kader van een boeteonderzoek aan een andere toezichthouder verstrekt die deze informatie wenst te gebruiken in een onderzoek naar een feitelijk leidinggever? Omzeiling van de fundamentele rechten en de bescherming die voor de feitelijk leidinggever voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet hoe dan ook worden voorkomen. Voor de uitwisseling van informatie tussen toezichthouders geldt natuurlijk dat daarvoor tenminste een wettelijke grondslag is vereist.

Slotsom

De trend om feitelijk leidinggevers een bestuurlijke boete op te leggen voor overtreding van een wettelijk voorschrift gericht tot een onderneming, lijkt te zijn gezet. Die trend mist echter een duidelijke lijn. Zo is niet duidelijk of en in welke omstandigheden toezichthouders een 'gewone' werknemer als feitelijk leidinggever zullen aanmerken. Nu het gaat om degene die feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de onderneming, lijken vooral afdelingshoofden en andere managers binnen een onderneming het risico te lopen om als feitelijk leidinggever te worden aangemerkt. Zeker is dit echter niet. Daarbij komt nog eens dat toezichthouders over behoorlijke beleidsvrijheid beschikken zodat het beleid per toezichthouder kan verschillen. De rechtszekerheid vereist echter duidelijkheid, zowel wat betreft het begrip 'feitelijk leidinggever' als wat betreft de (rechts)bescherming van een (potentiële) feitelijk leidinggever. Het samengaan van de drie toezichthouders OPTA, NMa en de Consumentenautoriteit in de nieuwe 'supertoezichthouder' Autoriteit Consument en Markt biedt hiervoor kansen. Wellicht dat de rechtspraak deze nieuwe toezichthouder tegen die tijd richting kan geven.

NMa-besluiten d.d. 14 juli 2010, zaak 1528.

NOOT [2 \[terug\]](#)

NMa-besluiten d.d. 29 oktober 2010, zaak 6494.

NOOT [3 \[terug\]](#)

AFM-besluit d.d. 30 december 2010.

NOOT [4 \[terug\]](#)

OPTA-besluit d.d. 30 juni 2011, zaak 11.0089.37

NOOT [5 \[terug\]](#)

Zie bijvoorbeeld de OPTA besluiten d.d. 8 juli 2010 en 1 april 2011.

NOOT [6 \[terug\]](#)

OPTA-besluit d.d. 19 april 2011, zaak 11.0041.37/11.0042.37.

NOOT [7 \[terug\]](#)

HR 23 februari 1954, NJ 1954/378.

NOOT [8 \[terug\]](#)

HR 16 december 1986, NJ 1987/321.

NOOT [9 \[terug\]](#)

Artikel 1.1, onder p, Tw definieert abonnee als 'natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten'.

NOOT [10 \[terug\]](#)

De NMa resp. de AFM en de Consumentenautoriteit hadden deze bevoegdheid al op grond van de Mw resp. de Wet handhaving consumentenbescherming. Ook was de mogelijkheid om een feitelijk leidinggevende te sanctioneren al in de bestuursrechtelijke jurisprudentie aanvaard (Vz ARRS, 24 februari 1984, AB 184/480 en Booy Clean ABRS 22 maart 1995, AB 1995/538).

NOOT [11 \[terug\]](#)

Staatscourant 2010, nr. 5163, 2 april 2010.

NOOT [12 \[terug\]](#)

Staatscourant 2009, nr. 14079, 22 september 2009.

NOOT [13 \[terug\]](#)

Zie noot 8.

NOOT [14 \[terug\]](#)

HR 24 augustus 2004, LJN AP1508.

NOOT [15 \[terug\]](#)

Zie randnummer 98 noot 4.

NOOT [16 \[terug\]](#)

Consultatietekst Ontwerp Richtsnoeren 2007, www.nmanet.nl. Ook de AFM besteedt aandacht aan het begrip feitelijk leidinggeven, zie www.afm.nl onder 'veelgestelde vragen'.

NOOT [17 \[terug\]](#)

Rechtbank Rotterdam, 15 februari 2011, LJN BP5303.

NOOT [18 \[terug\]](#)

Artikel 6:170, lid 3, 6:658 en 6:661 stellen de werkgever aansprakelijk voor schade aan een

derde, aan de werknemer zelf of aan de werkgever, tenzij de werkgever kan aantonen dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.

NOOT [19](#) [\[terug\]](#)

HR 13 juni 2008, JAR 2008/185.

NOOT [20](#) [\[terug\]](#)

Zie ook HR 9 november 2007, JAR 2007/305 met betrekking tot verwijtbaarheid werkgever en aansprakelijkheid.

NOOT [21](#) [\[terug\]](#)

Met dank aan mijn collega mw. mr. R. el Johari, advocaat Bird&Bird LLP, voor deze arbeidsrechtelijke beschouwingen.