

Het beboeten van feitelijk leidinggevers in het mededingingsrecht

mr. dr. J.J.M. Sluijs en mr. P.J.H.M. van Osch*

Trefwoorden: kartelverbod, boetes, feitelijk leidinggever

De Autoriteit Consument & Markt kan boetes opleggen aan ondernemingen die in strijd handelen met het kartelverbod. Ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers kunnen beboet worden. Per 1 juli 2016 wordt de maximumboete voor natuurlijk personen verhoogd tot 900.000 euro. Dit artikel geeft een overzicht van de achtergrond en toepassing van het beboeten van feitelijk leidinggevers in het Nederlandse mededingingsrecht. Specifieke aandacht gaat daarbij uit naar de voorwaarden en grondslag voor beboeting en de berekening van de hoogte in de praktijk van de ACM.

Inleiding

De Afdeling advisering van de Raad van State constateerde in 2015 dat de wetgever steeds vaker ervoor kiest een wet te handhaven via het instrument van de bestuurlijke boete in plaats van het strafrecht. Bestuurlijke boetes worden allang niet meer alleen gebruikt voor lichte, veelvoorkomende overtredingen, maar steeds vaker ook voor zware en complexe inbreuken op het recht. Ook worden vaker hoge boetes opgelegd bij relatief lichte overtredingen.¹

In deze bijdrage gaan wij in op de mogelijkheden van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om personen in privé te beboeten en wat dit betekent voor werknemers van ondernemingen die in strijd handelen met het kartelverbod.

Grondslag van persoonlijke boetes in het mededingingsrecht

De ACM kan voor overtredingen van de Mededingingswet significante boetes opleggen aan ondernemingen. Vaak betreft dit overtredingen van het kartelverbod neergelegd in art. 6 Mw. De onderneming als entiteit kan zelf echter geen overtreding begaan. Dit doen de personen die namens haar in het rechtsverkeer optreden. Om de effectiviteit van het mededingingstoezicht te waarborgen is in 2007 de mogelijkheid geïntroduceerd ook natuurlijke personen boetes op te leggen.

Deze bevoegdheid is neergelegd in art. 56 Mw. Art. 5:1 lid 3 Algemene wet bestuursrecht is van toepassing op bestuurlijke boetes die op grond van dit artikel worden opgelegd en verklaart art. 51 lid 2 en 3 Wetboek van strafrecht van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de in de Mededingingswet voorziene straffen en maatregelen naast aan de onderneming zelf ook kunnen worden opgelegd aan de persoon die de opdracht heeft gegeven tot of feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding.

De ACM heeft beleidsvrijheid om ervoor te kiezen aan wie zij een boete oplegt. Dit kan aan de onderneming alleen zijn, of (mede) aan een of meerdere personen die betrokken zijn geweest bij de overtreding. Een natuurlijk persoon kan echter alleen overtreder zijn indien de onderneming dat ook is.

* Jan-Koen Sluijs en Pieter van Osch zijn beiden advocaat bij FLORET te Den Haag.

¹ Afdeling advisering Raad van State, Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht (juli 2015), *Stcrt.* 2015, nr. 30280.

De verwijzing naar het strafrecht betekent overigens niet dat overtredingen van de Mededingingswet een strafrechtelijk karakter hebben. Hoewel in het verleden regelmatig gediscussieerd is over de strafbaarstelling van mededingingsovertredingen, zijn de sancties voorzien in de Mededingingswet bestuursrechtelijk van aard. Met

uitzondering van enkele lidstaten, weerspiegelt dit ook de situatie in de Europese Unie, inclusief het beleid van de Europese Commissie.

Welke personen kunnen worden beboet?

De categorie personen die beboet kan worden, valt uiteen in twee groepen: 'opdrachtgevers' en 'feitelijk leidinggevers'. Wat betreft opdrachtgevers kunnen we kort zijn. Dit zijn de personen die binnen de onderneming daadwerkelijk de instructie hebben verstrekt om de overtreding te plegen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het hoofd verkoop een van zijn teamleden de opdracht geeft om bij een brancheverenigingsoverleg een marktverdelingsafpraak te maken met een concurrent. Het hoofd verkoop is dan zonder twijfel aan te merken als opdrachtgever.

De vraag wanneer sprake is van feitelijk leidinggeven is veel minder eenvoudig te beantwoorden en vergt een beoordeling naar in het strafrecht² ontwikkelde criteria. Voordat aan een medewerker van de gesanctioneerde onderneming een boete kan worden opgelegd, moet voldaan zijn aan de volgende twee cumulatieve voorwaarden:

- (i) de persoon heeft de bevoegdheid maatregelen ter voorkoming van de overtreding te nemen en is hiertoe redelijkerwijs gehouden, maar laat dit achterwege (het *beschikkingscriterium*); en
- (ii) de persoon aanvaardt daarmee bewust de aanmerkelijke kans dat de verboden gedraging zich zal voordoen, en bevordert deze daarmee (het *aanvaardingscriterium*).

Het beschikkingscriterium betekent dat het in de praktijk gaat om die persoon of personen die daadwerkelijk zeggenschap hebben gehad over de gedraging die tot de overtreding van het kartelverbod heeft geleid. Alleen zij hadden namelijk de bevoegdheid om maatregelen ter voorkoming van de overtreding te nemen. Dit betekent uitdrukkelijk niet dat alleen functionarissen in de top van de onderneming, zoals leden van de raad van bestuur, risico lopen. Gedacht moet ook worden aan bijvoorbeeld hoofden van afdelingen zoals in- en verkoop, waarin gesprekken over concurrentieel gevoelige thema's aan de orde van de dag zijn. Het feit dat er hogere of meer verantwoordelijke leidinggevers binnen de onderneming zijn, betekent niet dat een lager geplaatste persoon niet als feitelijk leidinggever aangemerkt kan worden. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verboden gedraging kan bovendien op meerdere personen tegelijkertijd rusten.

Het aanvaardingscriterium wordt in de praktijk breed geïnterpreteerd. Het enkele feit dat een persoon bekend was met de verboden gedraging kan al aanvaarding daarvan opleveren. Dit geldt ook voor het negeren van signalen dat binnen de organisatie sprake zou kunnen zijn van een overtreding. Opzet of verwijtbaarheid is geen bestanddeel van de omschrijving van het kartelverbod in art. 6 Mw. Dit betekent dat het bewust aanvaarden van het feit dat bepaalde gedragingen plaatsvinden al voldoende kan zijn. Het is niet nodig dat de persoon daarmee het doel heeft het kartelverbod te overtreden. Van risicoaansprakelijkheid op grond van het enkele feit dat de persoon een bepaalde functie bekleedt, is echter geen sprake. Essentieel is dat de functionaris ten minste kennis moet hebben gehad van gedragingen die mogelijk in strijd zijn met het kartelverbod.

Afhankelijk van de omstandigheden, loopt binnen een onderneming een relatief grote groep werknemers en functionarissen het risico bij een overtreding ook individueel beboet te worden. Kan een werknemer zich indekken tegen dit risico? Het verzekeren van het risico op dergelijke boetes zal in de praktijk niet gemakkelijk blijken. Met name geldt dit voor 'hard core' kartelinbreuken, zoals schadelijke prijs- en marktverdelingsafspraken, omdat de betrokken personen geacht worden te weten dat deze afspraken in strijd zijn met de wet. Gelet op de afschrikwekkende werking die van kartelboetes dient uit te gaan, stellen verzekeraars zich dan ook op het standpunt dat het in strijd met de wet of goede zeden in de zin van art. 3:40 BW is om dit risico door verzekering af te dekken. Ondernemingen zouden er ook voor kunnen kiezen hun werknemers te vrijwaren voor persoonlijke boetes. Over de toelaatbaarheid hiervan valt te twisten. Feit is dat de ACM in het verleden vrijwaring heeft aangemerkt als reden om de boete die aan de onderneming wordt opgelegd, te verhogen.³

Anderzijds bieden verzekeraars wel bestuursaansprakelijkheidsverzekeringen aan. Opzet en frauduleus handelen zijn van verzekering uitgesloten. Feitelijk leidinggevers kunnen op grond van het mededingingsrecht echter al beboet worden zonder dat er sprake

² Hoge Raad van 16 december 1986, NJ 1987, 321 en 322 (*Slavenburg II*).

³ Zie het besluit van de (toen nog) NMa van 30 december 2011 (*LHV*).

is van opzet. Wij menen dat in een situatie waar civielrechtelijk geen sprake is geweest van opzet, het mogelijk zou moeten zijn om bestuursrechtelijke boetes aan feitelijk leidinggevers te verzekeren.

Hoogte en berekening van de boete

Aan opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden kan met ingang van 1 juli 2016⁴ een boete worden opgelegd van maximaal € 900.000. Voor die tijd bedroeg de maximale boete aan feitelijk leidinggevers € 450.000. Verder geldt per 1 juli 2016 dat deze maximale boete met 100% wordt verhoogd in geval van recidive binnen vijf jaar. Het nieuwe maximum geldt alleen voor overtredingen die na de inwerkingtreding van de wetswijziging plaatsvinden, dus na 1 juli 2016.

De forse verhoging van de maximale boetes voor feitelijk leidinggevers is ingegeven door het uitgangspunt dat het toezicht van de ACM effectief moet zijn. Een belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht is dat er een preventieve afschrikwekkende werking van uitgaat.

De preventieve afschrikwekkende werking wordt bepaald door twee factoren: de pakkans en de zwaarte van de sanctie. De pakkans wordt weer bepaald door de effectiviteit van de opsporing en de kans op sanctionering van overtredingen. De zwaarte van de sanctie wordt vooral bepaald door het instrumentarium dat de ACM ter beschikking staat. Een sanctie moet voldoende zwaar zijn om afschrikwekkend te kunnen zijn en naleving van de wettelijke voorschriften te stimuleren.

De verdubbeling van het absolute boetemaximum van € 450.000 tot € 900.000 is meer dan een achterstallige inflatiecorrectie op grond waarvan (volgens onderzoek) het boetemaximum inmiddels zo'n € 620.000 had moeten bedragen. De verdubbeling brengt het sanctie-instrumentarium van de ACM vooral meer in lijn met de boetes die De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) sinds 2009 maximaal kunnen opleggen.

Het boetemaximum zegt nog niets over hoe de ACM de hoogte van een op te leggen boete vaststelt. Binnen het boetemaximum moet de ACM de boete afstemmen op de ernst, de mate van verwijtbaarheid én op de omstandigheden van de overtreder. Voor het beoordelen van deze factoren baseert de ACM zich op zogenoemde boetebeleidsregels. Voor het 'feitelijk leidinggeven' aan een kartelovertreiding tot 1 augustus 2014 werd de boetegrondslag nog vastgesteld binnen een bandbreedte van € 50.000 tot € 400.000. Voor kartelovertreidingen vanaf 1 augustus 2014 is deze bandbreedte voor de boetegrondslag losgelaten.

In de oude boetebeleidsregels (toen nog 'richtsnoeren' die tot 1 augustus 2014 geldig waren) werd vermeld dat de ACM de boetegrondslag relateerde aan 'de ernst van de overtreiding en het inkomen en vermogen van de overtreder, teneinde tot een bestuurlijke boete te komen die uit het oogpunt van zowel algemene als specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is.' Het tweede deel van deze formulering maakt het (naar onze mening) duidelijk dat de ACM bij het vaststellen van de boete rekening hield met de *draagkracht* van de beboete persoon. Nu in de boetebeleidsregels (geldend voor overtredingen vanaf 1 augustus 2014) deze formulering niet meer is terug te vinden, rijst de vraag in welk stadium van de procedure *draagkracht* nu precies een rol speelt bij het beboeten van feitelijk leidinggevers en hoe draagkracht moet worden beoordeeld.

Wat is draagkracht en in welk stadium van een procedure wordt het beoordeeld?

Het is een beginsel van behoorlijk bestuur dat het opleggen van een bestuurlijke boete niet tot evidente onbillijkheden mag leiden. Zo mag een boete van de ACM er niet causaal toe leiden dat de feitelijk leidinggever failliet gaat. De ACM zal de hoogte van een op te leggen boete dus op een of andere wijze moeten kunnen verantwoorden. In de oude boeterichtsnoeren gaf de ACM (toen nog NMa) slechts één rekenvoorbeeld voor het vaststellen van een boete. Dit voorbeeld luidde:

'De heer X is bestuurder van onderneming A, welke samen met onderneming B en C een afspraak heeft gemaakt strekkende tot marktverdeling en prijsafstemming ten aanzien van product Y. Gebleken is dat bestuurder X een actieve rol heeft gespeeld bij de totstandkoming

⁴ Nieuwe artikel 12n Instellingswet ACM. De wetswijziging is begin januari 2016 in het Staatsblad gepubliceerd (*Stb.* 2016, 22) en zal derhalve in de 'halfjaarlijkse inwerkingtreding-rondes' 1 juli 2016 van kracht worden.

van de 'hardcore' afspraak en in de heimelijke voortzetting ervan gedurende meerdere jaren. Zijn belastbaar inkomen over het jaar voorafgaande aan de boetebeschikking bedraagt € 100.000 en hij beschikt over een vermogen van € 500.000. Een boetegrondslag van € 300.000 kan tegemoet komen aan de eis van afschrikwekkende werking, rekening houdende met de zwaarte van de overtreding en de inkomens- en vermogenspositie van de bestuurder. Nu de overtreding gedurende meerdere jaren heeft geduurd, stelt de Raad de basisboete vast op € 350.000. Er zijn geen boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden die de Raad ertoe aanleiding geven de basisboete bij te stellen. Aldus stelt de Raad de hoogte van de boete vast op € 350.000.'

Wat wordt de praktijkjurist wijzer van dit voorbeeld? Gesteld dat het vermogen liquide kan worden gemaakt, zou je er misschien uit kunnen afleiden dat de ACM van mening is dat een boete iets meer dan de helft mag zijn van het belastbaar inkomen en vermogen in het jaar voorgaande aan het boetebesluit.

De ACM hult zich in haar besluiten spijtig genoeg in nevelen als het aan komt op het bepalen van de draagkracht van natuurlijke personen. Aan ondernemingen geeft de ACM meer 'guidance'. Voor ondernemingen beoordeelt de ACM in beginsel de liquiditeit van de overtreder nadat de boete in de cijfers van de onderneming is verwerkt en er rekening is gehouden met een eventuele betalingsregeling. Wanneer die liquiditeit groter is dan 1 wordt de draagkracht voldoende geacht. De gedachte is dat de ter beschikking staande vlottende activa voldoende moeten zijn om de kortlopende schulden te dekken. Een soortgelijke concrete 'guidance' voor het berekenen van de draagkracht van natuurlijke personen ontbreekt helaas.

Wat is het relevante ijkmoment voor het bepalen van de draagkracht? Uit recente rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat wanneer een bestuursorgaan een bestuurlijk boete oplegt, hij bij het bepalen van de draagkracht van de overtreder acht moet slaan op de financiële positie ten tijde van het besluit tot het opleggen van de boete.⁵ Men zou nu kunnen betogen dat wanneer ten tijde van het besluit de boete niet zonder betalingsregeling kan worden voldaan (zonder negatieve liquiditeit), de boete op dat moment ook niet te dragen is. Het mee laten wegen van een betalingsregeling – waarover de algemene opvatting lijkt te zijn dat deze niet langer dan 10 jaar mag duren – werkt in zekere zin boeteverhogend.

Uit de 'ex nunc'-benadering van de Hoge Raad volgt ook dat de ACM zich niet kan baseren op de financiële positie van de overtreder in het jaar voorafgaand aan het besluit, zoals zij dat in het recente verleden nog deed. Ook volgt uit de 'ex nunc'-benadering dat de draagkracht in principe opnieuw zou moeten worden beoordeeld bij het invorderen van de boete. Met het in werking treden van de Instellingswet ACM schort het instellen van bezwaar en beroep de betalingsverplichting niet langer op. Op grond van art. 12p Instellingswet ACM wordt de betalingsverplichting bij het indienen van bezwaar standaard opgeschort met 24 weken te rekenen na de dag waarop het boetebesluit is bekendgemaakt, of – als dat eerder is – de dag na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar. In de praktijk zal dit betekenen dat het beoordelen van draagkracht bij het invorderen van persoonlijke boetes geen grote rol meer zal gaan spelen.

Draagkracht als hardheidsverweer

Als gezegd dient de ACM in eerste instantie een draagbare boete op te leggen. De ACM maakt bij de berekening gebruik van gegevens van de Belastingdienst, maar de overtreder zelf kan aanvullende stukken aandragen om die draagkracht te beoordelen. Wanneer blijkt dat een feitelijk leidinggevende eigenaar is van een groot huis en dito pakket aan aandelen, wil dit niet onmiddellijk zeggen dat hij ook een groot vermogen heeft. Op het huis kan een hypotheek rusten en het kan 'onder water' blijken te staan. Geen ideaal verhaalsobject. Hetzelfde geldt wanneer de aandelen worden gehouden in een besloten vennootschap, misschien wel het eigen bedrijf van de feitelijk leidinggevende. Dit zijn relevante factoren die de ACM moet meewegen bij het opleggen van een bestuurlijke boete aan een natuurlijk persoon. Nu een beroep op geringe draagkracht wordt opgevat als een hardheidsverweer, zal degene die zich erop beroept, moeten bewijzen en/of onderbouwen dat hij over geringe draagkracht beschikt.

⁵ Hoge Raad van 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, r.o. 3.4.2.

Clementie

Ondernemingen die betrokken zijn bij een overtreding van het kartelverbod kunnen dit opbiechten bij de ACM. In ruil daarvoor krijgen deze ondernemingen boete-immuniteit (volledige kwijtschelding van de boete) of een boetereductie indien de ACM aan het einde van het onderzoek een boete oplegt. Ook natuurlijke personen kunnen een clementieverzoek indienen. Om voor boete-immuniteit in aanmerking te komen zal de onderneming of natuurlijk persoon, kort gezegd, zich als eerste bij de ACM moeten melden met informatie over een kartel waarnaar nog geen onderzoek is gestart. Deze informatie moet dusdanig concreet zijn dat deze de ACM in staat stelt hierop een 'gerichte inspectie uit te voeren' (d.w.z. bedrijfsbezoek). Het feit dat immuniteit al is vergeven betekent niet dat andere partijen geen beroep kunnen doen op de clementieregeling. Partijen die zich later melden, kunnen nog steeds in aanmerking komen voor een boetereductie tot 50%, afhankelijk van de plaats in de 'rij' en de toegevoegde waarde die de verstrekte informatie voor het inmiddels lopende onderzoek heeft.

Bij het indienen van zijn clementieverzoek kan de natuurlijk persoon verzoeken als medeclementieverzoeker van de onderneming te worden aangemerkt. Dit is ook mogelijk voor oud-werknemers. De natuurlijk persoon lift zo mee op het clementieverzoek van de onderneming. Andersom kan dit niet, nu een natuurlijk persoon uitsluitend voor zichzelf een clementieverzoek kan indienen.⁶ De natuurlijk persoon kan ook een clementieverzoek indienen zonder dat hier een voorgaand of parallel verzoek van de onderneming aan ten grondslag ligt. In de praktijk kan dit leiden tot complexe situaties, bijvoorbeeld wanneer de medewerker het te heet onder de voeten wordt en op eigen initiatief clementie aanvraagt, zonder de werkgever hiervan op de hoogte te stellen. De werkgever ziet zich dan geconfronteerd met een onderzoek waarin boete-immuniteit reeds vergeven is.

Toepassing in de praktijk

De ACM heeft tot nu toe spaarzaam gebruikgemaakt van de mogelijkheid persoonlijke boetes op te leggen.⁷

Een recente zaak waarin vrijwel al wat zojuist besproken is aan de orde kwam was het *natuurazijnkartel*.⁸ De ACM legde in haar besluit boetes op aan twee producenten van natuurazijn en een vijftal medewerkers van beide ondernemingen. Onderneming A diende een clementieverzoek in en ontving boete-immuniteit. Hetzelfde gold voor twee van haar werknemers en een oud-werknemer die ook 'gedekt' werden door het clementieverzoek van onderneming A. Zij ontliepen boetes variërend van 22.500 tot 135.000 euro. Twee werknemers van onderneming B kregen boetes van 16.000, respectievelijk 54.000 euro.

De besluiten die de ACM heeft genomen inzake de vijf leidinggevers geven een goed beeld van de manier waarop de autoriteit in de praktijk het opleggen van persoonlijke boetes toepast. Binnen onderneming A namen personen A, B en C deel aan het kartel. A was bestuurder van de onderneming. Hij had volgens de ACM bij uitstek een hiërarchische positie om de kartelafspraken te voorkomen of beëindigen. Hij wist ervan, maar greep niet in. B was eindverantwoordelijk voor de verkoop van natuurazijn en persoonlijk betrokken bij de afstemming en contacten met de concurrent. C was de verkoopmedewerker die onder leiding van B uitvoering gaf aan de verboden afspraak. Volgens de ACM had C een zekere autonomie omdat hij naast het uitvoeren van de instructies van B, deels op eigen initiatief handelde. Hij had namelijk ook contact met de concurrent zonder dit met B te overleggen. Ook hij had dus, net als A en B, de mogelijkheid om de overtreding te stoppen, maar had dit niet gedaan. Binnen onderneming B gold een vergelijkbare aansturingsstructuur, maar heeft de ACM kennelijk niet doorgestoten naar het bestuur van de onderneming.

⁶ Art. 10(b) Beleidsregel clementie.

⁷ Besluiten van 29 oktober 2010 in zaken 6494-1 en 6836-1 (*Limburgse Bouwzaken*), besluit van 5 maart 2013 in zaken 7130 en 7131 (*Taxivervoerders*) en besluit van 7 november 2013 in zaak 7244 (*Leesmappen*). In een aantal andere zaken zijn wel boetes opgelegd aan natuurlijke personen als eigenaar of deelnemer aan de overtreding van het kartelverbod. Na indiening van de kopij van dit artikel publiceerde de ACM op 23 maart 2016 haar boetebesluiten in zaken 13.0698.31, 15.0710.31, 15.0327.31 en 15.0328.31 (*koel- en vrieshuizen*). De ACM legde in haar besluiten aan vijf feitelijk leidinggevendenden boetes op, waarvan de hoogste 144.000 euro bedroeg. FLORET staat een van de partijen bij in deze procedure.

⁸ Boetebesluiten van 25 juli 2015 in zaak 14.0705.27 (*Natuurazijn*).

Conclusie

De beschikkingspraktijk van de ACM laat zien dat binnen een onderneming meerdere personen tegelijkertijd als feitelijk leidinggever aangemerkt kunnen worden. Deze leidinggevers kunnen zich op diverse niveaus van de onderneming bevinden. Waar het bij bestuurders dan gaat om kennis en nalaten van handelen betreft, gaat hij bij de lagere in rang vaak om directe betrokkenheid.

Gezien het feit dat de ACM beleidsvrijheid heeft, is op voorhand niet goed te voorspellen in welke gevallen wel en in welke gevallen geen gebruik zal worden gemaakt van dit instrument. Enige houvast biedt dat kennis van verboden gedragingen minstens vereist is voor beboetbaarheid en dat in de meeste gevallen directe betrokkenheid bij de overtreding is vast gesteld.

Persoonlijke boetes zijn geen wassen neus. Wij verwachten dat de ACM meer gebruik zal maken van het instrument, gelet op de uitdrukkelijke wens van de wetgever om de preventieve afschrikwekkende werking van boetes te vergroten. ■