



Artikelen

Feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven: in of uit het mededingingsrecht?

mr. G.J.K. Elsen

Een van de wijzigingen van de op 1 oktober jl. in werking getreden gewijzigde Mededingingswet ('Mw') is de mogelijkheid feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers persoonlijk voor overtredingen van de Mededingingswet te kunnen beboeten. Deze beboeting is in art. 56 en 75a Mw mogelijk gemaakt door expliciet te verwijzen naar art. 51 Wetboek van Strafrecht ('Sr'). In dit artikel is de reikwijdte van deze beboetingsmogelijkheid besproken. Daarbij komen diverse voor de praktijk relevante vragen aan de orde. Wie kan als feitelijk leidinggever of opdrachtgever worden aangemerkt? Kan een rechtspersoon ook feitelijk leidinggever/opdrachtgever zijn? Kan de kring van feitelijk leidinggevers door een taakverdeling binnen de raad van bestuur worden beperkt? Geldt het zwijgrecht van art. 53 Mw ook voor de feitelijk leidinggever/opdrachtgever? Regardeert het (nieuwe) toezeggingsbesluit van art. 49a Mw de feitelijk leidinggever/opdrachtgever, en kan zo iemand ook beboet worden voor een overtreding van een toezeggingsbesluit?

Ter afsluiting zijn enkele opmerkingen gemaakt over een aantal mogelijke ontwikkelingen. Het artikel begint met een beschrijving van de manier waarop de wetgever de beboeting mogelijk heeft gemaakt. Daarbij is ook ingegaan op de wijze waarop deze figuur in de vierde tranche Awb is geregeld. De relevantie hiervan is erin gelegen, dat de nu voorliggende wetgeving in het kader van de vierde tranche Awb bij inwerkingtreding tot gevolg lijkt te hebben, dat de

figuur van feitelijk leidinggever en opdrachtgever – in ieder geval vooralsnog – uit de Mededingingswet verdwijnt.

Wijzigingen Mededingingswet en art. 51 Sr

Het gewijzigde lid 4 van art. 56 Mw luidt:

'Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.'

Het nieuwe art. 75a Mw luidt:¹

*'Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing op overtredingen als bedoeld in de artikelen 69, 70a, 70b en 71 tot en met 75. (...).'*²

1 Het nieuwe art. 75a was nog niet opgenomen in het oorspronkelijke wetsvoorstel. Bij de tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 11*) is art. 75a opgenomen. De toelichting bij dit wijzigingsvoorstel luidt als volgt: *'De wijziging opgenomen in dit onderdeel strekt ertoe om in lijn met het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Mededingingswet (Kamerstukken II, 2003/04, 29 272, nr. 1, blz. 25) de opdrachtgever of de feitelijk leidinggevende ook te kunnen bestraffen in geval er sprake is van overtreding van de medewerkings- en inlichtingenbepalingen van de wet. Deze wijziging is eerder abusievelijk niet voor alle medewerkings- en inlichtingenbepalingen in het wetsvoorstel aangebracht.'*

2 Art. 69 betreft de overtreding van de medewerkingsplicht (toezicht, onderzoek en EG-inspecties), waaronder ook de medewerking aan het nieuwe art. 59a, lid 3 betreffende het – alvorens een boete op te leggen – mogen inzien van de boekhouding van de onderneming of de ondernemersvereniging *'teneinde de voor de oplegging van de boete in aanmerking te nemen financiële gegevens te kunnen bepalen.'* Art. 70a betreft overtreding van verplichtingen inzake financiële transparantie. Art. 70b betreft overtreding van het (nieuwe) verbod op het verbreken, opheffen of beschadigen van een verzegeling, of het op andere wijze verijdelen van de door de verzegeling bedoelde afsluiting. Art. 71 t/m 75 betreffen overtredingen in het kader van concentratietoezicht.

Gert-Jan Elsen is advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen N.V. te Rotterdam.

Art. 51 Sr luidt:

1. *Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.*
2. *Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:*
 1. *tegen die rechtspersoon, dan wel*
 2. *tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
 3. *tegen de onder 1 en 2 genoemden tezamen.*
3. *Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.'*

Bestuurlijke boete: hoogte en rechtsvergelijking

De maximaal aan een feitelijk leidinggever of opdrachtgever op te leggen boete bedraagt € 450.000.³ Over de hoogte van deze boete is in de memorie van toelichting het volgende overwogen:

*'Evenals bij de bepaling van de hoogte van de boete aan een onderneming zal ook bij het opleggen van sancties aan opdrachtgevers danwel feitelijk leidinggevers in elk geval rekening worden gehouden met de ernst en de duur van de door de onderneming begane overtreding, alsmede met de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. De uitwerking hiervan zal nader worden ingevuld in de boete-richtsnoeren. Er is aldus een balans nagestreefd tussen enerzijds voldoende afschrikkende werking en anderzijds een redelijk plafond.'*⁴

Lidstaat	Sanctie leidinggevers	Op grond van
België	n.v.t.	
Cyprus	boete zonder maximum	art. 32 the protection of competition law of 1999
Denemarken	boete zonder maximum	art. 23 Competition Act
Duitsland	- max. € 1 000 000 - max. € 1 840 651 voor bid rigging	art. 81(2) GWB § 298 StGB
EC	n.v.t.	
Estland	30 tot 500 keer het dagsalaris	art. 3 Penal Code
Finland	n.v.t.	
Frankrijk	max. € 75 000	art. L 420-6 Code de Commerce
Hongarije	n.v.t.	
Ierland	max. € 4 000 000	Section 8(6) Competition Act 2002
Italië	n.v.t.	
Letland	5 – 10% van de omzet	art. 12 Competition Law
Litouwen	n.v.t.	
Luxemburg	n.v.t.	
Malta	1 – 10% van de omzet	art. 21 Competition Act
Nederland	n.v.t.	
Oostenrijk	n.v.t.	
Polen	n.v.t.	
Portugal	n.v.t.	
Slovenië	SIT 1 000 000 – 3 000 000	art. 52/53 Prevention of the Restriction of Competition Act
Slowakije	n.v.t.	
Spanje	max. € 30 051	art. 10(3) Ley de la Defensa de la Competencia
Tsjechië	n.v.t.	
VK	- boete zonder maximum - max. 15 jaar disqualification bestuurder	Section 190 Enterprise Act 2002 Section 204 Competition Act
Zweden	n.v.t.	

Ter vergelijking: in de Wet op de economische delicten (Wed) zijn de zwaarste delicten gesanctioneerd met gevangenisstraf van 6 jaren, taakstraf en/of geldboete van € 67.000, welke geldboete voor natuurlijke personen verhoogd kan worden tot € 670.000 indien de waarde van de goederen waarmee of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economische delict zijn verkregen hoger is dan het vierde gedeelte van de 'normale' geldboete.⁵ Daarenboven is het bijvoorbeeld mogelijk wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen en iemand te ontzetten van zijn recht een bepaald beroep uit te oefenen.⁶

Zo gezien is de in de Mededingingswet neergelegde sanctie minder zwaar dan het strafrechtelijk sanctiearsenaal. Ter nadere vergelijking is hieronder een overzicht van landen opgenomen waar al dan niet de mogelijkheid bestaat van sancties aan leidinggevers voor overtredingen van het mededingingsrecht.⁷

Wetsvoorstel Vierde tranche Awb⁸

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Mededingingswetgever bij de regeling van boetes aan leidinggevers en opdrachtgevers heeft willen aansluiten bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb. In de memorie van toelichting is hierover ondermeer te lezen:

*'Bij de voorgestelde regeling van boetes aan leidinggevers wordt aangesloten bij het wetsvoorstel houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (vierde tranche Awb), waarin de bestuurlijke boete wordt geregeld. Artikel 5.0.1 van dit wetsvoorstel biedt de mogelijkheid tot het opleggen van boetes aan opdrachtgevers danwel feitelijk leidinggevers.'*⁹

en

*'Door de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is een en ander nu geregeld op dezelfde wijze als in het voorgenomen 5.0.1 van de Awb (vierde tranche).'*¹⁰

Het voorgestelde art. 5.0.1, lid 3 luidde oorspronkelijk:

'Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.'

Het is naar dat voorstel dat in de parlementaire geschiedenis bij de Mededingingswet verwezen wordt. Bij de derde

3 Art. 57, lid 1 en 75a Mw.

4 *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 9.*

5 Art. 6, lid 1 aanhef en onder a, en laatste volzin Wed.

6 Art. 8 aanhef en onder a Wed jo. artikel 36e Sr en art. 7 Wed.

7 *Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 10, pag. 5.*

8 Dit wetsvoorstel ligt nu ter behandeling bij de Eerste Kamer.

9 *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, pag. 8-9.*

10 *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, pag. 23.*

11 *Kamerstukken II 2006/07, 29 702, nr. 13.*

nota van wijziging van de vierde tranche Awb¹¹ is het voorgestelde art. 5.0.1, lid 3 echter gewijzigd. Het luidt nu als volgt:

‘Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.’

Een formulering die overeenkomt met het eerste lid van art. 51 Sr. Met die wijziging is (de rest van) art. 51 Sr feitelijk uit de vierde tranche geschrapt. Meer in het bijzonder is met deze wijziging ook de verwijzing naar de in het tweede lid van art. 51 Sr geregelde figuur van opdrachtgever en feitelijk leidinggever uit de vierde tranche gehaald. Of het moet zo zijn dat die figuren onder de begrippen ‘natuurlijke personen en rechtspersonen’ gebracht zouden kunnen worden. In de parlementaire geschiedenis is voor die redenering echter geen enkel aanknopingspunt te vinden. Uit de toelichting bij de betreffende wijziging van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb blijkt overigens evenmin of dit de bedoeling is geweest.¹²

Aanpassingswet Vierde tranche Awb

Was het daarbij gebleven, dan was er – voor de Mededingingswet – nog niet zo veel aan de hand geweest. De verwijzing naar art. 51 Sr staat per 1 oktober 2007 immers in de Mededingingswet zelf. Maar tot wanneer?

Op 24 augustus jl. is een wetsvoorstel tot aanpassing van bijzondere wetten aan de vierde tranche van de Awb aan de Tweede Kamer aangeboden (hierna ook: ‘de Aanpassingswet’).¹³ In deze ‘veegwet’ zijn tal van bijzondere wetten aangepast. Ook de Mededingingswet. De navolgende wijzigingen zijn voor het bestek van dit artikel relevant.

Art. 5.0.1 Awb wordt niet gewijzigd. De schrapping van de verwijzing naar art. 51 Sr blijft dus gehandhaafd. Nieuw is dat de verwijzing naar art. 51 Sr ook in art. 56 Mw zal worden geschrapt.¹⁴ Dit artikel komt als volgt te luiden:

‘In geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de raad de overtreder:

- a. een bestuurlijke boete opleggen;*
- b. een last onder dwangsom opleggen.’*

Ook het eerste lid van art. 57 Mw wordt gewijzigd. De per 1 oktober jl geldende bepaling:

‘(...) Indien op grond van artikel 56, vierde lid toepassing is gegeven aan artikel 51, tweede lid, onder 2 van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt de boete ten hoogste € 450.000,-.’

zal vervangen worden door:

‘(...) Indien op grond van artikel 5.0.1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht toepassing is gegeven aan artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt voor de daar bedoelde over-

treder de bestuurlijke boete ten hoogste € 450.000,-.’

Art. 75a Mededingingswet zal op een vergelijkbare wijze gewijzigd worden:

‘(...) Indien op grond van artikel 5.0.1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht bij overtredingen als bedoeld in de artikelen 69, 70a, 70b en 71 tot en met 75 toepassing is gegeven aan artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt voor de daar bedoelde overtreder de bestuurlijke boete ten hoogste € 450.000,-.’

Daarmee is de verwarring compleet. Consequentie van deze wijzigingen is, dat in de Mededingingswet nog slechts deels, en dan ook alleen via de band van art. 5.0.1 Awb naar art. 51 Sr wordt verwezen. Dit terwijl art. 51 Sr nu juist volledig uit de vierde tranche Awb wordt geschrapt. De beoogde verwijzing in de Mededingingswet naar art. 5.0.1 Awb is daarmee zinledig.

Wat wil de wetgever?

De bedoeling van de ‘Mededingingswet-wetgever’ lijkt duidelijk: een feitelijk leidinggever en een opdrachtgever moet beboet kunnen worden voor alle overtredingen van materiele en formele bepalingen in de Mededingingswet. Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting:

‘Deze mogelijkheid van het opleggen van een boete aan degene die tot overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, beoogt bestuurders, managers en andere werknemers van bedrijven ervan te weerhouden om de materiële en formele bepalingen in de Mededingingswet te overtreden. (...) Sancties tegen individuen kunnen – naast sancties tegen de organisaties – een belangrijke, additionele afschrikking vormen.’¹⁵

¹² Deze wijziging is een reactie op het amendement van de leden Wolfsen en Teeven (Kamerstukken II 2006/07, 29 702, nr. 13) waarin is voorgesteld aan art. 5.0.1, lid 3 de navolgende volzin toe te voegen: ‘Onder rechtspersonen als bedoeld in dat artikel worden tevens de rechtspersonen begrepen als bedoeld in artikel 1, eerste en tweede lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij bij wet anders is bepaald.’ Dit amendement heeft als achtergrond de in het strafrecht spelende immuniteitsvraag voor overheden. In reactie op dit amendement heeft de regering zelf een wijzigingsvoorstel gedaan. In de toelichting daarbij is expliciet opgemerkt dat het begrip rechtspersonen ook publiekrechtelijke rechtspersonen omvat, maar is de ‘Pikmeerdiscussie’ ontlopen.

¹³ Aanpassing van bijzondere wetten aan de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet vierde tranche Awb), Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 2.

¹⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 8.

¹⁵ ‘Bij de voorstellen voor aanpassing van de Mededingingswet is uitgegaan van de tekst zoals die zal gaan luiden in het wetsvoorstel tot Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Kamerstukken I 2006/07, 30 071, A) tot wet is verheven en in werking is getreden.’ (Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 56).

De bedoeling van de 'Awb-wetgever' is minder duidelijk.¹⁶ Het volledig uit de vierde tranche schrappen van de mogelijkheid om een feitelijk leidinggever en een opdrachtgever te kunnen beboeten lijkt een omissie te zijn. Het heeft er alle schijn van dat die consequentie bij de betreffende wijziging van de vierde tranche niet voorzien is en dat bij het opstellen van het wetsvoorstel van de Aanpassingswet over het hoofd is gezien dat er op het allerlaatste moment nog een wijziging van art. 5.0.1 heeft plaatsgevonden waarbij art. 51 Sr is geschrapt. Tekenend in dit verband is dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van de Aanpassingswet nog wel expliciet gerept wordt over de verwijzing in art. 5.0.1 Awb naar art. 51 Sr:

*'In artikel 5.0.1, derde lid, wordt artikel 51 Wetboek van Strafrecht (...) van overeenkomstige toepassing verklaard.'*¹⁷

De omissie van de Awb-wetgever is eenvoudig te herstellen door de verwijzing naar art. 51 Sr alsnog via de Aanpassingswet in art. 5.0.1 Awb op te nemen (de 'strafrechtelijke oplossing'). Maar het kan ook door bijvoorbeeld in de Mededingingswet of in art. 5.0.1 zelf een 'eigen' bepaling op te nemen waarmee het beboeten van feitelijk leidinggevers en van opdrachtgevers mogelijk wordt gemaakt (de 'bestuursrechtelijke' oplossing).¹⁸ De Mededingingswet zou in dit laatste geval dan uiteraard ook weer aangepast moeten worden. Indien voor de bestuursrechtelijke oplossing zou worden gekozen, ligt een bepaling in de 'overkoepelende' Awb uit een oogpunt van rechtseenheid echter meer voor de hand.

De diverse (eenvoudige) oplossingen nemen niet weg dat het schrappen van art. 51 Sr uit de Awb niet zomaar is gebeurd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt, dat de huidige minister van justitie met de oorspronkelijke verwijzing in de Awb naar art. 51 Sr niet gelukkig blijkt te zijn. Meer in het bijzonder lijkt hij niet gelukkig te zijn met de introductie van het strafrecht in het bestuursrecht die daarvan het gevolg is. Vergelijk hetgeen de minister van justitie tijdens de plenaire behandeling van de vierde tranche in de Tweede Kamer op 27 juni 2007 heeft overwogen:

'Misschien was het niet zo'n goed idee, althans was het niet echt nodig om in artikel 5.0.1 van het onderhavige wetsvoorstel aansluiting te zoeken bij artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht. Dat heeft namelijk de discussie opgeroepen over de vraag of in het bestuursrecht het helemaal precies gelijk is aan wat er in het strafrecht speelt.'

en:

'(...) want artikel 5.0.1, lid 3 zoals het nu in het wetsvoorstel [ge: mét verwijzing naar artikel 51 Sr] is opgenomen, suggereert een één op één volgen van de strafrechtelijke jurisprudentie op dit punt. Door

*een eigen tekst te gebruiken, is er reden, maar ook ruimte voor de bestuursrechter op dit op de eigen merites te beoordelen. Dat lijkt mij goede, verstandige en doelmatige wetgeving.'*¹⁹

Kortom: de Awb-wetgever lijkt geen afscheid te willen nemen van de figuur van het feitelijk leidinggeven en het opdrachtgeven, maar hij lijkt ten aanzien van deze figuur een eigen (lees: bestuursrechtelijke) weg te willen volgen en geen aansluiting te willen zoeken bij het strafrecht. Dit terwijl de Mededingingswetwetgever nu juist expliciet heeft overwogen, dat 'rekening zal moeten worden gehouden' met de strafrechtelijke jurisprudentie:

*'Het feit dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, houdt in dat bij de toepassing van dit artikel rekening zal moeten worden gehouden met de jurisprudentie op grond van dit artikel zoals bijvoorbeeld de Slavenburg-arresten.'*²⁰

Vergelijk ook het antwoord van de minister van Economische Zaken op de Kamervraag 'hoe betrokkenheid van een bestuurder kan worden gemeten indien zal worden overgegaan tot het opleggen van een persoonlijke boete.' De minister antwoordde als volgt:

*'Door het van toepassing verklaren van artikel 51 Wetboek van Strafrecht, wordt in dit wetsvoorstel, net zoals dat bij het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb gebeurt, het zogenaamd functioneel ouderschap voor feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers geïntroduceerd. Daarmee zal ook de hele strafrechtelijke doctrine en jurisprudentie die zich heeft gevormd omtrent dit begrip voor de toepassing van dit artikel in de Mededingingswet relevant worden. Over de vraag welke eisen worden gesteld aan de mate van betrokkenheid van leidinggevers bij overtredingen van de wet is ondertussen al veel jurisprudentie gevormd. Deze zal dan ook betrokken moeten worden bij de vraag of een bepaalde leidinggevende of opdrachtgever voor een overtreding van de Mededingingswet persoonlijk beboet kan worden.'*²¹

Opdracht en feitelijk leidinggeven: strafrechtelijk kader

Ook als is in ieder geval op dit moment niet duidelijk of de wetgever uiteindelijk wel of geen expliciete aansluiting bij

¹⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 26.

¹⁷ Vergelijk art. 33a Arbeidsomstandighedenwet 1998. Dit is een met art. 51 Sr vergelijkbare bepaling.

¹⁸ Handelingen II 2006/07, nr. 86, p. 4715 en 4717.

¹⁹ Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 9.

²⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 10, p. 9.

²¹ Uit het hiervoor aangehaalde citaat volgt dat dat in ieder geval de uitdrukkelijke bedoeling is van de minister van Economische Zaken.

het strafrecht zal zoeken, aangenomen mag worden dat de invulling door de bestuursrechter van de figuur van feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven te zijner tijd op zijn minst genomen door de bestaande strafrechtelijke jurisprudentie zal worden beïnvloed.²² Hoe is het in het strafrecht geregeld?

Strafbare feiten kunnen ingevolge art. 51 van het Wetboek van Strafrecht (hierna 'Sr') door zowel natuurlijke personen als door rechtspersonen worden begaan. Indien een rechtspersoon een strafbaar feit pleegt, kunnen die rechtspersoon en/of de feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers van het strafbare feit daarvoor worden vervolgd. Strafrechtelijke vervolging van een feitelijk leidinggever of opdrachtgever is eigenlijk een soort tweetrapsraket; een rechtspersoon moet een strafbaar feit hebben gepleegd (de eerste trap) en alleen dan kan aan de vervolging van een opdrachtgever of feitelijk leidinggever worden toegekomen (de tweede trap).²³ Daarbij geldt dat het geen voorwaarde is dat de rechtspersoon ook daadwerkelijk vervolgd wordt.

Wie kunnen feitelijk leidinggever en opdrachtgever zijn? In veel gevallen zal het bijvoorbeeld een bestuurder of een afdelingshoofd betreffen. Maar een feitelijk leidinggever of opdrachtgever kan in de hiërarchie ook een aantal niveaus lager zitten. Daarbij komt dat het bovendien geen voorwaarde is, dat degene die wordt vervolgd voor feitelijk leidinggeven of opdrachtgeven juridisch ondergeschikt is aan het bestuur van een rechtspersoon.²⁴

Opdrachtgever

Het begrip opdrachtgeven is enger dan het begrip feitelijk leidinggeven en suggereert een nauwer verband met het strafbare feit dan het begrip feitelijk leidinggeven.²⁵ Opdrachtgeven veronderstelt dat het initiatief voor het verboden gedrag bij de opdrachtgever ligt. Het begrip opdracht impliceert dat een uitdrukkelijke last moet zijn gegeven; het enkele toelaten is onvoldoende. Indien aan meerdere feiten opdracht wordt gegeven, is niet vereist dat ter zake van elk feit afzonderlijk opdracht is gegeven.²⁶

Feitelijk leidinggever

Wanneer is sprake van feitelijk leidinggeven? Bepalend voor de invulling van deze figuur is het criterium uit het tweede *Slavenburg*-arrest:

*'Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris - hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden - maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.'*²⁷

Twee criteria zijn uit dit arrest te destilleren; het beschikings- en het aanvaardingscriterium. Aan het beschik-

kingscriterium is voldaan indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van die gedraging achterwege laat. Het beschikingscriterium valt daarmee uiteen in een tweetal subcriteria. Het eerste subcriterium – de bevoegdheid – vereist dat de functionaris de bevoegdheid moet hebben tot ingrijpen. Deze bevoegdheid hoeft niet te berusten op een formele verhouding tussen de leidinggever en de rechtspersoon. In de jurisprudentie is aangenomen dat het al voldoende is wanneer iemand het gewoon voor het zeggen heeft.²⁸ Het andere subcriterium – redelijkerwijs gehouden – vereist dat de functionaris ook redelijkerwijs gehouden is maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging te nemen.

Het tweede criterium is dat de betreffende functionaris bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de gedraging plaatsvindt. Van aanvaarden is sprake indien iemand iets ziet en het vervolgens laat gebeuren. Je stond erbij en je keek ernaar. Aanvaarden kan ook 'op afstand'. Voldoende is dat de functionaris bewust de aannemelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert. Hij hoeft er dus geen wetenschap van te hebben dat op een bepaald moment een verboden gedraging plaatsvindt. Het is voldoende dat de functionaris met soortgelijke gedragingen van de rechtspersoon bekend is. Bijvoorbeeld in de administratieve wereld: het hoofd van de boekhouding dat weet dat zijn boekhouder/administrateur met enige regelmaat stukken antedateert en dus valselijk opmaakt. Het feit dat de boekhouder dat in algemene zin aanvaardt, maakt dat hij ook ten aanzien van een specifieke hem onbekende antedatering van een document aan het aanvaardingscriterium voldoet.

Strafrechtelijke bijzonderheden

Natuurlijke persoon en rechtspersoon?

Uit een arrest van de Hoge Raad van 25 januari 2000 kan worden afgeleid dat ook een rechtspersoon als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.²⁹ In de jurisprudentie is nog niet uitgemaakt of een opdrachtgever ook zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon kan zijn. Gezien eerdergenoemd arrest is dit zeer wel mogelijk.

Het is niet zeker of de in de Mededingingswet geïntroduceerde figuur ook zowel op natuurlijke personen als op rechtspersonen ziet. Het onverkort verwijzen naar art. 51 Sr en het daarmee impliciet overnemen van de strafrechtelijke jurisprudentie doet veronderstellen dat ook een rechtspersoon

22 De positie van de rechtspersoon in het strafrecht laat ik onbesproken.

23 HR 21 januari 1992, *NJ* 1992, 414.

24 *T&C*, aant. 8 bij art. 51 Sr, p. 419 en J.L. van der Neut, *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 57.

25 HR 23 oktober 1984, *NJ* 1985, 319, overweging 5.1.1.

26 HR 16 december 1986, 1987, 321 (*Slavenburg II*).

27 Vergelijk HR 16 juni 1981, *NJ* 1981, 586.

28 Hoge Raad 25 januari 2000, 279.

29 Het derde lid van art. 77 Mw is iets anders geformuleerd, maar komt op hetzelfde neer.

beboet kan worden als feitelijk leidinggever of opdrachtgever. Maar de Mededingingswet zelf geeft aanknopingspunten voor een beperkte uitleg. Zo is in de per 1 oktober jl. geldende nieuwe art. 59, lid 2 en 77, lid 2 Mw bepaald:

'In het rapport wordt in ieder geval vermeld:

(...)

d. de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de overtreding kan worden toegerekend respectievelijk de natuurlijke persoon die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding;

(...).'

Vergelijk ook het derde lid van art. 59 Mw waarin is bepaald, dat een afschrift van het rapport 'in voorkomende geval' ook wordt toegezonden aan

*'(...) de natuurlijke persoon, bedoeld in het tweede lid, onder d, die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding.'*³⁰

Deze artikelen rechtvaardigen de conclusie dat – in afwijking van het strafrecht – alleen een natuurlijke persoon als feitelijk leidinggever of opdrachtgever aan een overtreding van de Mededingingswet beboet kan worden.

Taakverdeling relevant?

Heeft het zin taken te verdelen? Bijvoorbeeld in de zin van: bestuurslid Pietersen gaat over de mededinging? In het algemeen geldt dat de enkele taakverdeling op zichzelf niet voldoende zal zijn om onder het feitelijk leidinggeven uit te komen. Daar is meer voor nodig. Uit een arrest van het gerechtshof Den Haag blijkt echter dat een taakverdeling wel van invloed kan zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is geweest van feitelijk leidinggeven.³¹

Kort en goed kwam die casus op het volgende neer. De voorzitter van de raad van bestuur van een bank werd verdacht van feitelijk leidinggeven aan strafbare feiten door de bank. Deze strafbare feiten waren de voorzitter ter ore gekomen tijdens een vergadering van de raad van bestuur. Tijdens die vergadering had de raad van bestuur besloten dat die strafbare feiten beëindigd moesten worden. Een van de leden van de raad van bestuur werd met de uitvoering van dat besluit belast. Het was vervolgens de vraag of van de voorzitter mocht worden verlangd dat hij, nadat de raad van bestuur had besloten de onregelmatigheden aan te pakken, er op toe zou zien dat en zou controleren of de gesignaleerde maatregelen daadwerkelijk, slagvaardig en adequaat werden bestreden.

Het hof overweegt dat voor de beantwoording van die vraag doorslaggevende betekenis toekomt aan de omstan-

digheid dat binnen de raad van bestuur een taakverdeling bestond. In die taakverdeling binnen de raad van bestuur lag naar het oordeel van het hof besloten, dat problemen die zich binnen een bepaalde afdeling of sector voordeden, werden behandeld door het voor die sector of afdeling direct verantwoordelijke lid van de raad van bestuur, tenzij anders werd besloten of de taakverdeling prestigieus was. In het takenpakket of aandachtsgebied van de verdachte voorzitter viel niet de sector waarin de betreffende onregelmatigheden zich voordeden. Het was tegen die achtergrond bezien dat de voorzitter er naar het oordeel van het hof op mocht vertrouwen (i) dat het door de raad van bestuur genomen besluit tot beëindiging van de de strafbare gedragingen zou worden uitgevoerd door het daarvoor verantwoordelijke lid van het bestuur, (ii) dat deze ter effectuering van dat besluit opdrachten zou geven en (iii) dat die opdrachten zouden worden nageleefd. Onder deze omstandigheden was de voorzitter volgens het hof niet gehouden er persoonlijk op toe te zien dat en te controleren of en in hoeverre het verantwoordelijke lid van de raad van bestuur zich van zijn taak had gekweten en of de gesignaleerde onregelmatigheden inderdaad doeltreffend waren aangepakt. Dit zou volgens het hof alleen anders zijn geweest indien de voorzitter signalen hadden bereikt dat de door de raad van bestuur ongewenste strafbare feiten voortduurden.

Bijzonderheden Mededingingswet

Terug naar de Mededingingswet en de wijzigingen per 1 oktober jl. De invoering van de figuur van het feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven is ook ten aanzien van een aantal andere onderwerpen niet vlekkeloos verlopen.

Zwijgrecht

Het zwijgrecht is neergelegd in art. 53 Mw:

'Indien de in artikel 52, eerste lid, bedoelde ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde onderneming of ondernemersvereniging een overtreding heeft begaan, is er geen verplichting aan de zijde van die onderneming of ondernemersvereniging terzake een verklaring af te leggen. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondelinge terzake om informatie wordt gevraagd.'

Dit artikel is per 1 oktober jl. niet gewijzigd. Ook niet bij de Aanpassingswet Awb. In de vierde tranche Awb zal het zwijgrecht worden neergelegd in art. 5.0.11:

'1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen'

³⁰ Hof 's-Gravenhage 2 december 1987, NJ 1988, 433.

³¹ Rechtbank Rotterdam 7 augustus 2003, AB 2004, 92. Deze uitspraak is herhaald in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 juli 2006, AB 2007, 35.

2. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.’

Het in de Mededingingswet neergelegde zwijgrecht is ruimer dan dat van de Awb. Het geldt ook al voordat iemand wordt verhoord ‘met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie’. Maar de kring van (rechts)personen die op art. 53 Mw een beroep kan doen is beperkter dan die bij de Awb. De Mededingingswet kent het zwijgrecht alleen toe ‘aan de zijde van’ de onderneming of ondernemersvereniging ten aanzien van wie de onderzoeksambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat zij een overtreding heeft begaan.

Over de reikwijdte van het zwijgrecht van art. 53 Mw heeft de rechtbank Rotterdam in de *Texaco*-uitspraak het volgende overwogen:

‘Integendeel, uit de woorden “aan de zijde van de onderneming” leidt de rechtbank af dat, indien de onderneming wordt gehoord, in beginsel aan een ieder die tot die onderneming behoort en via wie de onderneming wordt gehoord – dus niet alleen de civielrechtelijke vertegenwoordiger(s) – het zwijgrecht toekomt.’³²

Daarbij heeft de rechtbank een onderscheid gemaakt met de situatie waarin de werknemer ‘rechtstreeks als individu, dus niet namens de onderneming, om inlichtingen wordt gevraagd’. De feitelijk leidinggever en opdrachtgever lijkt zich dus alleen op art. 53 Mw te kunnen beroepen indien hij namens de onderneming een verklaring aflegt. Indien hem rechtstreeks als individu – en dus niet namens de onderneming – om inlichtingen wordt gevraagd lijkt hij geen beroep te kunnen doen op het zwijgrecht van art. 53 Mw. In dat geval zou een beroep op het ‘Awb-zwijgrecht’ wel mogelijk zijn. Maar dat geldt pas als de vierde tranche in werking is getreden.

Consequentie zou zijn, dat in de wet zelf voor de feitelijk leidinggever en opdrachtgever op dit moment geen zwijgrecht is neergelegd. En na inwerkingtreding van de vierde tranche zou deze functionaris gezien de verschillen met de Mededingingswet een beperkter zwijgrecht dan zijn onderneming toekomen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat de wetgever deze consequenties voorzien heeft. Voor beide consequenties zijn geen (goede) argumenten te bedenken. Het zou goed zijn het zwijgrecht van de feitelijk leidinggever en opdrachtgever bijvoorbeeld met de Aanpassingswet Awb alsnog (al dan niet in de Mededingingswet) expliciet en op dezelfde manier als voor de onderneming te regelen. In afwachting daarvan kunnen feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers een beroep op het zwijgrecht motiveren door te verwijzen naar de op art. 6 EVRM gebaseerde jurisprudentie van het EHRM.³³

Toezeggingsbesluit versus feitelijk leidinggeven/opdrachtgeven

In de gewijzigde Mededingingswet is in art. 49a de nieuwe figuur van het toezeggingsbesluit opgenomen.³⁴ Regardeert een toezeggingsbesluit de feitelijk leidinggever en de opdrachtgever? Of kunnen een feitelijk leidinggever en/of een opdrachtgever in geval van een toezeggingsbesluit toch nog voor de overtreding van hun onderneming beboet worden? De wet sluit die mogelijkheid niet uit. Reden waarom het van belang kan zijn dat de onderneming op dit punt bij het toezeggingsbesluit duidelijkheid verlangt.

De vraag is overigens of het in de praktijk veel zal voorkomen dat zo’n persoonlijke boete in geval van een toezeggingsbesluit toch nog wordt opgelegd. Voorwaarde voor zo’n beboeting is, als gezegd, dat bewezen kan worden verklaard dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan. Het is de vraag of dat bewijs gezien de aan een toezeggingsbesluit verbonden voorwaarden (in alle gevallen) geleverd kan worden.

Zo moet op grond van art. 49a, lid 3 Mw bij een toezeggingsbesluit besloten worden:

‘geen onderzoek te starten, een reeds ingesteld onderzoek niet langer voort te zetten, geen rapport op te maken of af te zien van het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.’

Lid 3 van dit artikel bepaalt bovendien:

‘Het besluit bevat geen oordeel over de verenigbaarheid van het gedrag van de onderneming of de ondernemersvereniging met het bepaalde bij of krachtens deze wet.’

Overtreding toezeggingsbesluit versus feitelijk leidinggeven/opdrachtgeven

De natuurlijke persoon of de rechtspersoon aan wie een overtreding van een toezeggingsbesluit kan worden toegerekend, kan op grond van art. 76a Mw beboet worden. In de Mededingingswet is niet bepaald, dat iemand ook beboet kan worden voor het opdrachtgeven of feitelijk leidinggeven aan zo’n overtreding. Voor die overtreding is art. 51 Sr. niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Art. 76a is noch in art. 56 noch in art. 75a opgenomen. In ieder geval niet op dit moment.³⁵

Het toezeggingsbesluit (en ook art. 76a Mededingingswet) is opgenomen naar aanleiding van het amendement van Heemskerk en Ten Hoopen³⁶. In dit overgenomen amende-

32 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (*Funke*), EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 (*Murray*) en EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders*).

33 Het toezeggingsbesluit is overgenomen uit Verordening 1/2003. Daarin is bepaald dat de mededingingsautoriteiten bevoegd zijn toezeggingen te aanvaarden. Een toezegging is een bindende afspraak omtrent een gedragsaanpassing.

34 De noodzakelijke verwijzing naar art. 76a Mw in art. 56 of 75a Mw is ook niet in de Aanpassingswet vierde tranche Awb opgenomen.

35 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 19 herdruk.

36 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 5.

ment hebben de voorstellers kennelijk verzuimd ten aanzien van de overtreding van een toezeggingsbesluit art. 51 Sr van overeenkomstige toepassing te verklaren. 'Kennelijk' want bij het procedurele artikel betreffende de overtreding van het toezeggingsbesluit (art. 77 Mw) is in leden 2 en 3 – conform het amendement – wel een expliciete verwijzing gemaakt naar de opdrachtgever en de feitelijk leidinggever. In de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van de Mededingingswet is hierover geen verklaring te vinden zodat ook op dit punt sprake lijkt te zijn van een omissie.

Niet valt in te zien waarom art. 51 Sr voor deze overtreding niet ook van overeenkomstige toepassing zou moeten worden verklaard. Dit zou passen in de hiervoor aangehaalde bedoeling van de wetgever opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers te kunnen beboeten voor alle overtredingen van materiële en formele bepalingen in de Mededingingswet.

Ontwikkelingen

Wat gaat de toekomst brengen? Bij de behandeling van de wijziging van de Mededingingswet heeft de CDA-fractie nog geopperd een wettelijke bepaling op te nemen die vrijwaring en (directe of indirecte) vergoeding van de aan een natuurlijke persoon op te leggen geldboete door de onderneming verbiedt.³⁷ Mogelijk dat dit voorstel in de toekomst weer van de plank wordt gehaald. In het strafrecht is zo'n vrijwaringsverbod overigens onbekend.

Interessanter is, dat de minister van Economische Zaken recent aan de Tweede Kamer een brief heeft gestuurd over de strafrechtelijke sanctionering van overtredingen van de Mededingingswet. In de brief geeft zij aan, dat zij besloten heeft:

*'(...) de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet aan te vullen met een nader uit te werken mogelijkheid van strafrechtelijke sanctionering, waarbij de NMa zaken kan aanbrengen bij het OM.'*³⁸

De minister ziet de aanvullende werking van het strafrecht 'met name op het vlak van de sanctionering van leidinggevers (natuurlijke personen), aangezien de NMa reeds doeltreffende sancties aan ondernemingen kan opleggen.' Een daartoe strekkend wetsvoorstel zal – aldus de minister van Economische Zaken – samen met het Ministerie van Justitie worden uitgewerkt.

Het geheel of gedeeltelijk herintroduceren van het strafrecht in het Mededingingsrecht is goed mogelijk. Het roept wel een aantal vragen op. Wanneer wordt een overtreding strafrechtelijk vervolgd en wanneer wordt voor een bestuursrechtelijke afdoening geopteerd? Wie is leidend bij de afdoeningsbeslissing: de NMa of het OM? Welke rol speelt een gehonoreerde clementie in het strafrecht? Allemaal terechte vragen. Maar van onoverkomelijke barricades tegen de herintroductie van het strafrecht lijkt geen sprake te zijn.³⁹

Dit is een mogelijk minder plezierig vooruitzicht voor een aantal feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers. Schrale troost voor hen is, dat (kort gezegd) hun rechtspositie in het

strafrecht 'beter' is dan in het bestuursrecht, en dat het strafrechtelijk bewijsrecht 'strenger' is dan in het bestuursrecht.

Afsluiting

De invoering van de mogelijkheid om feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers een bestuurlijke boete op te leggen voor overtredingen van de Mededingingswet verloopt niet vlekkeloos. Dat is deels te wijten aan de redactie van de Mededingingswet ten aanzien van bijvoorbeeld het zwijgrecht en het toezeggingsbesluit.

Het wetsvoorstel Vierde tranche Awb en in het bijzonder het wetsvoorstel van de daarmee samenhangende Aanpassingswet kan echter een grotere smet op deze boetemogelijkheid werpen. Inwerkingtreding van beide wetsvoorstellen heeft tot gevolg, dat de noodzakelijke verwijzing naar art. 51 Sr zowel uit de Mededingingswet als uit de Vierde tranche Awb verdwijnt. En daarmee verdwijnt ook de figuur van feitelijk leidinggever en opdrachtgever. Dit lijkt een omissie van de wetgever te zijn. Een omissie die eenvoudig te herstellen is. Hetzij via de band van het bestuursrecht, hetzij via de band van het strafrecht (in het laatste geval door de verwijzing naar art. 51 Sr weer in de wet op te nemen).

Op dit moment is niet duidelijk voor welke oplossing de wetgever zal kiezen. Wel duidelijk is, dat het om een belangwekkende, principiële keuze gaat. Een keuze die noopt tot een stevige discussie over de voor- en nadelen van het in het bestuurlijke boeterecht aansluiting zoeken bij het strafrecht.

37 *Kamerstukken II 2006/07, 31 055, nr. 4.* Dit mede naar aanleiding van een bij de wijziging van de Mededingingswet indertijd door Kamerlid Heemskerk ingediend amendement strekkende tot de introductie van gevangenisstraf ten aanzien van personen die opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan Mededingingswet-overtredingen (*Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 16*).

38 Zo ook mr. R. De Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', *M&M* 2006, nr. 7, p. 205.