

Bestuurders en commissarissen zijn gewaarschuwd! Kartelwaakhond bijt vanaf nu ook natuurlijke personen

*Mr. K.M. Baltus en mr. M.Ph.M. Wiggers**

Inleiding

In haar besluit van 14 juli 2010 heeft de NMa boetes opgelegd aan Koninklijke Wegener N.V. (hierna: Wegener) en aan vijf leidinggevendens wegens het niet naleven van een voorschrift dat was opgelegd in verband met de overname van VNU Dagbladen B.V. (hierna: VNU Dagbladen) door (een rechtsvoorganger van) Wegener in 2000. Aan Wegener werd een boete opgelegd van EUR 19,1 miljoen. De vijf leidinggevendens kregen boetes opgelegd variërend van EUR 150.000 tot EUR 350.000. De zaak is opvallend omdat de NMa voor het eerst boetes oplegt aan natuurlijke personen wegens feitelijk leidinggeven aan een overtreding van de Mededingingswet (Mw). De NMa lijkt hiermee een nieuwe weg in te slaan. Bij de handhaving van de Mededingingswet zal de NMa niet langer uitsluitend naar ondernemingen kijken, maar eveneens naar natuurlijke personen (feitelijk leidinggevendens).

De Wegener-zaak

Op 13 september 1999 hebben Wegener en VNU melding gedaan bij de NMa van een voorgenomen overname van VNU Dagbladen door Wegener (hierna: de concentratie). Een van de punten van aandacht van de NMa bij het beoordelen van de concentratie betrof het feit dat Wegener en VNU via de bladen PZC en BN/De Stem beide actief waren op de markt voor regionale dagbladen in Zeeuws-Vlaanderen en dat Wegener als gevolg van de overname feitelijk een monopoliepositie zou verkrijgen op de relevante markt.¹ De NMa oordeelde uiteindelijk in haar vergunningsbesluit van 13 maart 2000 dat de overname slechts doorgang kon vinden onder bepaalde voorwaarden (het zogenoemde 'voorschrift'). Het voorschrift hield voor Wegener de verplichting in tot 'de waarborging van het voortbestaan van onderlinge onafhankelijkheid van de PZC en BN/De Stem en van het feit dat beide titels verspreid blijven worden in Zeeuws-Vlaanderen'.²

Wegener had zelf concrete voorwaarden voorgesteld teneinde de genoemde onafhankelijkheid van PZC en BN/De Stem te kunnen waarborgen. Deze voorwaarden maakten integraal onderdeel uit van het voorschrift. Een van de voorwaarden betrof de verplichting van de betreffende bestuurders en de commissarissen om

'een beleid te voeren c.q. te doen voeren dat gericht is op het voortduren van de onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar en van het voortbestaan naast elkaar van de desbetreffende bladen (PZC respectievelijk BN/De Stem editie Zeeland) in Zeeuws-Vlaanderen'.³

Naar aanleiding van een klacht van een abonnee dat er vanwege hetzelfde aanbod van de kranten feitelijk geen keuzevrijheid tussen de kranten zou bestaan, heeft de NMa op 15 mei 2010 een onderzoek laten instellen naar de naleving van het voorschrift. Op basis van het onderzoeksrapport en de zienswijzen van de betrokken partijen oordeelt de NMa in haar besluit van 14 juli 2010 onder meer dat de voorwaarde die was gesteld ten aanzien van het te voeren beleid van onafhankelijkheid met betrekking tot de dagbladen in Zeeuws-Vlaanderen sinds 2002 niet door Wegener is nageleefd. De NMa concludeert in dit verband dat niet alleen de regioredacties van beide kranten samenwerkten, maar ook dat er (feitelijk) sprake was van een personele unie binnen de raden van commissarissen en de directies van beide kranten. Voorts is de NMa gebleken dat het commercieel beleid van beide kranten werd gecoördineerd.

Het niet naleven van het voorschrift wordt niet alleen de rechtspersoon Wegener aangerekend, maar ook vijf feitelijk leidinggevendens, onder wie vier commissarissen. De betreffende commissarissen waren in 2002 als speciale toezichthouders aangewezen en hebben hun controlerende taak volgens de NMa onvoldoende uitgevoerd. Ondanks het feit dat zij op de hoogte waren van het voorschrift dat PZC en BN/De Stem gescheiden moesten blijven, hebben zij geen einde gemaakt aan de ontwikkelingen dat de redacties van beide kranten in uitvoering en productie meer en meer zijn gaan samenwerken en dat één coördinator werd aangesteld voor beide kranten.

* Mr. K.M. Baltus is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. M.Ph.M. Wiggers is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff.

1. NMa-besluit 1528/894, Wegener, randnr. 38. Zie voor de uitgebreide omschrijving van de relevante markt randnr. 33 e.v. van NMa-besluit 1528/894, Wegener, en randnr. 22 t/m 89 van NMa-besluit 1528, Wegener Arcade-VNU Dagbladen.
2. NMa-besluit 1528/894, Wegener, randnr. 42.

3. NMa-besluit 1528/894, Wegener, randnr. 40 en 43.

De NMa constateert dat de commissarissen zonder uitzondering hun goedkeuring hebben gegeven aan de RvC-besluiten die aan deze ontwikkelingen ten grondslag lagen. Ten onrechte hebben de feitelijk leidinggevenden de gedragingen van Wegener die in strijd waren met het voorschrift niet beëindigd c.q. doen beëindigen, waarmee zij leiding hebben gegeven aan de gedraging c.q. overtreding van de Mededingingswet.⁴

De vijf leidinggevenden hebben de volgende boetes opgelegd gekregen:

- *Leidinggevende A*⁵ was van 1 mei 2000 tot 1 mei 2008 lid van de Raad van Bestuur van Wegener. Daarnaast was hij van 30 september 2002 tot 1 mei 2008 commissaris bij Uitgeverij BN/De Stem. Leidinggevende A is een boete van EUR 300.000 opgelegd.
- *Leidinggevende B*⁶ en *leidinggevende E*⁷ zijn sinds 30 september 2002 commissaris bij respectievelijk Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/De Stem. Aan ieder van hen is een boete van EUR 250.000 opgelegd.
- *Leidinggevende C*⁸ was van 14 januari 1992 tot 8 mei 2008 lid van de Raad van Bestuur van Wegener. Sinds 30 augustus 2002 is hij commissaris bij Uitgeverij PZC en sinds 1 mei 2008 is hij tevens commissaris bij Uitgeverij BN/De Stem. Leidinggevende C is een boete van EUR 350.000 opgelegd.
- *Leidinggevende D*⁹ is sinds 19 juli 1999 directeur van Uitgeverij BN/De Stem. Hem is een basisboete van EUR 250.000 opgelegd. De NMa oordeelde echter dat de vermogenspositie van leidinggevende D aanleiding geeft om de boete te verlagen en heeft de uiteindelijke boete op EUR 150.000 vastgesteld.

Ten aanzien van de vijf leidinggevenden in de Wegener-zaak oordeelt de NMa dat een leidinggevende op grond van artikel 75a Mw beboetbaar handelt indien hij de (verboden) gedraging van de onderneming bewust heeft bevorderd of doen bevorderen. Hiervan is volgens de NMa kort gezegd sprake indien de betreffende persoon wetenschap had van de gedraging en hij tevens de juiste (hiërarchische) positie had om die gedraging te beïnvloeden. Deze beïnvloeding hoeft zich niet te uiten in een actieve gedraging. Ook bij een nalaten kan sprake zijn van beboetbaar leidinggeven.¹⁰

Commentaar

De NMa heeft door middel van de Wegener-boetes een krachtige waarschuwing willen afgeven aan zowel ondernemingen die hun toezeggingen niet nakomen als natuurlijke personen die leidinggeven aan een overtreding van de Mededingings-

wet.¹¹ Zoals Pieter Kalbfleisch, voorzitter van de Raad van Bestuur NMa, zei: ‘Wij gaan uit van de “high-trust” benadering: je krijgt het vertrouwen, maar als je dat misbruikt, dan zijn de boetes fors.’¹² Dat PZC en BN/De Stem sinds 2002 de voorwaarden, die door Wegener zelf waren aangedragen, niet zijn nagekomen, weegt voor de NMa zeer zwaar bij de vaststelling van de boetes. Zonder de voorschriften had de NMa de overname van BN/De Stem door Wegener namelijk niet kunnen goedkeuren. De forse boete van EUR 19,1 miljoen voor de onderneming Wegener heeft de nettowinst van Wegener van EUR 13,2 miljoen over het eerste halfjaar van 2010 – als gevolg van een reservering – als sneeuw voor de zon doen verdwijnen.¹³

Het is op zijn minst opmerkelijk dat de NMa voor het eerst persoonlijke boetes oplegt in het kader van afspraken bij een concentratie, aangezien het hier niet gaat om een ‘harde’ mededingingszaak.¹⁴ Zelfs de NMa spreekt van een ‘bijzonder geval’.¹⁵ Dat de Wegener-besluiten betrekking hebben op het naleven van voorschriften van een concentratie wil echter ook niet zeggen dat hieraan geen conclusies voor kartel- en misbruikzaken kunnen worden verbonden. Sterker nog, Kalbfleisch heeft aangegeven dat ook bij onderzoeken naar kartels en misbruik van economische machtspositie in *alle* gevallen zal worden gekeken of leidinggevenden kunnen worden beboet. De reden hiervoor is – volgens Kalbfleisch, die zich hard heeft gemaakt om deze sanctie in de Mededingingswet opgenomen te krijgen – dat de afschrikwekkende werking van deze persoonlijke boetes hoger is dan van boetes voor ondernemingen. De afschrikwekkende werking zit hem namelijk niet alleen in de financiële consequentie van de boete, maar vooral ook in de hiermee gepaard gaande reputatieschade. Kalbfleisch verwoordde het als volgt: ‘Vergeet niet, je carrière wordt geknakt. De imagoschade telt enorm.’¹⁶ Het aantal persoonlijke boetes zal vanaf nu naar verwachting uitkomen op enkele tientallen per jaar. De NMa heeft de eerste kartelonderzoeksrapporten ten aanzien van natuurlijke personen reeds opgemaakt en de eerste boetes in dit kader zullen waarschijnlijk niet lang meer

4. NMa-besluit 1528/896, Wegener – [leidinggevende A], randnr. 40.
5. NMa-besluit 1528/896, Wegener – [leidinggevende A].
6. NMa-besluit 1528/897, Wegener – [leidinggevende B].
7. NMa-besluit 1528/895, Wegener – [leidinggevende E].
8. NMa-besluit 1528/898, Wegener – [leidinggevende C].
9. NMa-besluit 1528/899, Wegener – [leidinggevende D].
10. NMa-besluit 1528/896, Wegener – [leidinggevende A], randnr. 37.

11. Zie ook S. Vinken & M. van Joolingen, NMa waarschuwt de top van ondernemingen, FD 16 september 2010.
12. NMa-persbericht, 14 juli 2010, ‘NMa: 20 miljoen boete voor Wegener en vijf leidinggevenden’.
13. FD 28 juli 2010, ‘Wegener in het rood na recente boete van de NMa’, p. 11.
14. FD 14 augustus 2010, ‘Persoonlijke straf bestuurders dreigt bij alle kartelzaken’.
15. FD 14 augustus 2010, ‘NMa-baas: dreigen met strafrechter schrikt verklikkers van kartels af’, p. 3.
16. FD 14 augustus 2010, ‘NMa-baas: dreigen met strafrechter schrikt verklikkers van kartels af’, p. 3.

op zich laten wachten.¹⁷ 'De lat voor de bewijslast ligt wel hoog, want het gaat om mensen', aldus Kalbfleisch.¹⁸

De aansprakelijkstelling en beboeting van de vijf leidinggeven- den door de NMa is mogelijk geworden door een wijziging van de Mededingingswet in 2007. Sinds 1 oktober 2007 is namelijk artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr), waarin in lid 2 is bepaald dat indien een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon (ook) een boete kan worden opgelegd aan de feitelijk leidinggevende, van overeenkomstige toepassing op overtredingen van de Mededingingswet. In het onderhavige geval was de overtreding echter al aangevangen op een moment dat feitelijk leidinggeven nog niet strafbaar was, namelijk in 2002. Wegener heeft betoogd dat strafbaarstelling voor gedragingen die plaats hadden in de periode vóór 1 oktober 2007 in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Het legaliteits- beginsel houdt in dat slechts een sanctie kan worden opgelegd wegens een bij of krachtens een wettelijk voorschrift verboden bepaling. Wegener heeft echter geen gehoor gevonden bij de NMa ten aanzien van haar beroep op het legaliteitsbeginsel. De NMa is namelijk van oordeel dat het legaliteitsbeginsel zich niet verzet tegen het opleggen van een boete over de periode vóór 1 oktober 2007 als de overtreding na die datum is voortgezet.¹⁹ Hier zal hoogstwaarschijnlijk over worden geprocedeerd. Hierbij zal, naar wij aannemen, worden aange- voerd dat tot 1 januari 2007 uitsluitend een boete van EUR 22.500 aan de onderneming had kunnen worden opgelegd, dat geen overgangsregeling van toepassing is geweest, dat de NMa geen voorlichtingscampagne heeft gevoerd, en dat om die redenen slechts een symbolische boete op zijn plaats is. Voor- alsnog moet echter worden uitgegaan van de ruime toepassing van het legaliteitsbeginsel door de NMa.

Het is jammer dat uit het besluit van de NMa niet duidelijk blijkt hoe de verschillende boetes die zijn opgelegd aan de natuurlijke personen zijn berekend. De NMa stelt slechts dat zij bij het bepalen van de boetegrondslag rekening heeft gehouden met enerzijds de zwaarte van de overtreding en anderzijds het inkomen en de vermogenspositie van de natuurlijke persoon in kwestie, zoals bepaald in randnum- mer 14, tweede zin, Boetecode 2007.²⁰ Hoewel de NMa slechts summier aangeeft hoe de hoogte voor de persoonlijke boetes wordt bepaald, kan uit de boetebesluiten worden afge- leid dat naarmate het aantal functies binnen het Wegener- concern toeneemt, ook de hoogte van de boetes toeneemt.

Tot slot merken wij op dat, ondanks het feit dat de beboete commissarissen belast waren met een speciale toezichthou- de taak ten aanzien van de naleving van de overeengekomen voorschriften, het zeker niet uitgesloten is dat ook commissarissen in meer algemene zin (zonder bijzondere taak) in de toekomst kunnen worden beboet.²¹ Uiteraard zal dit affhan- kelijk zijn van de concrete omstandigheden van het geval. Het is evident dat directieleden van ondernemingen onder omstan- digheden kunnen worden aangemerkt als feitelijk leidingge- venden en derhalve kunnen worden beboet.

Concluderend kan worden gesteld dat feitelijk leidinggeven- den zijn gewaarschuwd. De NMa gromt niet langer alleen naar natuurlijke personen, maar bijt ook!

17. Tijdens het drukken van dit artikel zijn de eerste boetes opgelegd aan fei- telijk leidinggeven- den in verband met kartels. Zie NMa-persbericht, 4 november 2010, 'NMa beboet drie leidinggeven- den van Limburgse bouwbedrijven'.

18. FD 14 augustus 2010, 'NMa-baas: dreigen met strafrechter schrikt ver- klikkers van kartels af', p. 3. Het is aannemelijk dat deze uitspraak in bezwaar- en beroepsprocedures ten aanzien van persoonlijke boetes nog vaak zal worden geciteerd.

19. NMa-besluit 1528/896, Wegener – [leidinggevende A], randnr. 25.

20. NMa-besluit 1528/896, Wegener – [leidinggevende A], randnr. 60.

21. Vgl. Vinken & Van Joolingen 2010.