

# Artikel

## Sancties voor leidinggeevenden in het Nederlandse mededingingsrecht

Mr. M.M. Slotboom\*

### Inleiding

106

Per 1 oktober 2007 heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM), toen nog de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) geheten,<sup>1</sup> de bevoegdheid verkregen om voor overtredingen van de Mededingingswet (Mw)<sup>2</sup> sancties op te leggen aan natuurlijke personen, die tot de overtredingen opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijke leiding hebben gegeven (gezamenlijk ook 'leidinggeevenden').<sup>3</sup> Hierdoor werd – ongeveer tien jaar na de inwerkingtreding van de Mw – de kring van personen aan wie ACM sancties kan opleggen aanzienlijk uitgebreid.<sup>4</sup>

\* Mr. M.M. Slotboom is partner bij VVGB Advocaten/Avocats te Brussel.

1. Hierna wordt de afkorting ACM ook gebruikt om de NMa aan te duiden.
2. Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, *Stb.* 1997, 242.
3. Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die Wet, *Stb.* 2007, 284.
4. Per 1 juli 2009 is de kring van personen aan wie ACM sancties kan opleggen ook op een ander punt uitgebreid. Toen is immers niet alleen de bevoegdheid om leidinggeevenden aansprakelijk te houden voor overtredingen overgeheveld van de Mw naar de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (zoals hierna nog zal worden besproken). Ook introduceerde art. 5:1 lid 2 Awb vanaf die datum voor de toepassing van onder andere de Mw het begrip medepleger: 'Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt' (cursivering toegevoegd). Deze bepaling stelt ACM in staat sancties op te leggen aan rechtspersonen en natuurlijke personen, die als medepleger kwalificeren. Van een medepleger is sprake bij een 'bewuste en nauwe samenwerking' met de overtredende persoon, waarbij de medepleger deelneemt aan de overtreding (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 79-80). Tot dusverre heeft ACM voor zover mij bekend geen sancties opgelegd aan medeplegers in de zin van art. 5:1 lid 2 Awb bij de toepassing van de Mw.

Dit artikel bespreekt de stand van zaken met betrekking tot sanctieoplegging aan leidinggeevenden, ongeveer zes jaar na deze uitbreiding. Eerst wordt een kort overzicht gegeven van de regels over het opleggen van sancties aan leidinggeevenden in het kader van de Mw.<sup>5</sup> Vervolgens wordt ingegaan op het begrip leidinggeevenden voor zover relevant voor de toepassing van de Mw. Daarna worden de vier zaken besproken, waarin ACM tot nu toe leidinggeevenden heeft beboet op basis van de Mw. Afgerond wordt met slotopmerkingen. Daarin wordt de beboeting van leidinggeevenden onder andere besproken in de context van het EU-mededingingsrecht en de fundamentele rechten.

### Leidinggeevenden in het kader van de Mw

Van meet af aan beschikte ACM over de bevoegdheid om sancties op te leggen aan natuurlijke personen voor overtredingen van de artikelen 6 en 24 Mw.<sup>6</sup> Sancties wegens inbreuk op deze bepalingen door een onderneming konden op grond van artikel 56 lid 1 Mw (oud) worden opgelegd aan 'de natuurlijke persoon of rechtspersoon, aan wie de overtreding kan worden toegerekend.' De memorie van toelichting bij de Mw benadrukte in dit verband dat '[m]et de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, wordt gedoeld op de eigenaar van de onderne-

5. Buiten beschouwing blijft de bevoegdheid van ACM om leidinggeevenden te beboeten op basis van andere wetten dan de Mw, zoals de Gaswet en de Elektriciteitswet.
6. Gezien art. 89 Mw geldt dit ook voor overtredingen van art. 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU).

ming'.<sup>7</sup> Aanvankelijk achtte de wetgever het niet passend om bestuurders persoonlijk aansprakelijk te houden voor overtredingen door ondernemingen. Artikel 56 lid 4 Mw (oud) bepaalde daarom expliciet dat een bestuurder van een rechtspersoon niet beschouwd werd als een overtreder van de artikelen 6 en 24 Mw.<sup>8</sup>

Ruim vijf jaar na de inwerkingtreding van de Mw werd het uitgangspunt dat bestuurders niet beboet zouden mogen worden losgelaten. Op 23 oktober 2003 besloot het toenmalige kabinet dat ACM de bevoegdheid zou moeten verkrijgen om opdrachtgevers en feitelijke leidinggevendenden binnen een onderneming te beboeten.<sup>9</sup> Dit werd gezien als een 'noodzakelijke stap om de handhaving van de Mededingingswet afschrikwekkender en daarmee effectiever te maken'.<sup>10</sup> Als gevolg van deze koerswijziging verkreeg ACM per 1 oktober 2007 in artikel 56 lid 4 Mw (oud) de bevoegdheid om de in artikel 56 lid 1 Mw genoemde sancties op te leggen aan leidinggevendenden wegens inbreuk op de artikelen 6 en 24 Mw (en art. 101 en 102 Mw<sup>11</sup>). Ten behoeve daarvan werd een nieuw artikel 56 lid 4 Mw ingevoerd: 'Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing'.<sup>12</sup> Artikel 51 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) bepaalt op zijn beurt:

'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.'

Ook al zag het gewijzigde kabinetstandpunt van 23 oktober 2003 uitsluitend op overtredingen van de artikelen 6 en 24 Mw (en art. 101 en 102 VwEU), een vergelijkbare bepaling werd zonder discussie ingevoerd in artikel 75a Mw voor andere overtredingen (art. 69, 70a, 70b en 71 tot en met 75 Mw), waaronder die van de concentratiebepalingen.

Per 1 juli 2009 is artikel 56 lid 4 Mw (oud) weer komen te vervallen en is artikel 75a Mw gewijzigd.<sup>13</sup> De reden was de invoering in de Vierde tranche Awb<sup>14</sup> van artikel 5:1 lid 3 Awb: 'Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing'.<sup>15</sup> Vanaf 1 juli 2009 bepaalt de Awb dus wie als overtredders aangemerkt kunnen worden, terwijl de Mw regelt voor welke gedragingen welke sancties kunnen worden opgelegd.<sup>16</sup> Krachtens (de tweede zin van) artikel 5:1 lid 3 Awb jo. artikel 56 lid 1 Mw kan ACM leidinggevendenden voor inbreuken op de artikelen 6 en 24 Mw en (vanwege art. 89 Mw) de artikelen 101 en 102 VwEU een bestuurlijke boete, een last onder dwangsom en een bindende aanwijzing tot naleving van de wet opleggen. De maximale boete, die ACM kan opleggen aan leidinggevendenden, bedraagt ingevolge artikel 57 lid 1 tweede volzin 450.000 euro. Artikel 75a Mw kent een identieke regeling voor andere overtredingen van de Mw.<sup>17</sup>

7. *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86-87 (MvT).*
8. Dit gold ook voor art. 101 en 102 VwEU (zie, *supra*, voetnoot 6). Sanctieoplegging aan natuurlijke personen op basis van art. 6 en 24 Mw (en art. 101 en 102 VwEU) was dus uitzonderlijk, nu ondernemingen die onderworpen zijn aan de Mw doorgaans in eigendom zijn van rechtspersonen. Toch heeft ACM al snel na de inwerkingtreding van de Mw een aantal notarissen als eigenaren van een onderneming beboet (*Bredase notarissen*, besluit in zaak 952 van 14 september 1999, besluit op bezwaar van 12 februari 2001, uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AH9702 en arrest van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) van 12 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO6479). Zie voor een ander geval waarin natuurlijke personen als eigenaren van een onderneming zijn beboet de *Glazenwassers-zaak* (6425, 20 december 2011). Ook kon ACM van meet af aan boetes opleggen aan natuurlijke personen wegens schending van de medewerkingsplicht krachtens art. 5:20 lid 1 Awb.
9. *Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1.* Zie ook *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 8 (MvT)*.
10. *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 4, p. 4 (MvT)*.
11. Vanwege art. 89 Mw.
12. Ingevoerd bij wet van 28 juni 2007, *Stb.* 2007, 284. De minister pareerde in het nader rapport (*Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 4, p. 4*) kritiek van de Raad van State (*Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 4, p. 34*) dat (1) de minister de noodzaak en effectiviteit van het van toepassing verklaren van art. 51 Sr niet had aangetoond en (2) hij ook niet had aangetoond dat de afstemming van de Mw op het Europese mededingingsrecht niet werd doorkruist. Een amendement van parlementslid Heemskerck (*Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 16*) tot invoering van strafrechtelijke vervolging voor leidinggevendenden werd op 29 augustus 2006 in de Tweede Kamer verworpen. Het vergelijkbaar verzoek van parlementsliden Van Dam en Braakhuis in 2011 om strafrechtelijke handhaving voor natuurlijke personen in te voeren, wees de minister af in de memorie van toelichting bij het voorstel Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht ('voorstel Stroomlijningswet'), *Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 16-19*.

13. *Stb.* 2009, 265, Aanpassingswet Vierde tranche.
14. *Stb.* 2009, 264. Awb. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever bij de invoering van art. 56 lid 4 Mw (oud) anticipeerde op de Vierde tranche Awb (*Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 8-9 (MvT)*).
15. Art. IV lid 1 van de Vierde tranche Awb luidt: 'Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing'. Voor overtredingen in de periode van 1 oktober 2007 tot 1 juli 2009 bleven art. 56 lid 4 en 75a Mw (oud) gelden.
16. Zie anders M.J. Frese, 'Verwijderen van sanctiebepalingen uit de Mw? Bezint eer gij begint', *M&M* 2006/5, p. 137-138.
17. In het voorstel Stroomlijningswet wordt een algemeen boetemaximum voor leidinggevendenden opgenomen in art. I onderdeel H, art. 12n. Art. 57 lid 1 tweede volzin en 75a Mw komen te vervallen (art. XI onderdelen Q en X, art. 56). De boetemaxima voor leidinggevendenden gelden niet voor natuurlijke personen/medeplegers in de zin van art. 5:1 lid 2 Awb (zie, *supra*, voetnoot 4) en voor natuurlijke personen/niet zijnde leidinggevendenden die inbreuk maken op de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb. Aangenomen kan worden dat voor hen de boetemaxima van 450.000 euro van art. 57 lid 1 eerste alinea Mw en 69 Mw gelden (voor zo ver zij niet als ondernemingen aangemerkt kunnen worden) (zie ook voetnoot 1 van de MvT, *Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3* voor zover het art. 69 Mw betreft ingeval een natuurlijke persoon in strijd handelt met de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb).

Paragraaf 2.1.5 van de Beleidsregels houdende richtsnoeren voor het opleggen van boetes<sup>18</sup> (hierna: Beleidsregels) ziet op beboeting van natuurlijke personen.<sup>19</sup> ACM stelt bij deze beboeting een boetegrondslag vast die ‘gerelateerd is aan de ernst van de overtreding 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. De boetegrondslag is in deze gevallen de basisboete’.<sup>20</sup> ACM kan een inschatting maken van het inkomen en vermogen van de leidinggevende, indien deze niet op basis van door hem zelf versterkte informatie bepaald kunnen worden.<sup>21</sup> De boetegrondslag wordt vastgesteld binnen de bandbreedte van 50.000 euro tot 400.000 euro voor leidinggeven aan ernstige overtredingen van de Mw en van de artikelen 101 en 102 VWEU.<sup>22</sup> Voor leidinggeven aan minder ernstige overtredingen bedraagt de bandbreedte 10.000 en 200.000 euro.<sup>23</sup> ACM kan de basisboete bijstellen vanwege boeteverhogende en -verlagende omstandigheden. Daartoe behoren de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en de positie binnen de onderneming of ondernemersvereniging waarvoor deze persoon werkzaam is/was.<sup>24</sup> Relevant is dat leidinggevend gebruik kunnen maken van de clementieregels in Afdeling 2.2 Beleidsregels. Ten slotte is van belang te wijzen op de artikelen 51 lid 2 en 53 lid 2 Mw. Daarin wordt het *legal privilege* van artikel 51 lid 1 Mw, dat geldt voor correspondentie tussen onderneming en advocaat, uitgebreid naar correspondentie tussen leidinggevende en advocaat. Ook het zwijgrecht en de cautieplicht van artikel 53 lid 1 Mw gelden krachtens artikel 53 lid 2 Mw voor leidinggevend.<sup>25</sup> Dat is van belang, nu dit zwijgrecht al van toepassing is, zodra er ‘een redelijk vermoeden is dat een

bepaalde onderneming of ondernemersvereniging een overtreding heeft begaan’. Zonder deze uitbreiding zouden leidinggevend slechts profiteren van het zwijgrecht van artikel 5:10a Awb, dat beperkter is. In sommige gevallen zal dat zwijgrecht immers later ontstaan, omdat het – anders dan artikel 53 Mw – eerst geldt op het moment van verhoor ‘met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie’.<sup>26</sup> Bovendien geldt artikel 5:10a Awb – anders dan artikel 53 Mw – uitsluitend, indien een bestuursorgaan overweegt een overtreding punitief af te doen. In die zin is het voorstel om het huidige artikel 53 Mw te schrappen en dus artikel 5:10a Awb van toepassing te laten zijn (weliswaar met de uitbreiding tot voor de onderneming werkzame natuurlijke personen), een stap achteruit in de rechtsbescherming.<sup>27</sup>

## Wanneer is er sprake van leidinggeven?

Met het van toepassing verklaren van artikel 51 lid 2 Sr werd in het Nederlandse mededingingsrecht een functioneel en accessoir daderschap ingevoerd.<sup>28</sup> *Functioneel*, nu een persoon, die zelf de ongeoorloofde gedraging niet heeft verricht, toch als pleger kan worden aangemerkt, omdat hij voor deze gedraging verantwoordelijk wordt gehouden. *Accessoir*, nu uit de tekst van artikel 51 lid 2 Sr volgt dat de aansprakelijkheid wegens leidinggeven afhangt van de vraag of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan.<sup>29</sup> Zonder overtreding door een rechtspersoon kunnen leidinggevend niet worden beboet.<sup>30</sup> Strikt gezien is het voor sanctieoplegging aan leidinggevend niet noodzakelijk dat ACM een sanctie oplegt aan een overtredende rechtspersoon; de vaststelling van een overtreding door een rechtspersoon is voldoende. Krachtens artikel 5:1 lid 3 Awb jo. artikel 51 lid 2 Sr heeft ACM de keuze om sancties op te leggen aan de rechtspersoon (onder 1°), de leidinggevende (onder 2°), dan wel beide (onder 3°). Er kunnen zich (uitzonderlijke) situaties voordoen, waarin zij het opportuun acht om geen sancties op te leggen aan de overtre-

18. Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ/12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving, *Stcrt.* 24 april 2013, 11214. De Beleidsregels vervangen de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9150320, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving, *Stcrt.* 29 2009, 14079. Laatstgenoemde Beleidsregels vervangen op hun beurt de Boetecode 2007, *Stcrt.* 2007, 123, *Stcrt.* 2007, 196.
19. De Beleidsregels gelden ook voor natuurlijke personen/niet zijnde leidinggevend die inbreuk maken op de medewerkingsplicht van art. 5:20 lid 1 Awb (zie art. 2.11 lid 1 Beleidsregels) (zie, *supra*, voetnoot 17). De Beleidsregels bevatten geen regels over medeplegers/natuurlijke personen.
20. Art. 2.11 lid 2 Beleidsregels.
21. Art. 2.11 lid 3 Beleidsregels.
22. Art. 2.11 lid 4 onder b onder 4 en 6 Beleidsregels. Ernstige overtredingen zijn inbreuken op art. 6, 24, 34, 37 lid 4, 39 lid 2 onder a of b, 40 lid 2, 40 lid 3 onder a of b, 41 lid 1 of lid 4, 46 lid 2, lid 3 of lid 4, 49a lid 4, of art. 56 lid 1 onder c Mw. Art. 11 lid 4 onder b onder 6 Beleidsregels voegt daaraan art. 101 en 102 VWEU toe.
23. Art. 12.1 lid 4 onder a onder 6 Beleidsregels. Minder ernstige overtredingen zijn inbreuken op art. 25b lid 1 of lid 2, 25e eerste volzin, 35, 42, 43, 59a lid 3, 70b of 77a lid 3 Mw.
24. Art. 2.12-2.15 Beleidsregels.
25. Art. 51 lid 2 en 53 lid 2 Mw zijn ingevoerd bij wet van 6 maart 2008, *Stb.* 2008, 95 (Artikel XI).

26. Zie ook M. Plomp, ‘ACM procedures, one strike and you are out’, *TMR*, nr. 6, p. 215-216.
27. Art. XI, onderdeel U voorstel Stroomlijningswet, *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, nr. 2. Ook is het volgens de MvT bij het voorstel Stroomlijningswet de bedoeling van de minister in dit voorstel om ex-werknemers weer van hun pas door het Cbb gegeven zwijgrecht te ontnemen (art. I onderdeel H, art. 12i). Deze beperking geldt weer voor ex-werknemers die als leidinggevend worden aangemerkt. Art. 51 Mw wordt in het voorstel Stroomlijningswet ongewijzigd vervangen door art. 12g Instellingswet (zie art. I onderdeel H).
28. Zie S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 393-415 en p. 424.
29. Voor de toepassing van art. 51 lid 2 Sr worden krachtens art. 51 lid 3 Sr de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen gelijkgesteld met de rechtspersoon.
30. Dit betekent dat, indien een natuurlijk persoon als eigenaar van een onderneming beboet wordt voor een overtreding van een inbreuk op de Mw door zijn ondernemingen, leidinggevend die deze natuurlijke persoon in dienst heeft, niet beboet kunnen worden.

dende rechtspersoon, maar wel aan één of meer leidinggevendens.<sup>31</sup> Artikel 51 lid 2 Sr laat onbesproken welke instantie de overtreding door de rechtspersoon vaststelt. In beginsel zou ACM leidinggevendens van een rechtspersoon kunnen beboeten, indien bijvoorbeeld de Europese Commissie vaststelt dat de rechtspersoon de artikelen 101 of 102 VWEU heeft overtreden en de overtreding een impact heeft op de mededinging in Nederland.

Artikel 51 lid 2 Sr sluit niet uit dat een leidinggevende zelf een rechtspersoon is. In het strafrecht zijn bij de toepassing van deze bepaling rechtspersonen als leidinggevendens aangemerkt.<sup>32</sup> Uit de eerder besproken wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever deze mogelijkheid niet (expliciet) voor ogen had bij de invoering in 2007 van de mogelijkheid om leidinggevendens te beboeten wegens overtredingen van de Mw.<sup>33</sup> De uitbreiding van de kring van personen aan wie ACM een sanctie kan opleggen, werd juist ingegeven door de wens om sancties te kunnen opleggen aan natuurlijke personen als leidinggevendens.<sup>34</sup> Toch kan niet worden uitgesloten dat een rechtspersoon die leiding geeft aan een overtreding van een andere rechtspersoon,<sup>35</sup> een sanctie opgelegd krijgt krachtens artikel 5:1 lid 3 Awb jo. artikel 51 lid 2 Sr.<sup>36</sup> De hierboven besproken boetemaxima van artikel 57 lid 1 tweede zin en artikel 75 Mw gelden inderdaad voor leidinggevendens, los van de vraag of het gaat om rechtspersonen of natuurlijke personen.

Voor de vraag onder welke omstandigheden personen als leidinggevendens aangemerkt worden, dient volgens de memorie van toelichting bij de wet van 2007 rekening te worden gehouden met de in het strafrecht ontwikkelde jurisprudentie over artikel 51 Sr.<sup>37</sup>

Het begrip ‘opdracht geven’ roept in de praktijk weinig vragen op. Het begrip is in feite een bijzondere vorm van het ruimere begrip ‘feitelijke leiding geven’. Het begrip ‘opdracht geven’ veronderstelt dat een persoon de feitelijke macht heeft tot opdracht geven. Bovendien moet er een causaliteit bestaan tussen de gegeven

opdracht en de daarna door de rechtspersoon begane overtreding.<sup>38</sup>

Ook voor ‘feitelijke leiding geven’ moeten een hiërarchische structuur en een causaal verband tussen leidinggeven en de verboden gedraging aanwezig zijn. Feitelijke leiding geven kan plaatsvinden in verschillende gradaties. In het meest voor de hand liggend geval neemt de persoon het initiatief en heeft hij een sleutelpositie bij de feitelijke uitvoering van de overtreding door anderen. Maar allerlei varianten zijn denkbaar. Aan het ene uiterste bevindt zich de actief feitelijk leidinggevende die de gedraging zelf uitvoert.<sup>39</sup> Aan het andere uiterste is er de passief feitelijk leidinggevende die slechts ‘ziet, hoort en zwijgt’.<sup>40</sup> Dit laatste geval betreft de ondergrens van aansprakelijkheid van artikel 51 lid 2 onder 2 en onder 3 Sr. De Hoge Raad heeft zich in *Slavenburg II* over deze ondergrens als volgt uitgelaten:

‘5.1.1 Van feitelijke 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.’<sup>41</sup>

Uit dit citaat kunnen in verband met de ondergrens van ‘feitelijke leiding geven’ twee cumulatieve criteria onderscheiden worden, namelijk (1) het nalaten van het nemen van maatregelen ter voorkoming van verboden gedragingen, hoewel de desbetreffende persoon daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (2) bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen.<sup>42</sup>

Wat de eerstgenoemde voorwaarde betreft (‘nalaten’) volgt uit r.o. 5.1.1 van *Slavenburg II* dat voor aansprakelijkheid wegens feitelijke leiding geven sprake dient te zijn van een bevoegdheid en een plicht (‘redelijkerwijs gehouden’) tot het nemen van maatregelen ter voorkoming van de verboden gedragingen. Voor het antwoord op de vraag wanneer een persoon bevoegd en redelijkerwijs gehouden is tot het treffen van maatregelen kunnen (wettelijke) zorgplichten relevant zijn, maar de positie van de persoon binnen de rechtspersoon en de

31. Art. 51 lid 2 Sr sluit niet uit dat er sprake kan zijn van meer dan één leidinggevende (HR 16 juni 1981, *NJ* 1981, 586). Er kunnen zich bijvoorbeeld gevallen voordoen waarin een rechtspersoon boete-immuniteit krijgt op basis van de clementieregels maar één of meer leidinggevendens niet.

32. Zie bijvoorbeeld HR 25 januari 2000, *NJ* 2000, 279.

33. De MvT bij de Aanpassingswet Vierde tranche besteedt hieraan geen specifieke aandacht. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 703, nr. 3 (MvT).

34. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 8 (MvT): ACM zou de bevoegdheid moeten krijgen om ‘bestuurders, managers en andere werknemers’ te beboeten.

35. Bijvoorbeeld een rechtspersoon die op basis van een managementcontract leidinggevende werkzaamheden verricht.

36. Een andere mogelijkheid is dat een dergelijke rechtspersoon als een medepleger in de zin van art. 5:1 lid 2 Awb wordt aangemerkt, indien er sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79-80 (MvT)). De vraag is of ACM rechtspersonen, die zij voorheen als ‘kartelondersteuners’ aangemerkt (zie bijvoorbeeld zaken 6492, *Tongelreep*, en 6430, *Meiveld*), besluiten op bezwaar van 3 februari 2010 in de schildersbranche en zaak 7036 *Paprika’s* van 15 mei 2012, waarin de rol van kartelondersteuner eindigde voor de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb), nu als medeplegers zal kwalificeren.

37. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, titel 5.1 (MvT) en *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 9 (MvT).

38. Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 479.

39. Zie De Hullu 2009, p. 480.

40. Zie V. Liem en S. Kooijman, ‘Feitelijk leidinggeven in het mededingingsrecht, bestuurder, manager en werknemer?’, *AM* 2010, nr. 5, p. 105-112.

41. HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321.

42. De geciteerde overweging uit *Slavenburg II* is mijns inziens innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds stelt de Hoge Raad dat, indien aan de genoemde twee voorwaarden is voldaan, ‘onder omstandigheden’ sprake kan zijn van feitelijke leiding geven: bij het vervuld zijn van deze twee voorwaarden is dan niet automatisch sprake van feitelijke leiding geven. Anderzijds ‘wordt’ de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen, indien aan deze twee voorwaarden is voldaan. De Hoge Raad lijkt met ‘wordt’ te suggereren dat feitelijke leiding geven automatisch wordt aangenomen, indien aan de genoemde twee voorwaarden is voldaan.



verantwoordelijkheden en taken binnen de organisatie zullen bepalend zijn. Het gaat erom of de persoon, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking, feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de verboden gedraging van de onderneming, en nagelaten heeft van die mogelijkheid gebruik te maken.<sup>43</sup>

Aan de tweede voorwaarde van *Slavenburg II* ('*bemust de aanmerkelijke kans aanvaarden*') is voldaan indien de persoon voorwaardelijke opzet heeft op de verboden gedragingen, dat wil zeggen indien hij door geen maatregelen te nemen zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat een overtreding zou plaatsvinden. Deze bewustheid kan volgen uit verklaringen of kan worden afgeleid uit de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder die plaatsvond.<sup>44</sup> Aan deze tweede voorwaarde kan voldaan zijn, zelfs indien de persoon niet op de hoogte is geweest van de precieze omstandigheden, waaronder de inbreukmakende gedragingen hebben plaatsgevonden. Een rechtstreeks verband tussen deze gedragingen en feiten waarvan de leidinggevende wel op de hoogte was, is voldoende.<sup>45</sup>

Het gaat te ver in het kader van dit artikel om te speculeren in welke scenario's welke personen als leidinggevenden aangemerkt zouden kunnen worden. Wel doen leden van de raad van bestuur van een onderneming, die (bijvoorbeeld als gevolg van een *audit*) ontdekken dat de onderneming betrokken is bij een overtreding van de Mw er goed aan daaraan een einde te maken (al dan niet gepaard gaande met een clementieverzoek) (niet alleen in het belang van de onderneming maar ook) om te voorkomen dat zij als leidinggevenden zelf beboet worden. Uit *Slavenburg II* volgt dat zij er in dat geval op toe moeten zien dat hun instructie om de gedraging te staken wordt nageleefd door eventuele ondergeschikten.<sup>46</sup>

## De praktijk van ACM inzake leidinggevenden

Tot dusverre heeft ACM haar bevoegdheid om op basis van de Mw boetes aan leidinggevenden op te leggen in een viertal zaken gebruikt, namelijk *Wegener*,<sup>47</sup> *Limburg-*

43. HR 16 juni 1981, *NJ* 1981, 586.

44. HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552.

45. Zie ook De Hullu 2009, p. 468.

46. Zie, *supra*, voetnoot 41. Met dien verstande dat uit een van de zaken in de *Slavenburg*-affaire lijkt te volgen dat, indien binnen de raad van bestuur een van de leden de taak krijgt de in de hoofdtekst bedoelde stappen te ondernemen, de andere leden er in beginsel (en behoudens kwader trouw) op mogen vertrouwen dat dit lid die stappen ook daadwerkelijk onderneemt (zie Hof Den Haag 2 december 1987, *NJ* 1988, 433).

47. *Wegener*, besluiten in zaken 1528/896 [A], 1528/897 [B], 1528/898 [C], 1528/899 [D] en 1528/895 [E]. In de zaak gericht tegen *Wegener* zelf (zaak 1528) en tegen de vijf natuurlijke personen heeft ACM in één document van 24 augustus 2011 de bezwaren van *Wegener* en de natuurlijke personen verworpen. Op 27 september 2012 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528.

*se bouwzaken 1 en 2*,<sup>48</sup> *Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV)*<sup>49</sup> en *Taxivervoer Rijnmond/IJsselsteden*.<sup>50</sup>

### Wegener<sup>51</sup>

Op 14 juli 2010 beboette ACM de onderneming *Wegener* en vijf leidinggevenden wegens het in strijd handelen met een aan de vergunning voor een concentratie verbonden voorschrift in een periode van 1 januari 2002 (en voor de leidinggevenden vanaf 1 oktober 2007<sup>52</sup>) tot en met 14 juli 2010. Het ging om een voorschrift dat het voortbestaan van de onderlinge onafhankelijkheid van de dagbladen PZC en BN/De Stem en hun verspreiding in Zeeuws-Vlaanderen beoogde te waarborgen.

ACM beboette leidinggevenden [A], [B], [D] en [E], omdat zij als commissarissen van PZC en BN/De Stem tijdens een gezamenlijke vergadering van de raden van commissarissen (RvC) van de twee dagbladen hun goedkeuring hadden gegeven aan besluiten van het bestuur over een nauwere samenwerking tussen de redacties van de twee dagbladen. Bovendien hadden zij als commissarissen kennis van de personele unie tussen de redacties van PZC en BN/De Stem in de persoon van [C].<sup>53</sup> Ook brachten zij een personele unie tussen de twee RvC's van de twee dagbladen tot stand. De commissarissen hebben zich – aldus ACM – op geen moment van deze dubbelrol en de daaruit volgende coördinatie van het commercieel beleid van de twee dagbladen gedistantieerd of zich daartegen verzet. ACM achtte het van bijzonder belang dat de commissarissen – op basis van een door hen getekende overeenkomst – juist waren aangesteld met de bijzondere taak het voorschrift na te (laten) leven. Omdat de commissarissen geen einde hebben gemaakt aan de inbreuk op het voorschrift door *Wegener*, werden zij volgens ACM geacht daaraan leiding te hebben gegeven. [C] kreeg een boete als directeur van eerst BN/De Stem en nadien PZC vanwege de personele unie van de directie van de twee dagbladen per 1 januari 2003 en vanwege de benoeming van één hoofdredacteur voor beide dagbladen vanaf 1 januari 2009.

48. *Limburgse bouwzaken 1 en 2*, besluiten in zaken 6494-1/309 en 6836-1/220 [A], 6494-1/308 en 6836-1/219 [B] en 6494-1-307 en 6836-1/218 [C], 29 oktober 2010. Zie ook de besluiten op bezwaar (zaken 7094/52 en 50, [B] en [C] van 8 maart 2012) en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079.

49. *LHV*, besluiten in zaken 6888 van 30 december 2011, nog niet openbaar gemaakt.

50. *Taxivervoer Rijnmond/IJsselsteden*, 7130/212 en 7131/219 [A], 7130/213 en 7131/220 [B], 7130/214 [C], 7130/215 [D], 7131/221 [E], 7131/223 [F].

51. Zie ook S.M.M.C. Vinken en D.T.A. Noordeloos, 'NMa beboet *Wegener* en feitelijk leidinggevenden voor €20 miljoen', *Bb* 2010/21, p. 155-159, L.E.J. Korsten, 'Wegener herzien', *M&M* 2012/6, p. 217-213 en D.T.A. Noordeloos en S.J.M. van Kupperveld, 'Wegener en feitelijk leidinggevenden succesvol in beroep', *Bb* 2013/2.

52. De datum waarop de wet in werking trad waarbij het mogelijk werd boetes op te leggen aan leidinggevenden.

53. In de hierna te bespreken uitspraak van de rechtbank zijn andere hoofdletters gebruikt om de personen aan te duiden dan ACM heeft gebruikt: [A] in het ACM-besluit blijft [A] in de uitspraak. [B] in het ACM-besluit wordt [D] of [E] in de uitspraak, [C] in het ACM-besluit wordt [B] in de uitspraak, [D] in het ACM-besluit wordt [C] in de uitspraak, en [E] blijft [E] of wordt [D] in de uitspraak. In de hoofdtekst wordt de belettering uit de uitspraak van de rechtbank gevolgd.

De Rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 27 september 2012 het besluit op bezwaar (dat het primaire besluit in stand liet)<sup>54</sup> voor een belangrijk deel vernietigd en gewijzigd. Wat betreft de overtreding door Wegener, kwam de rechtbank tot de volgende conclusies, die ook van belang zijn voor de sancties die ACM aan de leidinggevenden had opgelegd.

- De rechtbank oordeelde dat vanaf 1 januari 2009 er één hoofdredacteur was voor BN/De Stem en PZC en dat in strijd met het voorschrift deze dagbladen niet langer onafhankelijk en zelfstandig waren. De rechtbank verwierp het standpunt van ACM dat de schending van het voorschrift al op 1 januari 2002 aanving, toen de redacties van de twee dagbladen werden samengevoegd, maar er nog wel twee hoofdredacteurs waren.<sup>55</sup>
- Anders dan ACM achtte de rechtbank dat geen onderdeel van het voorschrift was een verbod op coördinatie van commercieel beleid van de twee dagbladen. Door het commercieel beleid van de dagbladen te coördineren maakte Wegener volgens de rechtbank geen inbreuk op het voorschrift.<sup>56</sup>
- De rechtbank was het eens met ACM dat Wegener het voorschrift had geschonden om iedere personele unie tussen de raden van commissarissen en directies van PZC en BN/De Stem uit te sluiten. Per 1 januari 2003 werd [C] zowel directeur van BN/De Stem als *de facto* directeur van PZC. Een personele unie tussen de RvC's werd tot stand gebracht in de persoon van [B]. Hij was vanaf 1 mei 2008 commissaris bij zowel PZC als bij BN/De Stem.<sup>57</sup>

De rechtbank kwam ook tot een andere conclusie over de vraag in hoeverre commissarissen leidinggevenden kunnen zijn. Volgens de rechtbank valt de rol van commissaris slechts bij uitzondering te verenigen met het begrip leidinggevende, omdat de mogelijkheden en de invloed van een commissaris doorgaans beperkt zijn tot het houden van toezicht. De rechtbank oordeelde dat, voor zover het gaat om het optreden van [A], [B], [D] en [E] als commissaris, deze personen noch in hun rol van 'gewoon' commissaris noch in hun specifieke rol waarbij zij op basis van hun getekende overeenkomst toezicht moesten houden om de onderlinge onafhankelijkheid van edities te waarborgen, aan te merken zijn als leidinggevenden.<sup>58</sup> Dit bracht de rechtbank ertoe de besluiten voor [D] en [E], die uitsluitend beboet waren vanwege leidinggeven als commissarissen, te vernietigen. Hun boetes van 250.000 euro kwamen te vervallen.

[B] was niet alleen commissaris van eerst PZC en daarna ook BN/De Stem. Hij was tot 1 mei 2008 ook voorzitter van de raad van bestuur (RvB) van Wegener. In die functie was hij betrokken bij onderhandelingen met ACM over het voorschrift in het concentratiebesluit. [B] was op de hoogte van de personele unies tussen de

directies en tussen de RvC's van PZC en BN/De Stem. Gelet op zijn positie als voorzitter van de RvB van Wegener was hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden om zich tegen deze gedragingen te verzetten. Bovendien heeft hij volgens de rechtbank de inbreuk gepersonificeerd, doordat hij – naast dat hij commissaris was bij PZC sinds 20 augustus 2002 – per 1 mei 2008 commissaris werd bij de RvC van BN/De Stem. Bij de voorbereiding van deze benoeming was hij nog voorzitter van de RvB van Wegener. Maar de rechtbank meende – anders dan ACM – dat [B] niet beboet kan worden voor de samenvoeging van redacties per 1 januari 2009, want toen maakte [B] geen onderdeel meer uit van de RvB van Wegener. In dit licht (en ook omdat [B] niet beboet kan worden voor zijn rol als commissaris) verlaagde de rechtbank de boete voor [B] van 350.000 naar 100.000 euro.

[A] was lid van de RvB van Wegener tot 1 mei 2008 en als zodanig leidinggevende. Omdat hem wel de overtreding van personele unies tussen directies van PZC en BN/De Stem per 1 januari 2003 kan worden toegerekend vanaf 1 oktober 2007, maar niet van de RvC vanaf 1 mei 2008 (en ook omdat [A] niet beboet kan worden voor zijn rol als commissaris) verlaagde de rechtbank zijn boete van 300.000 naar 50.000 euro.

[C] was volgens de rechtbank als directeur van BN/De Stem en *de facto* directeur bij PZC feitelijk leidinggevende. Hij heeft in 2002 (net als de andere door ACM beboete leidinggevenden) een overeenkomst getekend om het voorschrift na te leven. Anders dan ACM meent de rechtbank dat [C] niet geacht kan worden feitelijke leiding te hebben gegeven aan zijn eigen benoeming als directeur van BN/De Stem en aan het feit dat hij per 1 januari 2003 *de facto* directeur bij PZC werd. Omdat de rechtbank oordeelde dat de coördinatie van commercieel beleid geen inbreuk vormde op het voorschrift, kon [C] naar de mening van de rechtbank uitsluitend beboet worden voor de benoeming van één hoofdredacteur voor beide dagbladen vanaf 1 januari 2009. De rechtbank verlaagde de boete daarom van 150.000 naar 50.000 euro.

Enkele aspecten van deze zaak springen in het oog.<sup>59</sup> Allereerst heeft ACM [A], [B], [D] en [E] vooral beboet in hun rol als commissaris, terwijl de rechtbank tot het oordeel kwam dat deze personen als commissaris geen leidinggevenden zijn geweest. Een commissaris houdt doorgaans toezicht<sup>60</sup> en dat gold volgens de rechtbank ook in verband met de specifieke verplichtingen die zij bij overeenkomst op zich hadden genomen inzake het naleven van het voorschrift. Omdat de formele positie niet doorslaggevend is voor de kwalificatie van een persoon als leidinggevende, is het opvallend dat de rechtbank groot gewicht toekent aan de vennootschapsrechtelijke functie van commissarissen, maar weinig aandacht besteedt aan het feit dat de commissarissen zich er bij overeenkomst jegens ACM toe hadden verplicht het

54. Zie annotatie bij het besluit op bezwaar inzake Wegener door P.P.J. van Ginneken, *M&M* 2012/1, p. 25-28.

55. Ov. 5-9 van de uitspraak.

56. Ov. 10-14 van de uitspraak.

57. Ov. 15-19 van de uitspraak.

58. Ov. 47 van de uitspraak.

59. Er is beroep ingesteld.

60. De vraag rijst of dit standpunt van de rechtbank genuanceerd dient te worden in het geval van niet-uitvoerende bestuurders in *one-tier boards* (Wet Bestuur en Toezicht, *Stb.* 2012, 455).

voorschrift na te laten leven en dat zij dus moesten toezien op naleving ervan door Wegener. Zij hadden maatregelen kunnen nemen ter voorkoming van schending van het voorschrift door het onthouden van goedkeuring aan de inbreukmakende besluiten. Uit de sanctiebesluiten lijkt te volgen dat zij daartoe bevoegd waren en – gezien het voorschrift – waren zij daartoe redelijkerwijze gehouden. Zij lijken dus te voldoen aan de voorwaarden die de Hoge Raad heeft geformuleerd in *Slavenburg II* voor het zijn van leidinggevend. <sup>61</sup> Ten tweede is opmerkelijk dat volgens de rechtbank [C] niet beboet kon worden voor het feit dat hij per 1 januari 2003 *de facto* directeur bij PZC werd. Feit is toch wel dat [C] als directeur van BN/De Stem – en dus als leidinggevende – de personele unie van de directies had kunnen voorkomen door zich te verzetten tegen zijn benoeming als *de facto* directeur van PZC. Ten derde is opmerkelijk dat de rechtbank wel [B] maar niet [A] als lid van de RvB van Wegener in de periode vóór 1 mei 2008 aansprakelijk houdt wegens wetenschap van de voorbereidingen van de personele unies tussen de RvC's van PZC en BN/De Stem per 1 mei 2008. Ten vierde uitte ACM in haar besluit op bezwaar irritatie over het feit dat Wegener in haar jaarverslag aangaf dat zij de boetes van de leidinggevend zou betalen. ACM gaf aan dat dit een boeteverhogende omstandigheid kan zijn, maar dat zij in deze fase van de procedure ervan afzag om de boete van Wegener en [C] te verhogen. <sup>62</sup> Mijns inziens kon ACM niet anders vanwege het in het bestuursrecht geldende verbod van *reformatio in peius*.

### Limburgse bouwzaken 1 en 2

ACM heeft Aannemers- en Wegenbouwbedrijf 'Limburg' (WBL) en Janssen de Jong Infra (JdJ) een boete opgelegd voor het afstemmen van inschrijfprijzen bij aanbestedingen. Daarnaast beboette zij [A] als bestuurder van WBL, [B] met een leidinggevende positie binnen JdJ en [C] als directeur bij JvJ. [A] en [B] hadden zelf inschrijfprijzen en –gedrag afgestemd tussen de twee ondernemingen. ACM had weinig moeite om vast te stellen dat zij bevoegd en gehouden waren een eind te maken aan de mededingingsbeperkende gedragingen en dat zij dus leidinggevend waren. Hetzelfde geldt voor [C] als directeur bij JdJ, leidinggevende van [B]. Op basis van zowel verklaringen van [C] tijdens de hoorzitting voorafgaande aan het besluit, als (door het OM doorgespeelde) taps van telefoongesprekken tussen [B] en [C] concludeerde ACM dat [C] op de hoogte was van afstemming door [B] van inschrijfprijzen, evenals van de algemene praktijk van JdJ om mee te werken aan afgestemde inschrijvingen.

ACM stelde de boete voor [A] vast op 10.000 euro. De reden voor de lage boete is als vertrouwelijk aangemerkt.

61. Zie ook E.S. Lachnit en M. Aelen, 'Rechtbank Rotterdam stelt grens aan het opleggen van een persoonlijke boete aan leden Raad van Commissarissen', *TvT* 2013, nr. 1, p. 82-86, die (ook) menen dat '[e]en strikte toepassing van de [Slavenburg] jurisprudentie (...) [er] toe [zou] moeten (...) leiden dat de commissarissen wel als feitelijk leidinggevend hadden moeten worden aangemerkt.'

62. Ov. 120 van het besluit op bezwaar.

Uit het besluit volgt wel dat het feit dat [A] directeur en enig aandeelhouder van WBL was en dat ook die vennootschap is beboet, een rol heeft gespeeld. Kennelijk leidde de boete voor WBL voor een zodanige uitstroom van kapitaal bij WBL dat ACM het passend vond een lage boete voor [A] vast te stellen. <sup>63</sup> Mede gezien de financiële positie van [B] in 2009 stelde ACM de boetegrondslag en basisboete voor [B] vast op 100.000 euro. Het feit dat [B] intussen zijn baan bij JdJ had verloren, achtte ACM geen boeteverlagende omstandigheid. Dit beïnvloedde wel de inkomenspositie van [B], die in aanmerking was genomen bij het vaststellen van de boetegrondslag. ACM rekende [C] aan dat, terwijl hij al leidinggevende was bij JdJ ten tijde van de overtreding en de boeting van die onderneming in het kader van de zogenaamde bouwfraude, hij nagelaten had maatregelen te nemen om een nieuwe inbreuk te voorkomen. ACM stelde een boete van 250.000 euro vast.

In haar besluiten op bezwaar verwierp ACM onder meer het argument van [B] en [C] dat zij al extra gestraft zijn door grote media-aandacht, omdat de media-aandacht voornamelijk voortvloeide uit een parallelle strafzaak. In beginsel sluit ACM dus niet zonder meer uit dat media-aandacht een boeteverlagende omstandigheid kan vormen. Recentelijk, op 13 juni 2013, heeft de Rechtbank Rotterdam de besluiten op bezwaar vernietigd en de primaire besluiten herroepen, omdat zij van oordeel was dat het bewijs in deze zaak voornamelijk gebaseerd was op van het OM verkregen telefoontaps die ACM in het onderhavige geval – naar het oordeel van de rechtbank – niet had mogen gebruiken. <sup>64</sup>

### LHV

Op 30 december 2011 <sup>65</sup> heeft ACM LHV beboet voor het doen van aanbevelingen in een digitale nieuwsbrief aan leden. LHV had haar leden aanbevolen de regie over het aanbod van huisartsenzorg binnen hun regio te voeren en alleen huisartsen toe te laten, indien de in de regio gevestigde huisartsen daarmee instemden. Aanvankelijk meende ACM dat hieraan door zes natuurlijke personen feitelijke leiding was gegeven. <sup>66</sup> Maar uiteindelijk heeft zij slechts twee functionarissen van LHV een boete van 50.000 en 25.000 euro opgelegd. ACM houdt hen verantwoordelijk voor de aanbevelingen van LHV. Van de twee functionarissen mocht naar de mening van AMC redelijkerwijs verwacht worden dat zij hadden ingegrepen om de overtreding te voorkomen, dan wel te beëindigen. <sup>67</sup> Over de besluiten inzake de lei-

63. Dit kan worden afgeleid door de verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad in voetnoot 9 van het besluit.

64. Zie, *supra*, voetnoot 48.

65. ACM kent een naargeestige traditie om sanctiebesluiten in de kerstperiode vast te stellen (zie ook M.M. Slotboom en S.G.H. ter Wee, 'Annotatie bij CRV/NMa', *M&M* 2011/1, p. 26-31, voetnoot 17).

66. Zie ov. 4 van het besluit waarin LHV een boete is opgelegd. In ov. 165 van het besluit geeft ACM hiervoor een verklaring: hun positie binnen de organisatie en hun individuele rol bij het tot stand komen en voortduren van de overtreding zouden minder onderscheidend zijn. Daarom zag ACM geen aanleiding om op te treden tegen de andere natuurlijke personen dan de twee wel beboete personen.

67. Zie ov. 165 van het besluit waarin LHV een boete is opgelegd.



dinggevenen valt nog niets op te merken, behalve dat zij na anderhalf jaar niet openbaar zijn gemaakt.

### Taxivervoer Rijnmond/IJsselsteden

[A] werd beboet als leidinggevende van RMC in verband met twee door ACM vastgestelde marktverdelingsafspraken op het gebied van taxivervoer tussen enerzijds RMC en anderzijds IJsselsteden en de BIOS-groep. [A] was penvoerder van overeenkomsten, waarin de als marktverdeling aangemerkte afspraken werden vastgelegd. Hij heeft deze ook ondertekend. Ook volgt uit e-mailverkeer dat [A] betrokken was bij de uitvoering van de overeenkomsten. ACM verwierp een beroep op gebrek aan verwijtbaarheid vanwege de complexe samenwerking van taxiondernemers in RMC: naar haar mening mocht van [A] als leidinggevende worden verwacht dat hij zich vergewist van de juridische kaders waarbinnen RMC en hijzelf opereren. Gelet op de positie van [A] en zijn directe betrokkenheid bij de overtredingen van RMC, stelde ACM een boetegrondslag van 250.000 en 200.000 euro vast voor de twee overtredingen. Maar ACM achtte het niet evenredig om voor beide overtredingen afzonderlijk een boetegrondslag vast te stellen, omdat een boete in de ene zaak gevolgen heeft op de inkomens- en vermogenspositie van [A] en daarmee voor het opleggen van een boete in de andere zaak en *vice versa*. Met in achtneming van de vermogens- en inkomenspositie stelde ACM één boetegrondslag en dus één basisboete vast van 120.000 euro. Omdat er geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden waren, werd dit bedrag de boete voor [A].

Vergelijkbare overwegingen treft men aan in de besluiten waarin een boete werd opgelegd aan [B], eveneens leidinggevende van RMC. Op basis van e-mails stelde ACM vast dat hij wetenschap had van de overtredingen en dat hij betrokken was bij de totstandkoming en uitvoering ervan. Hij heeft volgens ACM niets gedaan om de gedragingen te stoppen en heeft daarmee de gedragingen van RMC bewust aanvaard. Zijn boete voor beide overtredingen gezamenlijk wordt vastgesteld op 80.000 euro.

De boetebesluiten voor twee leidinggevenen van IJsselsteden, [C] en [D], en twee leidinggevenen van de BIOS-groep, [E] en [F], volgen hetzelfde stramien. [C] en [D] kregen echter ieder een boete opgelegd van slechts 1.000 euro. Uit het boetebesluit voor de ondernemingen RMC en IJsselsteden volgt dat IJsselsteden intussen failliet is. Wellicht verklaart dit de lage boete die aan [C] en [D] werd opgelegd. Het argument van [E], leidinggevende van de BIOS-groep, dat hij met het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst tussen RMC en de BIOS-groep niet beoogd heeft werken te verdelen, werd door ACM verworpen. Een dergelijke verzwaarde vorm van opzet is volgens ACM niet vereist. Omdat volgens ACM [E] het plan voor de verboden samenwerking heeft bedacht, aanwijzingen heeft gegeven over de wijze waarop de afspraak zou moeten worden vormgegeven en toezicht heeft gehouden op de naleving, is hij leidinggevende. Zijn boete wordt vastgesteld op 100.000 euro. [F], ook leidinggevende van de

BIOS-groep, kreeg een boete opgelegd van 80.000 euro. ACM meent dat door het nalaten een e-mail en bijlage te lezen [F] bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de BIOS-groep een mededingingsbeperkende overeenkomst met RMC zou aangaan en uitvoeren. Nu de startdatum van de inbreuk voor [F] is gesteld op de datum waarop RMC de e-mail aan hem toezond, lijkt de motivering van ACM op dit punt wel mager.

## Slotopmerkingen

### Sancties voor leidinggevenen: een vergrote effectiviteit

Het beboeten van leidinggevenen is voor ACM uiteraard een effectief middel om overtredingen van de Mw tegen te gaan, zeker nu het begrip leidinggevende ruim wordt uitgelegd en niet alleen bestuurders omvat, maar een ruimere groep van werknemers die leidinggeven aan de overtreding.

Ten eerste vergroot optreden tegen leidinggevenen het afschrikwekkend effect substantieel: leidinggevenen die zelf risico's lopen, zullen minder snel geneigd zijn hun werkgever te betrekken bij mededingingsbeperkende gedragingen. De financiële gevolgen van een sanctie voor een leidinggevende kunnen aanzienlijk zijn. Om dit afschrikkende effect zo veel mogelijk te handhaven merkte ACM in *Wegener* en *LHV* op dat het feit dat de onderneming de boete van de leidinggevende draagt, een boeteverhogende omstandigheid kan zijn.<sup>68</sup> Naast financiële schade kan de leidinggevende ook rekenen op een flinke reputatieschade. Zelfs indien de namen en functies van de natuurlijke personen in boetebesluiten niet openbaar worden gemaakt,<sup>69</sup> zal het in de praktijk niet moeilijk zijn voor de kringen waarin de personen zich begeven hun identiteit te kennen. Daarnaast zijn arbeidsrechtelijke consequenties niet uitgesloten.

Ten tweede vergroot de bevoegdheid van ACM om sancties op te leggen aan leidinggevenen de mogelijkheid voor ACM om kartels te ontdekken. Zoals hierboven al opgemerkt, kunnen ook leidinggevenen gebruikmaken van clementieregels. Het *prisoners' dilemma* in verband met clementie is dan ook complexer geworden, zeker als er bij een overtreding leidinggevenen betrokken zijn die een verstoorde relatie hebben met hun (voormalige) werkgever. Wellicht zal de beboetbaarheid van natuurlijke personen leiden tot een frequentere gebruikmaking van de clementieregels en dus tot een vergrote kans voor ACM om kartels te ontdekken.

68. Zie ov. 120 van het besluit op bezwaar in de zaak *Wegener* en ov. 184 in het besluit gericht tot LHV. Men kan zich wel afvragen of dit een boeteverhogende omstandigheid voor de leidinggevende kan zijn, zoals ACM in *Wegener* suggereert (zie ov. 120 van het besluit op bezwaar). Uit een uitspraak van het CBb van 20 maart 2012, (ECLI:NL:CBB:2012:BW3671, zie r.o. 4.3) volgt dat een omstandigheid enkel boeteverhogend is, indien die betrekking heeft op het gedrag van de overtreder. Indien een onderneming bereid is de boete van een leidinggevende te dragen, betreft dit niet zonder meer gedrag van laatstgenoemde.

69. Zie in dit kader ook art. 1 onderdeel H, art. 12v, lid 1 onder b) en c) van het voorstel Stroomlijningswet.



## Terughoudendheid?

In de literatuur is wel betoogd dat een terughoudende opstelling past bij het beboeten van natuurlijke personen voor gedragingen die primair als die van de rechtspersoon hebben te gelden.<sup>70</sup> Er zijn geen aanwijzingen dat ACM op dit punt terughoudendheid betracht. Vanwege de hierboven besproken vergrote effectiviteit, die te verwachten valt van sanctieoplegging aan leidinggevend, valt een dergelijke terughoudendheid ook niet te verwachten.

Uit het feit dat ongeveer zes jaar na de introductie van de sanctiemogelijkheid voor leidinggevend er nog maar vier zaken zijn waarin ACM op basis van de Mw leidinggevend heeft beboet, kan deze terughoudende opstelling niet worden afgeleid. Het relatief klein aantal zaken laat zich wellicht deels verklaren door het feit dat vanaf 1 oktober 2007 ACM nog geruime tijd bezig is geweest zaken af te handelen die betrekking hadden op overtredingen die daarvoor beëindigd waren.<sup>71</sup> Toch is er een aantal zaken, waarin de inbreukperiode doorliep tot na 1 oktober 2007, maar waarin ACM geen boete oplegde aan leidinggevend. Uit de boetebesluiten wordt niet duidelijk waarom in deze zaken ACM leidinggevend vrijuit liet gaan.<sup>72</sup>

### Stand van zaken tot nu toe – en een blik naar de toekomst

Het is nog te vroeg om algemene lijnen te zien in de besluitenpraktijk van ACM tot nu toe. Daartoe is het aantal sancties nog te laag, zeker nu in een van de vier zaken de besluiten waarin leidinggevend worden beboet (*LHV*) nog niet openbaar zijn gemaakt. Bovendien is de eerste leidinggevende-zaak (*Wegener*) atypisch: hoewel van meet af aan evident was dat de leidinggevend beboet konden worden voor andere inbreuken op de Mw, was toch de verwachting dat ACM de nieuwe sanctiebevoegdheid vooral zou inzetten in haar strijd tegen kartels. Bovendien is de zaak atypisch, omdat ACM commissarissen beboette. In twee van de vier zaken (*Limburgse bouwzaken 1 en 2* en *Taxi- vervoer Rijnmond/IJsselsteden*) kan er – op basis van de bewijsmiddelen, zoals door ACM gepresenteerd<sup>73</sup> – mijns inziens weinig discussie zijn over de vraag of de beboete personen als leidinggevend kunnen worden aangemerkt.

Toch zullen zich naar mijn verwachting in de toekomst vragen over de interpretatie en toepassing van de twee ondergrenscriteria van leidinggevend ('nalaten' en 'bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden') voordoen. Het is inderdaad aannemelijk dat ACM ondergrensgevallen zal 'opzoeken' om te stimuleren dat leidinggevend alle mogelijke maatregelen zullen nemen ter

70. Zie De Valk 2009, p. 516.

71. Zie bijvoorbeeld de *Meel*-zaak (besluit in zaak 6306 van 16 december 2010 en besluit op bezwaar van 14 maart 2012) en de *Wasserijen*-zaak (besluit in zaak 6855 van 8 december 2011).

72. Zie bijvoorbeeld *Paprika's*, besluit in zaak 7036 van 15 mei 2012, *Zilveruijen*, besluit in zaak 6964 van 25 mei 2012, 7249/282, *Slopers-bedrijven Rotterdam*, besluit in zaak 7249 van 10 december 2012.

73. Ook al mocht ACM deze in *Limburgse bouwzaken 1 en 2* van de rechtbank niet gebruiken (zie, *supra*, de tekst bij voetnoot 64).

voorkoming van kartelinbreuken.<sup>74</sup> De waarschuwing in de zaak *RMC/Rijnmond* aan leidinggevend, dat zij om boetes te voorkomen, hun e-mails maar beter wel kunnen lezen en vervolgens ingrijpen, is een teken aan de wand. Wat het ingrijpen betreft, rust er op hen een onderzoeksplicht: uit de taxivervoerzaken volgt dat AMC niet snel het argument van onduidelijkheid van de Mw accepteert (al dan niet in het kader van verwijtbaarheid). Leidinggevend worden geacht zichzelf en hun onderneming te laten adviseren over de verenigbaarheid van hun gedragingen met de Mw.<sup>75</sup>

### Europese context

Nederland staat uiteraard niet alleen wat betreft sanctieoplegging aan natuurlijke personen. De meerderheid van de EU-lidstaten kent een administratief- of strafrechtelijk sanctiesysteem waarmee tegen natuurlijke personen kan worden opgetreden wegens inbreuk op het mededingingsrecht.<sup>76</sup> Hoewel in sommige landen nog niet frequent wordt opgetreden tegen natuurlijke personen, lijkt het erop dat natuurlijke personen die betrokken zijn bij mededingingsrechtelijke inbreuken in de EU in de toekomst minder snel de dans zullen ontspringen.

Allereerst vergroten steeds meer EU-lidstaten de mogelijkheden om natuurlijke personen te beboeten. Zo zal in België in de loop van dit jaar een nieuwe mededingingsautoriteit de bevoegdheid krijgen om natuurlijke personen een boete op te leggen voor betrokkenheid bij *hard-core*-inbreuken.<sup>77</sup> De Britse wetgever werkt in het kader van een nieuwe mededingingswet aan nieuwe regels die strafrechtelijke vervolging van natuurlijke personen voor *hard-core*-inbreuken moeten vergemakkelijken. In Denemarken kunnen sinds kort natuurlijke personen voor een ernstige en opzettelijke inbreuk op het mededingingsrecht veroordeeld worden tot achttien maanden en in sommige gevallen tot zes jaar gevangenisstraf. In Ierland is de maximale gevangenisstraf voor natuurlijke personen die betrokken zijn bij *hard-core*-kartelinbreuken verhoogd van vijf naar tien jaar. In Polen bestaat het voornemen om in de loop van dit jaar de mededingingswet aan te passen, zodat natuurlijke personen een boete

74. Ook al heeft zij in *LHV* kennelijk vier potentiële leidinggevend vrijuit laten gaan (zie, *supra*, voetnoot 66).

75. Maar zelfs dan zijn zij wellicht – in ieder geval waar het Europees mededingingsrecht betreft – niet vrij van het risico van boetes (zie HwJ EU 18 juni 2013, zaak C-681/11, *Bundeswettbewerbshörde, Bundeskartellanwalt vs Schenker & Co. AG en anderen*, n.n.g., ov. 48).

76. In de meeste gevallen kan slechts worden opgetreden tegen natuurlijke personen bij *hard-core*-inbreuken. Nederland vormt op dit punt een uitzondering, omdat ACM leidinggevend bij alle overtredingen van de Mw kan beboeten. Zoals aan het begin van dit artikel opgemerkt, is deze ruime bevoegdheid tot sanctionering ingevoerd zonder enige substantiële discussie tijdens het wetgevingsproces leidende tot de wet van 28 juni 2007, *supra*, voetnoot 3.

77. De maximumboete is in het Belgisch wetsvoorstel voor natuurlijke personen gesteld op 10.000 euro (art. IV.70. § 2 van de Wet houdende invoeging van boek IV 'Bescherming van de mededinging' en van boek V 'De mededinging en de prijsevoluties' in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht).

opgelegd kunnen krijgen tot 500.000 euro wegens betrokkenheid bij kartelinbreuken.

Ten tweede zullen natuurlijke personen in de toekomst wellicht vaker worden bestraft voor inbreuken op het EU-mededingingsrecht. Tot nu toe sanctioneren nationale mededingingsautoriteiten in de EU (waaronder ACM) vooral natuurlijke personen die betrokken zijn bij nationale of lokale kartels. Maar zij hebben ook de bevoegdheid om het EU-mededingingsrecht toe te passen in het kader van het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten (ECN).<sup>78</sup> In dat kader kunnen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten gegevens uitwisselen en deze als bewijsmiddel gebruiken. Die gegevens kunnen ook gebruikt worden om sancties op te leggen aan natuurlijke personen wegens inbreuk op het mededingingsrecht.<sup>79</sup> Het valt te verwachten dat in het kader van het ECN nationale mededingingsautoriteiten in de EU in toenemende mate ofwel alleen ofwel in samenwerking met andere mededingingsautoriteiten (een deel van de) Europese kartelzaken zullen behandelen, in gevallen waarin voorheen de Europese Commissie alleen optrad. Zij zullen in die gevallen ook vaker kunnen optreden tegen natuurlijke personen, die betrokken zijn bij Europese kartelzaken.

#### Sanctieoplegging aan leidinggevend in het licht van de fundamentele rechten

Over de vraag of het EU-mededingingsrechtstelsel voldoet aan de eisen van fundamentele rechten, zoals neergelegd in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), is veel geschreven.<sup>80</sup> De argumenten die daarover worden uitgewisseld, zijn ook relevant voor het Nederlandse mededingingsrecht, zij het dat er uiteraard verschillen zijn met het EU-mededingingsrecht.<sup>81</sup> Opvallend is dat deze argumenten minder toegespitst zijn op de situatie waarin natuurlijke personen beboet worden wegens schending van het mededingingsrecht. Dit, terwijl de soms laconieke houding dat ‘mensenrechten’ in het mededingingsrecht in mindere mate van toe-

passing zouden zijn op rechtspersonen,<sup>82</sup> zeker niet kan worden ingenomen als het gaat om sanctionering van natuurlijke personen.

In de memorie van toelichting bij het voorstel Stroomlijningswet zet de minister uiteen waarom hij het verzoek van twee parlementsleden tot invoering van strafrechtelijke sancties voor natuurlijke personen afwijst. In dat kader legt hij uit dat bestuursrechtelijke handhaving in voldoende rechtswaarborgen voorziet voor ondernemingen.<sup>83</sup> Los van de vraag of de door hem aangevoerde argumenten valide zijn, is juist vanwege de hierboven genoemde houding ten opzichte van ‘mensenrechten’ in het mededingingsrecht opvallend dat hij natuurlijke personen, waarop het verzoek van de parlementsleden zag, onbesproken laat.<sup>84</sup>

Toch roept de beboeting van natuurlijke personen krachtens de Mw tal van vragen op in verband met artikel 6 EVRM. Zo heb ik in het verleden betoogd dat het zwijgrecht, zoals neergelegd in artikel 53 Mw, op enkele punten te beperkt is in het licht van de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 6 EVRM.<sup>85</sup> Sommige auteurs stellen dat de rechtspraak van het EHRM over bescherming tegen zelf-incriminatie enkel van toepassing is op natuurlijke personen en niet – althans in verminderde mate – op ondernemingen.<sup>86</sup> Daarop valt veel af te dingen. Maar los daarvan zou deze rechtspraak in ieder geval wel in onverminderde mate moeten gelden voor leidinggevend.

Fundamenteler is de vraag of het ‘alles in een hand’-stelsel, waarbij een mededingingsautoriteit boetes oplegt en een rechterlijke instantie die beboeting vervolgens controleert, de toets van artikel 6 EVRM doorstaat, wanneer het de beboeting van natuurlijke personen betreft. Zoals bekend heeft het EHRM in *Menarini* geoordeeld dat de toetsing door de Italiaanse rechter van een besluit waarin de Italiaanse mededingingsautoriteit

78. Zie art. 5 en 11 Verordening 2003/1/EG.

79. Zie art. 12 Verordening 2003/1/EG. Dat gebruik is wel verbonden aan twee voorwaarden: ofwel moet de wetgeving van de toezendende nationale autoriteit voorzien in sancties van soortgelijke aard in verband met een inbreuk op art. 101 of 102 VWEU, ofwel, indien dat niet het geval is, moeten de gegevens zijn verzameld op een manier die eenzelfde mate van bescherming biedt voor de rechten van de verdediging van natuurlijke personen als die welke geboden wordt door de nationale regelgeving van de ontvangende autoriteit. In dit laatste geval mogen de verstrekte gegevens door de ontvangende autoriteit niet gebruikt worden om gevangenisstraffen op te leggen, maar wel voor het opleggen van administratief- en strafrechtelijke boetes.

80. Zie bijvoorbeeld M. Bronckers en A. Vallery, ‘No longer presumed guilty? – The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law’, *World Competition* (44) 2011, nr. 4, p. 535-570 en Th. Bombois, *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Brussel: Larcier 2012.

81. Zoals de *Chinese walls* van art. 54a Mw en de toetsing door de Rechtbank Rotterdam en het CBB, die voller is dan die van de Europese rechters.

82. Zie bijvoorbeeld W. Wils, ‘EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights’, *World Competition* (34) 2011, p. 189, 206-207.

83. Zie p. 18 van de memorie van toelichting bij het voorstel Stroomlijningswet, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 3 (zie ook, *supra*, voetnoot 12). In het voorstel Stroomlijningswet vallen ondernemingen binnen het ruimer begrip ‘marktorganisaties’ (zie art. 1 Onderdeel A, art. 1). De rechtspositie van natuurlijke personen (en rechtspersonen) wordt er in het voorstel voor de Stroomlijningswet in het licht van art. 6 EVRM in ieder geval niet beter op. Zo wordt schorsende werking van besluiten in duur beperkt tot het einde van de beslistermijn op bezwaar, gefixeerd op 24 weken (zie p. 12 van de memorie van toelichting bij het voorstel Stroomlijningswet, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 3) en wordt het zwijgrecht beperkt (zie, *supra*, tekst bij voetnoot 27).

84. In het verleden is wel geopperd dat een van de voordelen van strafrechtelijke handhaving voor natuurlijke personen is dat zij deze natuurlijke personen een betere rechtsbescherming biedt dan bestuursrechtelijke handhaving (zie R. de Bree, ‘Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking’, *M&M* 2006/7, p. 211).

85. Zie M.M. Slotboom, ‘De bescherming tegen zelfbeschuldiging in het Nederlandse mededingingsrecht: te beperkt in het licht van artikel 6 EVRM?’, in: O.J.D.M.L. Jansen, R.J.G.M. Widdershoven en B.M.J. van der Meulen (red.), *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 131-143.

86. Zie bijvoorbeeld, *supra*, voetnoot 82.

een boete van 6 miljoen euro oplegde aan een onderneming, in dat specifieke geval voldeed aan de vereisten van artikel 6 EVRM, omdat de rechter een ‘volle toetsing’ had uitgevoerd.<sup>87</sup> Over de betekenis van het arrest voor ‘alles in een hand’-stelsels is veel geschreven. De meeste auteurs wijzen erop dat *Menarini* in zijn context bezien moet worden. Zij waarschuwen dan ook voor algemene conclusies over het artikel 6 EVRM-conform zijn van ‘alles in een hand’-stelsels.<sup>88</sup> Indien mededingingsrechtelijke sancties als hardkernsancties beschouwd moeten worden, waarop volgens het EHRM in *Jussila*<sup>89</sup> artikel 6 EVRM zonder beperkingen van toepassing is, zou een onafhankelijke rechter in plaats van een mededingingsautoriteit bevoegd moeten zijn om in eerste instantie boetes op te leggen.<sup>90</sup> Vanwege de formulering van de bij het EHRM in *Menarini* voorgelegde klacht is de principiële vraag of mededingingsrechtelijke sancties als hardkernsancties beschouwd moeten worden in die zaak niet aan de orde gekomen. Er zijn auteurs die betogen dat mededingingsrechtelijke sancties te weinig stigmatiserend zijn om als hardkernsancties in de zin van *Jussila* te kunnen worden beschouwd.<sup>91</sup> Bij dit betoog kunnen vraagtekens worden geplaatst voor zover het ondernemingen betreft.<sup>92</sup> Maar het betoog gaat naar mijn mening in ieder geval niet op voor beboete leidinggevenden, nu die door sanctieoplegging zeker een ernstige reputatieschade lijden.<sup>93</sup> Het staat mijn inziens dan ook geenszins vast dat het ‘alles in een hand’-stelsel van de Mw, in ieder geval voor zover het gaat om beboeting van leidinggevenden, verenigbaar is met artikel 6 EVRM.<sup>94</sup>

87. 43509/08, 27 september 2011.

88. Zie bijvoorbeeld M. Bronckers en A. Vallery, ‘Fair and effective competition policy in the EU: Which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?’ , *European Competition Journal* (8) 2012, nr. 2, p. 283-299, R. Wesseling en M. van der Woude, ‘The lawfulness and acceptability of enforcement of European cartel law’, *World Competition* (35) 2012, nr. 4, p. 573-598, Th. Bombois, ‘L’Arrêt *Menarini* c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l’Homme – Droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction’, *Cahiers de Droit Européen* (47) 2011, p. 541-566.

89. 73053/01, 23 november 2006, ov. 43.

90. Zie bijvoorbeeld Bronckers en Vallery 2012 en Bombois 2011, *supra*, voetnoot 88.

91. Zie bijvoorbeeld F. Castillo de la Torre, ‘Evidence, proof and judicial review in cartel cases’, in: C-D. Ehlermann en M. Marquis, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 396.

92. Zie Bronckers en Vallery 2012 en Bombois 2011, *supra*, voetnoot 88. Zie voor de stigmatiserende rol van het mededingingsrecht bijvoorbeeld S. van den Broek, R. Kemp, W.F.C. Verschoor en A.C.de Vries, ‘Reputatieschade als handhavingsinstrument’, *ESB* 2010, nr. 4579, p. 122-124.

93. Zie N.S.R. Rosenboom, ‘Leidinggevende bestrafte onderneming ervaart carrièreschade - Carrièreontwikkeling na inbreuk van artikel 6 Mw’, *M&M* 2012/3, p.117-124. Deze publicatie ziet op leidinggevenden die zelf niet beboet zijn, maar die werkzaam zijn binnen een beboete onderneming (zie voetnoot 4 van dat artikel). De conclusies van het artikel gelden *a fortiori* voor beboete leidinggevenden.

94. Indien dat niet het geval is, maken de *Chinese walls* van art. 53a Mw de inbreuk op art. 6 EVRM misschien wel minder ernstig, maar zij ontlenen het systeem dan niet zijn onrechtmatig karakter.