

[REDACTED]

Advies in de zaak 6888-2 en 6888-3 (de feitelijk leidinggevers)

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr. J. P. Fokker (voorzitter), Prof. dr. H.H.B. Vedder en mr. M.J.S. Korteweg-Wiers (tevens secretaris).

Inleiding en procedure

1. Bij besluiten van 30 december 2011 in zaaknummer 6888 (hierna: de bestreden besluiten) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) aan respectievelijk [REDACTED] en [REDACTED] (hierna gezamenlijk aan te duiden als de feitelijk leidinggevers) tegelijk met een besluit van diezelfde datum aan de Landelijke Huisartsen Vereniging (hierna LHV), een boete opgelegd. In het bestreden besluit inzake [REDACTED] concludeert de Raad dat deze zich in zijn hoedanigheid van [REDACTED] van het bestuur van de LHV heeft schuldig gemaakt aan het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van de LHV van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna Mw), bestaande uit het doen van aanbevelingen met betrekking tot de vestiging van (nieuwe) huisartsen, die geschikt waren de mededinging op de markt voor huisartsenzorg merkbaar te beperken. In het bestreden besluit inzake [REDACTED] concludeert de Raad dat deze zich in zijn hoedanigheid van [REDACTED] van de LHV heeft schuldig gemaakt aan het feitelijk leidinggeven aan dezelfde overtreding door de LHV.
2. Tegen de bestreden besluiten is op 2 februari 2012 een zgn. pro forma bezwaarschrift ingediend. Namens de feitelijk leidinggevers zijn de gronden van het bezwaar op 16 mei 2012 aangevuld. Als gemachtigde heeft zich gesteld mr. C.T. Dekker, advocaat te Zwolle.
3. Bij brief van 22 augustus 2012 is de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna NMa) medegedeeld dat op 23 oktober 2012 een hoorzitting zal plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Deze hoorzitting heeft niet op die datum plaats gevonden wegens ziekte van een der leden van de Adviescommissie, doch, in overleg met partijen, op 8 januari 2013. Partijen, met hun gemachtigden en de vertegenwoordigers van de NMa zijn (met gesloten deuren) gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr. J.P. Fokker (voorzitter), Prof. dr. H.H.B. Vedder en mr. M.J.S. Korteweg-Wiers (tevens secretaris).
4. Bij brief van 12 oktober 2012 heeft de NMA een schriftelijke toelichting toegezonden. Bij brieven van 12 oktober 2012 is ook namens de feitelijk leidinggevers nog een aantal stukken bezorgd respectievelijk ingezonden. Enerzijds een nadere toelichting en anderzijds nog enkele verklaringen.

5. Het verslag van de hoorzitting is op 12 maart 2013 aan partijen toegestuurd.

De bestreden besluiten

6. De bestreden besluiten zijn aan dit advies gehecht als bijlagen.

Inleidende opmerkingen

Vertrouwelijkheid

7. Namens [REDACTED] [REDACTED] en [REDACTED] is verzocht om de openbaarheid van de hoorzitting te laten vervallen en die zitting bij de behandeling van hun bezwaren besloten te doen zijn. Nadat dit verzoek van de zijde van de feitelijk leidinggevers nader is toegelicht heeft de commissie dit verzoek toegewezen.

Behandeling van de bezwaren

8. De bezwaren van de feitelijk leidinggevers gericht tegen de hen betreffende bestreden besluiten worden gezamenlijk behandeld. [REDACTED] en [REDACTED] hebben in de eerste plaats integraal verwezen naar het bezwaarschrift van de LHV. Daarnaast hebben zij ook bezwaren aangevoerd die specifiek zien op de besluiten die hen persoonlijk betreffen.
9. De Adviescommissie heeft bij afzonderlijk advies de bezwaren betreffende het bestreden besluit LHV behandeld, en verwijst voor wat betreft de namens de leidinggevers aangevoerde argumenten naar dat advies. Nu de Adviescommissie tot de slotsom is gekomen dat er geen sprake is van enig (formeel) besluit van de LHV geschikt om de mededinging te beperken, noch van de wil van de LHV om het gedrag van haar leden in zoverre te coördineren, is de conclusie ten aanzien van de hier genoemde feitelijk leidinggevers dezelfde.
10. De Adviescommissie heeft weliswaar overwogen haar advies tot het vorenstaande te beperken, doch is tot de conclusie gekomen dat desondanks een beknopte bespreking van de door de feitelijk leidinggevers aangevoerde grieven hen betreffende op zijn plaats is.
11. De feitelijk leidinggevers hebben beiden aanvullend nog een aantal bezwaren aangevoerd gericht tegen de besluiten die ieder van hen betreffen. Omdat de bezwaren nagenoeg gelijklopend zijn zal de adviescommissie deze bezwaren zoveel mogelijk gezamenlijk bespreken.

De (aanvullende) bezwaren van de feitelijke Leidinggevers

12. Namens de feitelijk leidinggevers is nog het volgende aan de door de LHV aangevoerde en door de Adviescommissie besproken bezwaren toegevoegd.

Juridisch kader en feitelijk leidinggeverschap

13. In de eerste plaats zijn [REDACTED] en [REDACTED] van opvatting dat zij ten onrechte zijn aangemerkt als feitelijk leidinggevende in de zin van artikel 51 Wetboek van Strafrecht (verder Sr).
14. Zij bestrijden vooral dat zij bewust de kans hebben aanvaard dat de LHV de Mededingingswet zou overtreden. Daarbij brengen beiden naar voren dat de Raad een afwijkende interpretatie geeft aan artikel 51 Sr en betogen zij voorts dat er in het geval van feitelijk leidinggeven bijzondere omstandigheden aanwezig moeten zijn die de Raad had moeten benoemen en bewijzen. Tenslotte voeren zij aan dat er geen sprake is van bewuste aanvaarding van de communicatie van het document aan de leden, laat staan van een bewuste aanvaarding daarvan na april 2010.
15. [REDACTED] voegt hieraan nog toe dat de Raad ten onrechte relevant acht dat hij op de hoogte was van het document 'Vestiging' en de bijbehorende oplegnotitie. [REDACTED] voert ter ondersteuning van deze grond aan dat de Raad ten onrechte oordeelt dat hij redelijkerwijs gehouden was op te treden tegen het tot stand komen van het besluit van de LHV, naar zijn mening ten onrechte, gezien zijn beperkte verantwoordelijkheid binnen het Bureau.
16. De strafrechtelijke jurisprudentie over het feitelijk leidinggeversbegrip is naar de opvatting van de Raad van overeenkomstige toepassing op de uitleg van dit begrip in het kader van artikel 56 Mw, in samenhang met artikel 5:1 Awb en artikel 51 Sr. De Raad stelt vast dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat: "van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake [kan] 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 bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen."
17. De Raad heeft daarbij gewezen op de Memorie van Toelichting bij de Mw over de introductie van de beboeting van feitelijk leidinggevers op grond van de Mededingingswet. Deze vermeldt dat het feit dat artikel 51 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard, inhoudt dat bij de toepassing van dit artikel rekening zal moeten worden gehouden met de jurisprudentie op grond van dit artikel, zoals de Slavenburg-arresten. De Memorie van Toelichting stelt vast dat volgens deze arresten er sprake is van iemand die feitelijk leiding geeft aan een overtreding indien deze maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en

voorts bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert.

18. De rechtbank Rotterdam haalt dit onderdeel van de Memorie van Toelichting aan als (deel van) het juridisch kader in haar uitspraak van 27 september jl. over de feitelijk leidinggevers in de zaak Wegener. De rechtbank Rotterdam brengt vervolgens naar voren dat, om te bepalen of sprake is van feitelijk leidinggeven, het beschikkingscriterium en aanvaardingscriterium leidend zijn. Ook bij de toepassing van dit kader op de feiten en omstandigheden van de zaak, worden door de rechtbank geen (bijzondere) omstandigheden als relevant naar voren gebracht. De rechtbank Rotterdam concludeert enkel op basis van de door haar genoemde elementen of er sprake is van feitelijk leidinggeven in de bedoelde zaak. Hieruit volgt reeds dat de lezing van de Raad dat er sprake is van feitelijk leidinggeven indien de genoemde criteria zijn vervuld, juist is. Overigens blijkt noch uit de Memorie van Toelichting, noch uit de uitspraak van de rechtbank, een extra voorwaarde van "bijzondere omstandigheden", aldus de Raad.
19. De Raad heeft reeds in primo vastgesteld dat niet is gebleken dat op enig moment *aan de leden van de LHV* is medegedeeld dat de Aanbevelingen zijn ingetrokken. De leiding van de LHV, onder wie ██████████ heeft zich niet openlijk tegenover de leden van de LHV van de Aanbevelingen gedistantieerd, dan wel anderszins de werking van de Aanbevelingen beëindigd, bijvoorbeeld door er uitdrukkelijk op te wijzen dat zij niet langer de nakoming van de Aanbevelingen nastreeft. Een interview op 16 april 2010 met ██████████ in "Goedemorgen Nederland" kan moeilijk worden aangemerkt als te zijn gericht tot alle leden van de LHV, als tegelijkertijd die Aanbevelingen nog steeds op (het besloten gedeelte van) de Website van de LHV staan.
20. Ten aanzien van de verantwoordelijkheid van ██████████ zoals hierboven aangevoerd, merkt de Raad op dat ook ██████████ heeft nagelaten de intrekking van de Aanbevelingen aan te kaarten bij een van de leden van het bestuur of in de bestuursvergadering. De ondergeschiktheid van een werknemer sluit deze niet uit van het vervullen van het bestanddeel 'handelen/nalaten' in de omschrijving van het concept feitelijk leidinggever.

Beoordeling

21. De Adviescommissie komt tot het advies dat ten onrechte is aangenomen dat ██████████ en ██████████ feitelijk hebben leidinggegeven aan de overtreding, indien al van een overtreding sprake zou zijn.
22. Het voert naar het oordeel van de Adviescommissie te ver om aan te nemen dat ██████████ in wiens portefeuille het onderwerp (vrije) vestiging niet was opgenomen binnen de taakverdeling van het (dagelijks) bestuur, maar die blijkens de agendering van de bestuursvergaderingen wel heeft kennis genomen van de beleidsnotitie "vestiging" toe te schrijven dat hij bewust het risico heeft

aanvaard dat een verboden gedraging zich zou voordoen en heeft nagelaten om maatregelen te nemen dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. De Adviescommissie verwijst in de eerste plaats naar het advies dat zij heeft uitgebracht inzake de LHV. Voorts stelt de Adviescommissie vast dat, daargelaten of bijzondere omstandigheden moeten worden bewezen door de Raad, voldoende vaststaat dat [REDACTED] niet op de hoogte was van de plaatsing op (het besloten gedeelte van) de website van de LHV van de "aanbevelingen" zodat ook niet van hem kon worden verwacht dat hij maatregelen daartegen had ondernomen. Naar de mening van de Adviescommissie kan de Mw, gelet op de hier aan de orde zijnde omstandigheden, niet ertoe leiden dat een leidinggevende alle berichten die hij langs krijgt ook moet controleren op een mogelijke overtreding van de Mw.

23. De Adviescommissie neemt aan dat de expliciete stellingname door [REDACTED] op 16 april 2010, niet slechts via een radioprogramma, doch juist door een bericht in de nieuwsbrief gericht aan alle leden van de LHV (met een link naar dat interview) is te beschouwen als een afdoende weerlegging van enig vermoeden dat de LHV achter de aanbevelingen stonden. De Adviescommissie overweegt niet in te zien dat er (voorwaardelijk) opzet in het geding is van (een van) beide leidinggevers. De Adviescommissie houdt bij gebrek aan bewijs van het tegendeel voor waar dat noch [REDACTED] noch [REDACTED] op de hoogte zijn geweest van de feitelijke gang van zaken nl. van de omstandigheid dat de "aanbevelingen" op de website van de LHV hebben gestaan (gedurende de periode van 30 mei 2008 tot 30 december 2011) en tevens dat als onderdeel van een nieuwsbrief van diezelfde datum ook een link is gestuurd naar de leden van de LHV om die "aanbevelingen" onder de aandacht van de leden te brengen.
24. Wat [REDACTED] betreft constateert de Adviescommissie dat deze inhoudelijk niet op de hoogte is geweest van de (diverse versies van de) "beleidsnotitie vestiging" (de "aanbevelingen") en dat derhalve moeilijk van hem kon worden verwacht dat hij op enige wijze zou hebben ingegrepen. Als gezegd is het niet tot besluitvorming door de leden van de LHV gekomen.
25. Voor wat [REDACTED] betreft heeft de Adviescommissie evenmin de overtuiging gekregen dat deze op de hoogte was van het feit dat de notitie, waarover immers nog geen formeel besluit was genomen, onder het hoofdstuk praktijkinformatie, als een van de items, stond opgenomen op het besloten gedeelte van de website van de LHV.
26. Concluderend kan naar de overtuiging van de Adviescommissie niet worden gezegd dat [REDACTED] en [REDACTED] feitelijk hebben leiding gegeven aan een overtreding in de zin van de Mw. De vraag of zij, gelet op hun beider functies op de hoogte hadden behoren te zijn kan naar het oordeel van de Adviescommissie in het midden blijven. Uit hetgeen de NMA naar voren heeft gebracht en wat is gebleken ter zitting, blijkt in ieder geval niet dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet van [REDACTED] noch van [REDACTED]. In zoverre verwijst de Adviescommissie naar het advies 6888-1 waarin wordt overwogen dat er geen sprake is geweest

van enig (formeel) besluit en dat de "nota vestigingsbeleid" vooral op de goodwill discussie werd betrokken.

Duur

27. ██████████ en ██████████ voeren beiden aan dat de Raad de periode van de overtreding onjuist heeft vastgesteld. ██████████ brengt naar voren dat de Raad ten onrechte heeft geoordeeld dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de gestelde overtreding gedurende een periode van 30 mei 2008 tot aan de datum van het Besluit, 30 december 2011. ██████████ voegt daaraan toe dat de Raad niet heeft gemotiveerd welke periode hij voor de duur van de overtreding ten aanzien van hem in beschouwing heeft genomen.
28. De Raad acht evenwel de duur van de overtreding bewezen voor de periode van 30 mei 2008 tot aan de datum van het besluit.
29. Ten aanzien van de duur van de overtreding door ██████████ brengt de Raad in herinnering dat deze in het bestreden besluit wordt vastgesteld voor zijn gedragingen vanaf 16 april 2010. Dit neemt niet weg dat feiten van voor die datum relevant kunnen zijn. In dit geval zijn de data van 12 september 2007 en 30 mei 2008 relevant omdat ██████████ op deze data op de hoogte was of redelijkerwijs geacht kan worden te zijn geweest van de gedragingen van de LHV die het besluit van de ondernemersvereniging vormen.

Beoordeling

30. De Adviescommissie verwijst voor wat betreft de duur van de overtreding in de eerste plaats naar randnr. 65 in haar advies inzake de LHV. Dat voor ██████████ alleen de periode vanaf 16 april 2010 in aanmerking is genomen begrijpt de Adviescommissie aldus dat ██████████ kennelijk vanaf die datum op de hoogte werd geacht te zijn van de gedragingen van de LHV. Blijkbaar hebben de NMA ambtenaren op 16 april 2010 ██████████ niet geïnformeerd omtrent de verdenkingen van overtredingen van de LHV en hem niet geïnformeerd dat de "aanbevelingen" op (het besloten gedeelte van) de website stonden vermeld. Uit de verklaring van ██████████ blijkt enerzijds dat hij niet op de hoogte was van het feit dat de "aanbevelingen" op de website stonden, terwijl hij anderzijds er alles aan heeft gedaan, sedert zijn aantreden in 2009, om meer grip te krijgen op met name de processen van de informatievoorziening op de website.

Boete

31. Tot slot stellen ██████████ en ██████████ dat de Raad een onredelijk hoge boete heeft opgelegd, althans de hoogte van de boete niet voldoende heeft gemotiveerd. Een symbolische boete, althans een boete die veel lager is dan de oplegde boete, zou hoogstens op zijn plaats zijn.

32. [REDACTED] voert ten behoeve van deze grond aan dat zijn rol bij de vraag welke documenten wel of niet op de website worden geplaatst beperkt was, de afstand van het bestuur tot de dagelijks gang van zaken op het bureau van de LHV en het feit dat bij de LHV niet eerder publicaties hebben plaatsgevonden die in strijd zijn met de Mededingingswet, zodat [REDACTED] ook geen rekening mee behoefde te houden dat dergelijke publicaties zouden plaatsvinden. Voorts moet bij de hoogte van de boete ermee rekening worden gehouden dat [REDACTED] reeds zwaar wordt getroffen door het oordeel dat hij feitelijk leiding gegeven heeft aan een overtreding van de Mededingingswet, gezien zijn overige beroepsmatige bezigheden. Dientengevolge zou moeten worden afgezien van oplegging van een boete.
33. [REDACTED] vult deze grond aan met het argument dat zijn rol bij de besluitvorming beperkt was, hij maatregelen heeft genomen in 2009 om meer grip te krijgen op hetgeen er wel en niet op de website van de LHV geplaatst werd, de eenmaligheid van de door de Raad gestelde overtreding, en de actie die is ondernomen daags na de inval van de NMa.
34. De Raad acht een symbolische boete niet op zijn plaats. De Raad ziet niet in hoe de opgelegde boetes van respectievelijk € 50.000,- voor [REDACTED] en € 25.000,- voor [REDACTED] onredelijk zouden zijn. De NMa raakt met deze boetes de onderkant van de bandbreedte zoals deze is weergegeven in artikel n, lid 4, sub b van de Boetebeleidsregels 2009 voor [REDACTED]. Het bedrag van de boete van [REDACTED] ligt zelfs ruim onder die bandbreedte.
35. Wat betreft de motivering van de hoogte van de boete, verwijst de Raad naar de randnummers 46-51 van het bestreden besluit inzake [REDACTED] en naar de randnummers 54-59 van het bestreden besluit inzake [REDACTED]. De hoogte van de boete is ingegeven door de ernst van de overtreding door de LHV en van de overtreding door de respectievelijke feitelijk leidinggevers. De inkomens- en vermogenspositie van [REDACTED] en [REDACTED] heeft niet geleid tot een wijziging van de boetegrondslag.

Beoordeling

36. Indien en voor zover de Raad zou toekomen aan een hernieuwde afweging van de hoogte van de thans bij het bestreden besluit opgelegde boetes stelt de Adviescommissie voorop niet te kunnen doorgronden welke de overwegingen zijn geweest om [REDACTED] een twee maal zo hoge boete op te leggen als [REDACTED]. Naar de Adviescommissie uit de stukken heeft afgeleid is [REDACTED] wel betrokken bij de dagelijkse gang van zaken via de rol die [REDACTED] speelt, terwijl [REDACTED] slechts op afstand bestuurt, vooral de externe contacten waarneemt, terwijl voor het onderwerp vestiging (waaronder begrepen, goodwill) een andere bestuurder verantwoordelijkheid droeg.

37. Daarnaast acht de Adviescommissie de opgelegde boetes, indien de bezwaarden al een boete kan worden opgelegd (te) hoog. De Adviescommissie laat hierbij buiten beschouwing dat de boetes zullen worden opgevangen door de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Met die factor is immers al rekening gehouden door de 5% boeteverhoging van de boete van de LHV (zie randnr. 96 van het LHV advies). In het geval de Raad zou beslissen om toch een boete op te leggen adviseert de Adviescommissie een betere motivering van (het verschil in) de hoogte van de boetes aan een besluit op bezwaar ten grondslag te leggen.

Slotsom en Advies

38. De Adviescommissie adviseert de Raad de bezwaren van [REDACTED] en [REDACTED] gegrond te verklaren, het besluit, waartegen bezwaar, te herroepen en een besluit op bezwaar te nemen in voege als voormeld.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 6888-2 en -3 –

mr. J.P. Fokker
(voorzitter)

voor deze mr M.J.S. Korteweg-Wiers

mr. M.J.S.Korteweg-Wiers
(secretaris)