

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 1528/ 899

Betreft zaak: Wegener - [leidinggevende D]

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 79 van de Mededingingswet.

1 Inleiding

1. In deze zaak zijn de volgende partijen betrokken: de onderneming Wegener alsmede vijf leidinggevendens te weten [leidinggevendens A, B, C, D en E]. In april 2010 hebben betrokken partijen ieder voor zich een rapport ontvangen wegens het vermoeden van overtreding van de Mededingingswet (zie *Bijlage 1*, hoofdstuk 2).
2. Dit besluit betreft [leidinggevende D]. [Leidinggevende D] is sinds 19 juli 1999 directeur van Uitgeverij BN/De Stem.¹
3. *Bijlage 1* betreft het besluit gericht tot Wegener en maakt voor wat betreft hoofdstukken 1 tot en met 6, met inbegrip van de daarin gedefinieerde termen, integraal onderdeel uit van dit besluit.
4. In bedoelde bijlage heeft de Raad gemotiveerd dat Wegener een overtreding van artikel 75 Mw heeft begaan. De Raad heeft daarbij tevens de zienswijzen van de leidinggevendens betrokken, die zij ten aanzien van de vermeende overtreding van Wegener hebben ingebracht.

2 Feiten en omstandigheden

5. De Raad stelt in aanvulling op de feiten en omstandigheden alsmede de overwegingen zoals uiteengezet in *Bijlage 1*, de navolgende feiten en omstandigheden vast.

¹ Zie 1528/ 659 (dossierstuk 27).

6. Voor alle leidinggevenden in deze zaak, onder wie [leidinggevende D], geldt dat zij in 2002 ieder afzonderlijk een overeenkomst hebben gesloten met Wegener met betrekking tot het naleven van het voorschrift. In deze overeenkomst staat onder meer dat zij zich ertoe verplichten: “*een beleid te voeren c.q. te doen voeren dat is gericht op het voortduren van de onderlinge onafhankelijkheid van de PZC en BN/De stem (editie Zeeland) in Zeeuws-Vlaanderen alsmede van het voortbestaan van deze dagbladen naast elkaar in Zeeuws-Vlaanderen.*”²
7. Vast staat dat geen van deze leidinggevenden de NMa heeft benaderd over toelaatbaarheid van de in *Bijlage 1* (paragraaf 3.4) omschreven gedragingen.
8. Ten aanzien van [leidinggevende D] zijn de door hem verrichte gedragingen, zoals omschreven in *Bijlage 1* (paragraaf 3.4) van bijzonder belang.
9. Tevens staat vast dat [leidinggevende D] als directeur van zowel Uitgeverij PZC als Uitgeverij BN/De Stem aanwezig is geweest tijdens de gezamenlijke vergaderingen van de RvC's, waaronder die van 10 mei 2007³, 13 december 2007⁴ en 14 mei 2008⁵. Hij vervulde daarnaast de rol van notulist.

3 Juridische beoordeling van de feiten en zienswijzen

3.1 Toepasselijk recht

10. Uit *Bijlage 1* (paragraaf 4.1) volgt dat de Vierde tranche Awb in dit geval niet van toepassing is.
11. Artikel 75a Mw, bepaalt dat artikel 51 Wetboek van Strafrecht (“Sr”) van overeenkomstige toepassing is op overtredingen als bedoeld in artikel 75 Mw.
12. Artikel 51, tweede lid, aanhef en onder 2, Sr bepaalt dat indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon (ook) een boete kan worden opgelegd aan hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede aan hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.
13. De in deze zaak betrokken partijen hebben aangevoerd dat de Raad toepassing zou moeten geven aan het geldend recht op het moment dat de overtreding zou zijn gestart, te weten 1 januari 2002. Partijen voeren aan dat toepassing van het daarna geldende recht in strijd is

² Zie 1528/ 556 (dossierstuk 17).

³ Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140554765.

⁴ Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140425203.

⁵ Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140314625.

met het legaliteitsbeginsel alsmede met het overgangsrecht van de Vierde tranche Awb en de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving.

14. De Raad constateert dat de Mededingingswet van (direct) voor inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb afwijkt van de Mededingingswet op 1 januari 2002. Het betreft een wijziging als gevolg van de wet tot Aanpassing van de Mededingingswet naar aanleiding van Evaluatie van die Wet (“AMEW”), die is ingetreden op 1 oktober 2007.
15. De mogelijkheid tot beboeting van leidinggevend(en) ex artikel 75a Mw bestond in 2002 niet en is met de AMEW geïntroduceerd.
16. De Raad merkt allereerst op dat, anders dan partijen lijken te betogen, het legaliteitsbeginsel en het toepasselijke overgangsrecht – hoewel de consequenties van beide gelijk kunnen lopen – geen synoniemen zijn.
17. Op grond van het legaliteitsbeginsel – meer specifiek het verbod van beboeting met terugwerkende kracht –, zoals vervat in artikel 7 EVRM,⁶ kunnen feiten die vóór de inwerkingtreding van een regeling zijn geschied, niet op basis van die regeling worden beboet.
18. De Raad oordeelt dat het legaliteitsbeginsel zich niet verzet tegen de introductie van beboetbaarheid van een bestaande situatie die voortduurt op het moment dat die beboetbaarheid in werking treedt.
19. Uit het opnemen van de beboetbaarheid in artikel 75a Mw blijkt naar het oordeel van de Raad de uitdrukkelijke wil van de wetgever om vanaf dát moment (extra) preventieve effecten te bereiken. Deze effecten worden bereikt door middel van de afschrikwekkende werking die uitgaat van de beboetbaarheid.⁷ Dit onderscheidt zich van een situatie waarbij terugwerkende kracht zou bestaan, omdat preventieve effecten in zo een geval niet (meer) mogelijk zijn omdat het een reeds voltooide inbreuk betreft.
20. Omdat overgangsrecht – indien de wetgever zulks expliciet bepaalt – andere regels kan stellen dan de ‘ondergrens’ die het legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM stelt, dient ook het toepasselijke overgangsrecht – voor zover dat verenigbaar is met artikel 7 EVRM – in acht te worden genomen.

⁶ Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

⁷ Zie *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 071, nr. 3, paragrafen 4.1 en 4.2.

21. De hoofdregel bij overgangsrecht is dat een nieuwe regeling niet slechts van toepassing is op hetgeen na haar inwerkingtreding aanvangt, maar ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat (onmiddellijke werking).⁸
22. Het relevante overgangsrecht om te bepalen of artikel 75a Mw wordt toegepast, is het overgangsrecht van de AMEW. Het overgangsrecht van andere wetten is daarbij, in tegenstelling tot wat partijen hebben aangevoerd, niet relevant.
23. Het overgangsrecht in de AMEW ten aanzien van artikel 75a Mw bevat geen expliciete regeling, zodat de hoofdregel – onmiddellijke werking – geldt.⁹
24. De Raad concludeert dat het legaliteitsbeginsel en het overgangsrecht zich niet verzetten tegen het toepassen van de beboetbaarheid van 75a Mw vanaf 1 oktober 2007 voor feiten van ná die datum en voor de situatie zoals die op dat moment bestond.
25. Partijen beroepen zich op zaak 6286 (*Nootboom – Pacton*)¹⁰ waarin de Raad toepassing heeft gegeven aan het recht zoals dat gold op het moment van de aanvang van de overtreding.
26. De Raad constateert dat het in zaak 6286 (het niet melden van een concentratie) gaat om de beboetbaarheid van een gedraging die plaatsvindt op één specifiek moment – namelijk het moment dat zonder voorafgaande melding de concentratie tot stand wordt gebracht – zodat een beroep op gelijkheid met zaak 6286 reeds om die reden niet slaagt. Zoals in *Bijlage 1* (paragraaf 4.2.7) is geconcludeerd, betreft het in deze zaak een gedraging die tot op heden voortduurt.

3.2 De overtreding

3.2.1 Juridisch kader

27. De Raad heeft in *Bijlage 1* (paragraaf 4.2.6) vastgesteld dat Wegener de aldaar beschreven overtreding heeft begaan. Nadat is vastgesteld dat de (betrokken) onderneming een overtreding heeft begaan, komt aan de orde of door individuele personen aan die overtreding beboetbaar leiding is gegeven in de zin van artikel 75a Mw.¹¹

⁸ Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 166.

⁹ *Staatsblad* 2007, nr. 284.

¹⁰ Besluit op bezwaar van 30 september 2009 in zaak 6286 (*Nootboom – Pacton*).

¹¹ De Raad beschouwt opdracht geven als een bijzondere vorm van feitelijk leidinggeven en volstaat derhalve met de algemene term "leidinggeven".

28. Wanneer sprake is van leiding geven in de zin van 51 Sr, blijkt uit de jurisprudentie: “ *Als (feitelijk) leidinggever kan worden aangemerkt degene die maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege heeft gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was, en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de gedragingen zich zouden voordoen, zodat hij die gedragingen opzettelijk heeft bevorderd.*”¹²
29. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat op meerdere leidinggevendenden tegelijkertijd de verplichting kan rusten om een einde te maken aan een bepaalde gedraging.¹³ In zo een geval wordt aan één gedraging van de rechtspersoon door meerdere personen tegelijkertijd leiding gegeven.

3.2.2 Algemene beoordeling met betrekking tot de leidinggevendenden

30. De Raad legt genoemde criteria aldus uit 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, 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.

Positie van de leidinggevendenden

31. Het begrip leidinggevende heeft niet alleen betrekking op de top van een onderneming. Het enkele feit dat er (hiërarchisch) hogere of meer verantwoordelijke leidinggevendenden zijn, staat er niet aan in de weg om als leidinggevende te kunnen worden aangemerkt.¹⁴
32. Een leidinggevende is degene die, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking, feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de onderneming.¹⁵ In het geval van feitelijke zeggenschap zal de leidinggevende – tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden – tevens redelijkerwijs gehouden zijn om in te grijpen. In het geval dat (mede) sprake is van een nalaten, is relevant wie er diende te handelen.
33. Voor de betrokken personen geldt dat zij ieder afzonderlijk een overeenkomst hebben gesloten met Wegener tot het (doen) naleven van het voorschrift (zie hoofdstuk 2). De Raad oordeelt dat op de betrokken personen derhalve een bijzondere verantwoordelijkheid rustte tot de naleving van het voorschrift. Alleen al uit de overeenkomst tot het (doen) naleven van het voorschrift blijkt naar het oordeel van de Raad dat die personen bevoegd en gehouden waren – feitelijke zeggenschap hadden om – het voorschrift te (doen) naleven. De

¹² Zie HR 16 december 1986, NJ1987, 321 (*Slavenburg II*).

¹³ Vgl. HR 16 juni 1981, NJ1981, 586 (*Papa Blanca*).

¹⁴ Vgl. HR 27 mei 1986, NJ1987, 45.

¹⁵ Vgl. HR 16 juni 1981, NJ1981, 586 (*Papa Blanca*).

uitdrukkelijke verplichting om beleid te voeren c.q. te doen voeren betekent naar haar aard reeds dat leiding wordt gegeven. De betrokken personen hebben leiding gegeven aan de overtreding door deze niet te (doen) eindigen.

34. Partijen hebben aangevoerd dat overeenkomsten werken tussen partijen en dat de NMa hieraan derhalve geen rechten kan ontleenen.
35. Dit argument treft naar het oordeel van de Raad geen doel. De overeenkomst is een onderdeel van het voorschrift. Wat daar ook van zij, de Raad wijst hier op de overeenkomst met het oog op de verhouding tussen Wegener en de leidinggevende. De overeenkomst is hierbij van belang om aan te tonen dat de leidinggevendenden – meer dan anderen – bevoegd en gehouden zijn om in te grijpen. Zij zijn het die zich op de overeenkomst zouden moeten beroepen. Het staat vast dat geen van de leidinggevendenden dit heeft gedaan en dat zij aldus hun positie, naar het oordeel van de Raad ten onrechte, niet hebben aangewend om de overtreding te (doen) eindigen.

(Voorwaardelijk) opzet

36. Het leidinggeven vereist volgens vaste jurisprudentie dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet. Daartoe is in het geval van een overtreding van de Mededingingswet, voldoende dat sprake is van opzet op de gedragingen van de onderneming.¹⁶
37. Teneinde tot een overtreding te kunnen concluderen dient de betrokken persoon kennis te hebben van de gedragingen die verboden zijn.
38. De betrokken persoon dient voorts bekend te zijn met het overtreden voorschrift. De Raad constateert dat alle leidinggevendenden daadwerkelijk kennis hebben van het voorschrift, gelet op de overeenkomst die zij met Wegener hebben gesloten.
39. Voorts moet de leidinggevende de gedragingen van de onderneming hebben aanvaard. Daarbij acht de Raad het van belang dat het bij leidinggeven steeds zal gaan om een beroepsmatige uitoefening in een economische context. De wil om zich op bepaalde wijze te gedragen in het economisch verkeer wordt naar het oordeel van de Raad in beginsel afgeleid uit de kennis van die gedragingen.¹⁷
40. De Raad beschouwt het, anders dan partijen, niet als een afzonderlijk te toetsen criterium of degene die kennis heeft van de norm én kennis heeft van de gedragingen tevens in *subjectieve*

¹⁶ Vgl. HR 1 februari 2005, NJ2006, 421 (*SE Fireworks*).

¹⁷ Vgl. HR 18 maart 1952, NJ1952, 314.

zin wil dat zijn gedragingen leiden tot een overtreding. Een dergelijke – verzwaarde – vorm van opzet is niet vereist.

3.2.3 Beoordeling met betrekking tot [leidinggevende D]

41. De Raad stelt vast dat [leidinggevende D] kennis heeft van de gedragingen van Wegener. Het betreft concreet de samenwerking tussen en samenvoeging van de regio-redacties, de personele unie tussen de directies door hemzelf en het gecoördineerd commercieel beleid van de uitgeverijen.
42. In aanvulling op de positie van [leidinggevende D] door zijn overeenkomst met Wegener, stelt de Raad vast dat hij de feitelijke leiding heeft over de dagelijkse gang van zaken bij Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/ De Stem.
43. De Raad oordeelt dat [leidinggevende D] leiding heeft gegeven aan de overtreding van Wegener. Als formeel directeur van Uitgeverij BN/ De Stem en *de facto* directeur van Uitgeverij PZC heeft hij de samenwerking tussen de regio-redacties gestimuleerd (zie *Bijlage 1*, paragraaf 4.2.2), onder andere door het aanstellen van één chef voor beide edities. In dit verband zijn ook zijn initiatieven tot coördinatie van het commerciële beleid van belang, zoals het organiseren en voorzitten van diverse gezamenlijke management- en uitgeversoverleggen. Tevens heeft hij geen beleid (doen) voeren om de met het voorschrift strijdige gedragingen van Wegener te beëindigen.
44. De Raad overweegt met betrekking tot de verwijtbaarheid van [leidinggevende D] nog het volgende. [Leidinggevende D] is zich ervan bewust geweest dat ten minste de grenzen van het toelaatbare met betrekking tot het voorschrift werden opgezocht. Onder die omstandigheid had het in de rede gelegen dat hij de NMa zou raadplegen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de gedragingen van Wegener zoals omschreven in *Bijlage 1* (paragraaf 3.4). De Raad oordeelt dat daarom is komen vast te staan dat [leidinggevende D] een verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot de overtreding van Wegener.
45. De Raad stelt vast dat [leidinggevende D] leiding heeft gegeven in de zin van artikel 75a Mw aan de overtreding van Wegener.

4 Sanctie

4.1 *Beoordelingskader*

46. Door artikel 76, tweede lid, Mw is bij een overtreding van artikel 75a Mw, artikel 57, tweede lid, Mw van toepassing. Artikel 57, tweede lid, Mw bepaalt dat de Raad bij het bepalen van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding.

47. De Minister van Economische Zaken heeft beleidsregels¹⁸ (“Boetebeleidsregels 2009”) vastgesteld om de Raad richting te geven bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot het opleggen van boetes en de uitgangspunten van het ‘high trust’ beleid tot uitdrukking te laten komen in het boetebeleid van de NMa. De Boetebeleidsregels 2009 zijn, gelet op artikel 22 Boetebeleidsregels 2009, op deze zaak van toepassing omdat zich na 1 oktober 2009 nog relevante feiten hebben voortgedaan en overigens tot op heden nog voortdoen.
48. De stelling van partijen dat de Boetecode 2007¹⁹ exclusief van toepassing c.q. leidend zou zijn, volgt de Raad niet. Het legaliteitsbeginsel noch het overgangsrecht van de Boetebeleidsregels 2009 verzetten zich tegen toepassing van de Boetebeleidsregels 2009 op deze zaak.
49. Conform artikel 2 Boetebeleidsregels 2009 is het opleggen van een boete gericht op handhaving van de wet door bestraffing van de overtreding hiervan. De boete heeft de specifieke en generale preventie tot doel en dient daartoe afschrikwekkende werking te hebben. Daarbij wordt rekening gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel.
50. Uit artikel 11, eerste lid, Boetebeleidsregels 2009 volgt dat op een overtreding van artikel 75a Mw paragraaf 5 van de Boetebeleidsregels 2009 van toepassing is.
51. Gelet op artikel 11, tweede lid, Boetebeleidsregels 2009, wordt de boetegrondslag c.q. basisboete gerelateerd aan enerzijds de ernst van de overtreding en anderzijds het inkomen en vermogen van de natuurlijke persoon in kwestie.
52. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding is naast de ernst van de overtreding van de onderneming ook de ernst van de overtreding van de leidinggevende bepalend.
53. Gelet op het artikel 11, vierde lid, onder b, Boetebeleidsregels 2009 geldt voor het leidinggeven aan een overtreding van artikel 41, vierde lid, Mw een bandbreedte voor de boetegrondslag van EUR 50.000 tot EUR 400.000.

¹⁸ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Staatscourant* 2009, nr. 14079.

¹⁹ Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Staatscourant* 2007, nr. 123, p. 41, zoals gewijzigd bij *Staatscourant* 2007, nr. 196, p. 25

4.2 *Boete*

54. De Raad oordeelt dat gezien de ernst van de overtreding van Wegener en de ernst van de overtreding van [leidinggevende D] een boetegrondslag c.q. basisboete van EUR 250.000 passend is.
55. De Raad heeft hierbij rekening gehouden met het feit dat [leidinggevende D] als directeur/uitgever verantwoordelijk was voor de dagelijkse gang van zaken en derhalve een directe en actieve bijdrage heeft gehad aan de gedragingen van Wegener.
56. De Raad oordeelt dat de inkomens- en vermogenspositie van [leidinggevende D] aanleiding is om de boetegrondslag aan te passen tot EUR 150.000.
57. De Raad ziet in deze zaak geen aanleiding tot een boeteverhoging dan wel boeteverlaging.
58. De Raad stelt de boete van [leidinggevende D] vast op EUR 150.000. De Raad stelt vast dat een boeteoplegging conform de regels van de Boetecode 2007 niet tot een lagere boete zou hebben geleid en dat, alle omstandigheden in acht genomen, genoemd bedrag in redelijkheid voor oplegging in aanmerking komt.

Openbaar

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. legt aan [leidinggevende D], geboren op [geboortedatum], een boete op van EUR 150.000.

Den Haag: 14 juli 2010

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

w.g.

JTh.A. de Keijzer

Lid Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op grond van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.