

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 1528/ 895

Betreft zaak: Wegener - [leidinggevende E]

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 E]. [Leidinggevende E] is sinds 30 augustus 2002 commissaris bij 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 E], 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. Voor de leidinggevenden die commissaris zijn, geldt bovendien nog het volgende.
9. Als gevolg van het voorschrift is zowel bij Uitgeverij PZC als bij Uitgeverij BN/De Stem een afzonderlijke RvC ingesteld. Elk daarvan moet bestaan uit een even aantal personen waarvan de helft wordt voorgedragen door Wegener (“A-commissaris”) en de helft door de Kamer van Koophandel [VERTROUWELIJK] (“B-commissaris”).³
10. Bij Uitgeverij PZC werd [leidinggevende C] als A-commissaris en [leidinggevende B] als B-commissaris aangesteld. Bij Uitgeverij BN/De Stem werd [leidinggevende A] als A-commissaris en [leidinggevende E] als B-commissaris aangesteld.⁴
11. In de statuten van Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/De Stem is bepaald dat door middel van een reglement zal worden bepaald welke (directie)besluiten aan de goedkeuring van de RvC's zijn onderworpen;⁵ dit zijn in het RvC-reglement voor Uitgeverij PZC⁶ onder andere:

“ m. het uitbesteden van bepaalde werkzaamheden aan derden en het als gevolg daarvan afnemen van diensten van de betrokken derde;
n. (voorzover niet onder m. genoemd) het aangaan van inkoopovereenkomsten voor het leveren van goederen en diensten die niet op arms-length basis worden afgesloten;
o. (voorzover niet onder m. genoemd) het aangaan van overeenkomsten met een leverancier of dienstverlener die gedurende de looptijd van de overeenkomst soortgelijke goederen of diensten levert ten behoeve van het dagblad BN/De Stem;
[..]
*q. Het uit- of inlenen van personeel aan of van het dagblad “BN/De Stem” (editie Zeeland) met betrekking tot Zeeuws-Vlaanderen.”*⁷

² Zie 1528/ 556 (dossierstuk 17).

³ Zie 1528/ 312 (dossierstuk 1).

⁴ Zie *Bijlage 1*, randnummer 40.

⁵ Zie art. 12.9. van de statuten van Uitgeverij PZC enerzijds en Uitgeverij BN/De Stem anderzijds.

⁶ Uitgeverij BN/De Stem kent vergelijkbare statuten, die het spiegelbeeld vormen van de statuten van Uitgeverij PZC.

⁷ Zie 1528/ 533 (dossierstuk 13).

12. In het RvC-reglement van Uitgeverij PZC respectievelijk Uitgeverij BN/ De Stem is vastgelegd dat de RvC, bij het beoordelen of zij goedkeuring verleent, (enkel en alleen) dient te waarborgen dat het voorschrift wordt nageleefd. In het reglement voor de RvC van Uitgeverij PZC⁸ staat: *“De RvC zal geen goedkeuring onthouden aan besluiten die geen afbreuk doen aan het voortduren van de onafhankelijkheid van de PZC ten opzichte van “BN/ De Stem” (editie Zeeland) en van het voortbestaan naast elkaar van de PZC en “BN/ De Stem” (editie Zeeland) in Zeeuws-Vlaanderen en aan de financiële positie van de PZC in Zeeuws-Vlaanderen.”*⁹
13. Uit de statuten van Uitgeverij BN/ De Stem en Uitgeverij PZC blijkt dat de RvC's met volstreekte meerderheid van stemmen besluiten en dat in het geval van stakende stemmen door de betreffende commissarissen een onafhankelijke derde wordt benoemd aan wie het geschilpunt wordt voorgelegd.¹⁰
14. De RvC's hebben aldus een specifieke toezichthoudende rol, die door goedkeuringsrechten ruimte biedt voor het (doen) voeren van beleid. Deze rol concentreert zich op de naleving van het voorschrift.
15. Tijdens de vergaderingen van de RvC's is onder meer het volgende expliciet aan de orde geweest:
- 10 mei 2007: de goedkeuring dat de edities van beide titels in Zeeuws-Vlaanderen in uitvoering en productie nauwer gaan samenwerken, terwijl op dat moment al vele artikelen in beide kranten worden geplaatst omdat beide redacties gebruik maken van dezelfde diensten en bronnen;¹¹
 - 13 december 2007: de goedkeuring dat de eerste vier regiopagina's van beide kranten grotendeels gelijk zijn en dat er één chef is aangesteld;¹²
 - 14 mei 2008: de goedkeuring met betrekking tot een verder uitgewerkt plan om de samenwerking van de beide redacties verder te implementeren.¹³
- Deze vergaderingen zijn steeds gezamenlijk gehouden. De notulen werden de vergadering daarop (her)bevestigd.
16. Tijdens de gezamenlijke vergaderingen van de RvC's is [leidinggevende D] als directeur namens beide kranten aanwezig geweest. Hij vervulde daarnaast de rol van notulist.

⁸ Uitgeverij BN/ De Stem kent een vergelijkbaar reglement, dat het spiegelbeeld vormt van het reglement van Uitgeverij PZC.

⁹ Zie 1528/ 533 (dossierstuk 13).

¹⁰ Zie art. 12.11. van de statuten van Uitgeverij PZC enerzijds en Uitgeverij BN/ De Stem anderzijds.

¹¹ Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140554765.

¹² Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140425203.

¹³ Zie 1528/ 605 (dossierstuk 33), document 20090923140314625.

3 Juridische beoordeling van de feiten en zienswijzen

3.1 Toepasselijk recht

17. Uit *Bijlage 1* (paragraaf 4.1) volgt dat de Vierde tranche Awb in dit geval niet van toepassing is.
18. Artikel 75a Mw, bepaalt dat artikel 51 Wetboek van Strafrecht (“Sr”) van overeenkomstige toepassing is op overtredingen als bedoeld in artikel 75 Mw.
19. 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.
20. 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 met het legaliteitsbeginsel alsmede met het overgangsrecht van de Vierde tranche Awb en de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving.
21. 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.
22. De mogelijkheid tot beboeting van leidinggevend(en) ex artikel 75a Mw bestond in 2002 niet en is met de AMEW geïntroduceerd.
23. 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.
24. Op grond van het legaliteitsbeginsel – meer specifiek het verbod van beboeting met terugwerkende kracht –, zoals vervat in artikel 7 EVRM,¹⁴ kunnen feiten die vóór de inwerkingtreding van een regeling zijn geschied, niet op basis van die regeling worden beboet.

¹⁴ Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

25. 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.
26. 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.¹⁵ 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.
27. 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.
28. 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).¹⁶
29. 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.
30. Het overgangsrecht in de AMEW ten aanzien van artikel 75a Mw bevat geen expliciete regeling, zodat de hoofdregel – onmiddellijke werking – geldt.¹⁷
31. 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.
32. Partijen beroepen zich op zaak 6286 (*Nootboom – Pacton*)¹⁸ waarin de Raad toepassing heeft gegeven aan het recht zoals dat gold op het moment van de aanvang van de overtreding.
33. 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

¹⁵ Zie *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 071, nr. 3, paragrafen 4.1 en 4.2.

¹⁶ Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 166.

¹⁷ *Staatsblad* 2007, nr. 284.

¹⁸ Besluit op bezwaar van 30 september 2009 in zaak 6286 (*Nootboom – Pacton*).

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

34. 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.¹⁹
35. 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.*”²⁰
36. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat op meerdere leidinggevendenden tegelijkertijd de verplichting kan rusten om een einde te maken aan een bepaalde gedraging.²¹ 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

37. 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

38. 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.²²

¹⁹ De Raad beschouwt opdracht geven als een bijzondere vorm van feitelijk leidinggeven en volstaat derhalve met de algemene term “leidinggeven”.

²⁰ Zie HR 16 december 1986, *NJ*1987, 321 (*Stavenburg II*).

²¹ Vgl. HR 16 juni 1981, *NJ*1981, 586 (*Papa Blanca*).

²² Vgl. HR 27 mei 1986, *NJ*1987, 45.

39. Een leidinggevende is degene die, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking, feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de onderneming.²³ 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.
40. 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 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.
41. Partijen hebben aangevoerd dat overeenkomsten werken tussen partijen en dat de NMa hieraan derhalve geen rechten kan ontlenen.
42. 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.
43. Specifiek voor de commissarissen geldt nog het volgende. Op basis van de statuten en de reglementen van Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/De Stem hebben de commissarissen bijzondere goedkeuringsrechten bij besluiten die de onderlinge onafhankelijkheid van PZC respectievelijk BN/De Stem aangaan.²⁴ De Raad oordeelt dat de commissarissen in ieder geval hun goedkeuring hadden moeten onthouden op 13 december 2007. Dit was het moment waarop voorlag dat één redactiechef voor PZC én BN/De Stem in Zeeuws-Vlaanderen zou worden aangesteld. Iedere commissaris was tot blokkering persoonlijk in

²³ Vgl. HR 16 juni 1981, NJ1981, 586 (*Papa Blanca*).

²⁴ Zie hoofdstuk 2.

staat, doordat in de RvC's twee personen zitting hebben, terwijl goedkeuring bij meerderheid moet worden verleend.

44. De B-commissarissen [leidinggevend B en E] hebben ten aanzien van hun positie aangevoerd deze zich niet leende voor 'feitelijk' leidinggeven en dat zij geen zeggenschap hadden over het beleid van Wegener. Zij hebben aangevoerd dat een 'slapende' commissaris nog geen beleid maakt.
45. De Raad oordeelt dat het 'slapen' van de B-commissarissen niet wegneemt dat onder de omstandigheden van deze zaak van hen kan worden gevergd dat zij maatregelen nemen. Het achterwege laten van dergelijke maatregelen kan naar het oordeel van de Raad evenzeer grond zijn voor beboetbaar leidinggeven. Op basis van hun positie als commissaris konden zij – naast het reeds genoemde onthouden van goedkeuring aan besluiten – het bestuur van Wegener, (mede) met een beroep op de overeenkomst, ter verantwoording roepen. Ook konden zij de directie van Uitgeverij PZC c.q. van Uitgeverij BN/De Stem ter verantwoording roepen. De Raad benadrukt nogmaals dat de B-commissarissen bij de aanvaarding van hun taak een bijzondere verantwoordelijkheid tot naleving van het voorschrift op zich hebben genomen en daartoe middels het op hen van toepassing zijnde statuut, reglement en de overeenkomst zijn ingebed in de onderneming door hen feitelijke zeggenschap te geven met betrekking tot de naleving van het voorschrift. Onder die omstandigheid kan het betoog dat het deze commissarissen aan de positie ontbrak om het voorschrift te (doen) naleven, niet slagen.
46. Het is daarbij, anders dan [leidinggevend B en E] betogen, niet (enkel) relevant welke positie beide heren hadden ten opzichte van de overgrootmoeder Koninklijke Wegener N.V. De overtreding is immers begaan door de *onderneming* Wegener. Naar het oordeel van de Raad is het ontegenzeggelijk dat [leidinggevend B en E] ten aanzien van rechtspersonen binnen de onderneming Wegener, concreet zijn dit Uitgeverij PZC respectievelijk BN/De Stem – als commissaris – een leidinggevende positie bekleeden.

(Voorwaardelijk) opzet

47. 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.²⁵
48. Teneinde tot een overtreding te kunnen concluderen dient de betrokken persoon kennis te hebben van de gedragingen die verboden zijn.

²⁵ Vgl. HR 1 februari 2005, NJ2006, 421 (*SE Fireworks*).

49. De betrokken persoon dient voorts bekend te zijn met het overtreden voorschrift. De Raad constateert dat alle leidinggevendens daadwerkelijk kennis hebben van het voorschrift, gelet op de overeenkomst die zij met Wegener hebben gesloten.
50. 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.²⁶
51. 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* 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 E]

52. De hierna volgende overwegingen betreffen [leidinggevende E] in zijn hoedanigheid van commissaris.
53. Tijdens de gezamenlijke RvC-vergadering van Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/De Stem is de onderlinge onafhankelijkheid van PZC en BN/De Stem een terugkerend agendapunt. Zo wordt op 10 mei 2007 uitgebreid gesproken over de verhouding van het voorschrift tot de steeds nauwere samenwerking tussen de regio-redacties. Op 13 december 2007 is uitdrukkelijk aan de orde dat de regio-pagina's van PZC editie Zeeuws-Vlaanderen en BN/De Stem editie Zeeland grotendeels gelijk zijn. Tevens blijkt dat er één coördinator is aangesteld voor beide edities in Zeeuws-Vlaanderen. Op 14 mei 2008 komt ter tafel dat er een verder uitgewerkt plan is om de samenwerking van de beide redacties nader te implementeren. Het feitelijke nieuws zal grotendeels op dezelfde wijze in beide titels in Zeeuws-Vlaanderen verschijnen.
54. De Raad constateert dat de commissarissen zonder uitzondering hun goedkeuring hebben gegeven aan de RvC-besluiten die aan deze ontwikkelingen ten grondslag lagen. Dit is naar het oordeel van de Raad ten onrechte, omdat op die momenten, gelet op het voorschrift, goedkeuring had moeten worden geweigerd. In dat verband zijn de vergaderingen van na de invoering van artikel 75a Mw (te weten 13 december 2007 en 14 mei 2008) van bijzonder belang. Naar het oordeel van de Raad zijn dit de momenten dat door de commissarissen leiding is gegeven – namelijk door goedkeuring te verlenen – aan de (verdere intensivering van) de samenwerking van de regio-redacties in Zeeuws-Vlaanderen.

²⁶ Vgl. HR 18 maart 1952, NJ1952, 314.

55. Voorts hebben de commissarissen kennis van de personele unie tussen de directies van Uitgeverij PZC en Uitgeverij BN/De Stem in de persoon van [leidinggevende D]. Hiermee hangt nauw samen dat sprake is van een gecoördineerd commercieel beleid voor de beide edities in Zeeuws-Vlaanderen. [Leidinggevende D] is namelijk steeds, zo ook op 13 december 2007 en 14 mei 2008, als de verantwoordelijke directeur/uitgever namens beide uitgeverijen bij de gezamenlijke vergaderingen van de RvC's aanwezig geweest. Het is de Raad niet gebleken dat de commissarissen zich op enig moment van deze dubbelrol en de daaruit volgende coördinatie van het commercieel beleid hebben gedistantieerd of zich daar zelfs maar tegen hebben verzet.
56. [Leidinggevende E] heeft tevens kennis van de personele unie tussen de RvC's in de persoon van [leidinggevende C] vanaf 1 mei 2008. Het feit dat [leidinggevende C] een dubbelrol vervult door, in de plaats van [leidinggevende A], ook zitting te nemen in de RvC van BN/De Stem, is uitdrukkelijk aan de orde geweest op de gezamenlijke vergadering van de RvC's op 14 mei 2008. Het is de Raad niet gebleken dat [leidinggevende E] zich tegen deze gang van zaken heeft verzet.
57. De Raad constateert dat de commissarissen de gedragingen van Wegener die in strijd zijn met het voorschrift niet hebben beëindigd c.q. hebben doen eindigen zodat zij aan de overtreding leiding hebben gegeven. Het betreft concreet de (steeds intensievere) samenwerking van de regio-redacties, de personele unie door [leidinggevende D] en de daarmee nauw samenhangende coördinatie van het commercieel beleid. Dat de commissarissen zijn aangesteld met de bijzondere taak om het voorschrift na te leven c.q. te doen naleven en daartoe een overeenkomst hebben gesloten met Wegener is naar het oordeel van de Raad in dat verband van bijzonder belang. De commissarissen hebben naar het oordeel van de Raad ondanks hun positie op basis van die overeenkomst deze positie ten onrechte niet aangewend. Dit laat bovendien nog onverlet dat de commissarissen op grond van de wet verschillende bevoegdheden hadden kunnen aanwenden om de gedragingen van Wegener te (doen) eindigen.
58. De Raad constateert bovendien dat de commissarissen zich, bijvoorbeeld op de gezamenlijke vergadering van de RvC's op 10 mei 2007, uitdrukkelijk hebben gerealiseerd dat ten minste de grenzen van het toelaatbare met betrekking tot het voorschrift werden opgezocht. Onder die omstandigheid had het naar het oordeel van de Raad in de rede gelegen dat zij de NMa zouden raadplegen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de gedragingen van Wegener zoals omschreven in *Bijlage 1* (paragraaf 3.4). Nu dit, onder meer, door [leidinggevende E] achterwege is gelaten, staat naar het oordeel van de Raad vast dat hem met betrekking tot het leiding geven aan de overtreding door Wegener een verwijt kan worden gemaakt.

59. De Raad stelt vast dat [leidinggevende E] leiding heeft gegeven aan de overtreding van Wegener in de zin van artikel 75a Mw.

4 Sanctie

4.1 Beoordelingskader

60. 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.
61. De Minister van Economische Zaken heeft beleidsregels²⁷ ("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.
62. De stelling van partijen dat de Boetecode 2007²⁸ 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.
63. 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.
64. 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.
65. 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.

²⁷ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Staatscourant* 2009, nr. 14079.

²⁸ Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Staatscourant* 2007, nr. 123, p. 41, zoals gewijzigd bij *Staatscourant* 2007, nr. 196, p. 25

66. 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.
67. 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.

4.2 *Boete*

68. De Raad oordeelt dat gezien de ernst van de overtreding van Wegener en de ernst van de overtreding van [leidinggevende E] een boetegrondslag c.q. basisboete van EUR 250.000 passend is.
69. De Raad betreft hierbij dat [leidinggevende E] op de gezamenlijke vergaderingen van de RvC's van 13 december 2007 en 14 mei 2008 goedkeuring heeft verleend aan de (verdere intensivering van) de samenwerking tussen de regio-redacties in Zeeuws-Vlaanderen.
70. De Raad constateert dat [leidinggevende E] heeft nagelaten de gedragingen van Wegener in strijd met het voorschrift te (doen) eindigen en ook op die wijze beboetbaar leiding heeft gegeven aan deze gedragingen.
71. De Raad constateert dat de inkomens- en vermogenspositie van [leidinggevende E] geen aanleiding vormt om de boetegrondslag aan te passen.
72. De Raad ziet in deze zaak geen aanleiding tot een boeteverhoging dan wel boeteverlaging.
73. De Raad stelt de boete van [leidinggevende E] vast op EUR 250.000. 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.

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. legt aan [leidinggevende E], geboren op [geboortedatum], een boete op van EUR 250.000.

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.