



## Besluit

---

<b>Kenmerk:</b>	ACM/DJZ/2017/203847
<b>Zaaknummer:</b>	<b>16.0692.31</b>
<b>Versie</b>	openbaar
<b>Aantal pagina's</b>	3

---

### 1 Inleiding

1. Op 15 juli 2016 heeft de Directie Telecom Vervoer & Post van de Autoriteit Consument en Markt (de ACM) in een rapport geconstateerd dat N.V. Nederlandse Spoorwegen en vier groepsmaatschappijen (samen: NS) vermoedelijk artikel 24, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) op twee manieren hebben overtreden. Kort gezegd maakte NS misbruik van haar machtspositie op het Nederlandse hoofdtrainnet door haar gedrag bij de aanbesteding van de Limburgse openbaar-vervoerconcessie in 2014.
2. Tevens is het vermoeden gerezen dat de heer [vertrouwelijk] (destijds CEO van NS) feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van NS. De ACM heeft ook daarvoor een rapport opgemaakt. De ACM heeft beide rapporten aan de heer [vertrouwelijk] toegezonden.

### 2 Verloop van de procedure

3. De rapporten zijn op 7 juli 2016 overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van de ACM. De heer [vertrouwelijk] heeft inzage gekregen in de bij het rapport behorende onderliggende stukken. De ACM heeft de heer [vertrouwelijk] de mogelijkheid geboden om schriftelijk en mondeling zijn zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen. De heer [vertrouwelijk] heeft hiervan gebruik gemaakt.

### 3 Juridisch kader

4. Artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht verklaart artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat – indien een rechtspersoon een strafbaar feit begaat – de in de wet voorziene straffen en maatregelen tevens kunnen worden uitgesproken tegen hen die tot deze overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Een natuurlijke persoon kan worden beboet voor het feitelijk leiding geven aan een verboden gedraging van een onderneming.
5. De ondergrens voor de vraag of iemand als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt, wordt gevormd door de zogenoemde Slavenburg-jurisprudentie. Hierin is bepaald dat van feitelijk leidinggeven sprake is indien de verdachte (i) bevoegd en (ii) redelijkerwijs gehouden was maatregelen ter voorkoming van de gedragingen te nemen, maar dit (iii) achterwege laat en daarmee

(iv) bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.<sup>1</sup>  
Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven toetst aan deze criteria.<sup>2</sup>

#### 4 Beoordeling

6. De ACM wijst erop dat hier niet aan de orde is of de heer [vertrouwelijk] in strafrechtelijke zin laakbaar heeft gehandeld, noch of hij als bestuurder tekort is geschoten. Aan de orde is of hij beschouwd kan worden als feitelijk leidinggever aan de overtredingen van artikel 24, eerste lid, Mw en 102 VWEU waarvan de ACM heeft vastgesteld dat zij door NS zijn begaan.
7. Volgens het aan hem gerichte rapport was de heer [vertrouwelijk] feitelijk leidinggever ten aanzien van twee vormen van misbruik van een economische machtspositie door NS. Het betreft (1) het hanteren van een roofprijs in haar bod op de Limburgse openbaar-vervoerconcessie en (2) het complex van gedragingen dat als geheel NS enerzijds bevoordeelde bij de aanbesteding middels een kennisvoorsprong en anderzijds haar concurrenten benadeelde bij het indienen van hun bod. De heer [vertrouwelijk] gaf in zijn zienswijze verschillende redenen waarom hij aan geen van beide vormen van misbruik feitelijk leiding heeft gegeven.
8. De ACM heeft de feiten in het rapport beoordeeld aan de hand van de criteria uit de Slavenburg-jurisprudentie en met inachtneming van de zienswijze van de heer [vertrouwelijk]. De ACM ziet op basis van deze beoordeling onvoldoende grond om de heer [vertrouwelijk] persoonlijk als overtreder aan te merken.
9. De ACM overweegt hierbij dat de heer [vertrouwelijk] zijdelings was betrokken bij de complexe financiële berekeningen die aan het bod van NS ten grondslag lagen. Een nauwe betrokkenheid lag ook niet in de rede gezien de taakverdeling binnen het NS-bestuur in de betrokken periode. Verder is het complex van gedragingen in het rapport als geheel als misbruik aangemerkt. Uit de bewijsmiddelen heeft de ACM ten aanzien van bepaalde onderdelen betrokkenheid bij het complex van gedragingen van de heer [vertrouwelijk] kunnen vaststellen. Onvoldoende is echter gebleken dat de heer [vertrouwelijk] ten aanzien van het complex van de gedragingen als geheel bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zal voordoen.

#### 5 Besluit

10. ACM legt geen sanctie op aan de heer [vertrouwelijk], geboren op 5 april 1965 te Leeuwarden.

---

<sup>1</sup> HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

<sup>2</sup> Zie onder andere: CBB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, r.o. 3.7 en CBB 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119, r.o. 3.1.3.

Den Haag, 22 mei 2017

De Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g.  
mr. C.A. Fonteijn  
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.