

# Vrijwaring van beboeting voor feitelijk leidinggevers: zelfstandige grond voor boeteverhoging

Enige punitieve en overige bespiegelingen over vrijwaring voor boetes in het licht van het LHV-besluit

MR. R. DE BREE

Op de valreep van 2011 besliste de NMa dat aan de Landelijke Huisartsenvereniging ('LHV') een boete wordt opgelegd van € 7.719.000 voor - kort gezegd - het in strijd met art. 6 Mw en art. 101 VWEU de leden adviseren drempels voor toetreding van nieuwe huisartsen op te werpen.<sup>1</sup>

## Inleiding

De vraag of met het adviesbeleid van de LHV het kartelverbod is geschonden en of de hoogte van de beboeting in zijn algemeen correct voorkomt, is niet het voorwerp van dit artikel.<sup>2</sup> Wat hier zal worden uitgelicht, is een specifieke boeteverhogende omstandigheid waartoe de NMa besloot. Het gaat dan om een boeteverhoging van 5% voor de vrijwaring van beboeting voor bestuurders/feitelijk leidinggevers van de LHV. Die vrijwaring kwam er door een besluit van de ledenraad van de LHV na aanvang van het onderzoek door de NMa.<sup>3</sup> Naar aangenomen kan worden, geschiedde dit omdat de LHV van mening is dat haar handelen geen overtreding van de mededingingsbepalingen oplevert.

De beslissing van de NMa roept vragen op, zoals: kan de NMa dit wel doen (valt het binnen haar beoordelingsvrijheid)?; wat heeft zo'n vrijwaring met de eigenlijke over-

treding van doen?; hoe verhoudt zich zo'n verhoging van de boete voor de onderneming/ondernemersvereniging tot de mogelijke boete van de feitelijk leidinggever?; hoe moet deze boeteverhoging worden gepositioneerd in verhouding tot de civielrechtelijke positie van de betrokken individuen/ondernemersvereniging? In dit artikel wordt daarbij stilgestaan.

## LHV-vrijwaring

In het LHV-besluit motiveert de NMa de boeteverhoging als volgt:

"[d]e Raad neemt voorts in aanmerking dat de LHV heeft toegezegd de betaling van de boete die wordt opgelegd aan de feitelijk leidinggever voor haar rekening te zullen nemen. Naar het oordeel van de Raad druist een dergelijke toezegging in tegen de ratio van de wetgeving waarin de Raad de bevoegdheid tot beboeting van feitelijk leidinggevers is toegekend en holt deze de beoogde afschrikwekkende werking uit. De Raad ziet hierin aanleiding om de basisboete van de LHV te verhogen met 5%."

Alhoewel deze redenering aantrekkelijk kan lijken, zeker prima facie, is het de vraag of wat de NMa hier doet (boete)systematisch logisch is.

Die vraag raakt aan de doelen van bestraffing. Een thema

1 Er zijn ook andere - niet punitieve - sancties opgelegd, zoals een tamelijk uitgebreide last onder dwangsom.

2 Die kwestie leidde af tot Kamervragen: brief minister VWS 26 januari 2012, *Kamerstukken II* 29 247, nr. 168.

3 Besluit, rmd.nr. 184.

waarover in het strafrecht veel is gezegd en geschreven. Die doelen an sich zijn helder: vergelding, generaal preventieve werking (anderen afschrikken), speciaal preventieve werking (de betrokkene afschrikken) en reparatie.<sup>4</sup> Over de vraag hoe de doelen moeten worden ingezet bij bestraffing is veel meer twist. Daarover is geen consensus aan te treffen.<sup>5</sup>

Als de NMa - zoals geciteerd - spreekt van het uithollen van de afschrikwekkende werking, zal merendeels bedoeld zijn op de preventie. Het is niet onbegrijpelijk dat de NMa zich op het standpunt stelt dat die preventieve werking (generaal en specifiek) verminderd wordt indien de betrokkene die als feitelijk leidinggever wordt aangemerkt een eventuele beboeting niet in zijn/haar portemonnee voelt. Zijn of haar handelen wordt daarmee immers de facto door de rechtspersoon in welk verband hij of zij als feitelijk leidinggever is aangemerkt, gevrijwaard.

Hier was de vrijwaring pas aan de orde, nadat de beboetbare feiten waren aangevangen. Gedacht zou kunnen dat die omstandigheid verschil uit zou moeten maken. Immers, de boeteling wist niet vooraf dat zijn onderneming de mogelijke boete zou dragen. Mij lijkt dat aspect niet zo relevant. Allereerst niet, aangezien het hier gaat om een voortdurend delict dat - aldus het besluit - doorliep tot aan de vaststellingsdatum van het boetebesluit.<sup>6</sup> Bovendien lijkt zo'n gedachte minder relevant om reden van het volgende. Of de boeteling het vooraf wist of achteraf merkt, het resultaat blijft dat hij zelf niet enige boetelast heeft te dragen. Zo bezien is de opmerking van de NMa over uitholling van de afschrikwekkende werking begrijpelijk. Zeker als daarbij bedacht wordt dat de boetebesluiten omtrent feitelijk leidinggever, terecht, geschieden op geanonimiseerde basis, waardoor de betrokkene geen (extra) leed wordt toegevoegd door openbaarmaking.

Wat evenwel veel minder begrijpelijk kan worden genoemd, is het feit dat deze overwegingen zijn gemaakt in het kader van het boetebesluit van de ondernemersvereniging LHV. De LHV immers wordt beboet voor eigen gedragingen. Maar die gedragingen zijn niet het vergoeden van de boete van de feitelijk leidinggever. Dat is niet het beboetbare feit. Haar gedragingen leidend tot een boete worden gevormd door de aansporen van concurrentieremmend gedrag ten aanzien van het vestigingsbeleid. Au fond beschouwd heeft het fourneren van de rekening van de boete van de feitelijk leidinggevers daar niet veel mee van doen. Het staat 'naast' het beboetbare feit. Zo bezien is het betrekken van die vrij-

waringstoezegging bij de beboeting van de LHV moeizaam. Weliswaar kunnen soms overige aspecten bij de beoordeling worden betrokken (denk aan: medewerking aan/of tegenwerking van het onderzoek bijvoorbeeld). Daarbij gaat het veelal om omstandigheden ten voordele van de boeteling of om omstandigheden die effectieve handhaving ten aanzien van de boeteling zelf bemoeilijken of verhinderen. Het gaat evenwel ver een omstandigheid als hier

Het gaat ver een omstandigheid als het vrijwaren voor beboeting van feitelijk leidinggevers ten laste van de LHV mee te wegen. [...] Hoe moest LHV weten dat door deze toezegging haar eigen boete zou (kunnen) worden verhoogd?

ten laste van de boeteling (LHV) mee te wegen. Daarbij spelen alleen al vragen van legaliteit en rechtszekerheid; hoe moest LHV weten dat door deze toezegging haar eigen boete zou (kunnen) worden verhoogd? De NMa zal daarop - naar ingeschat kan worden - tegenwerpen dat in het kader van de Wegener-zaak al voorspellende woorden werden geuit over de ongewenstheid van dergelijke vrijwaringen.<sup>7</sup> Dergelijke uitingen nemen dit bezwaar niet, zeker niet geheel, weg. Overeind blijft namelijk dat de voorzienbaarheid van de onderhavige sanctieverhoging niet goed geborgd was, nu niet op voorhand redelijkerwijs te voorzien was dat zo'n boeteverhoging zou worden toegepast.

Het is - indachtig die bijzondere constellatie waarvoor de NMa hier kiest - relevant te kijken of wat de NMa in het LHV-besluit met de boeteverhoging doet, wel kan. Eerste oriëntatiepunt daarbij is het beleid dat geldt voor boetevaststelling en in het bijzonder voor boeteverhogende elementen. Dat beleid, dat sinds 2009 weer wat op afstand van de NMa staat, is neergelegd in de beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009.<sup>8</sup> In dit geval levert raadpleging van dat beleid geen concrete aanwijzingen op: er bestaat geen specifiek benoemde boeteverhogingsfactor voor het gegeven dat de boeteling (LHV) andere betrokkenen (de feitelijk leidinggever) vrijwaart.<sup>9</sup> Wel kennen de beleidsregels het algemene art. 13 dat ziet op boeteverhogende omstandigheden en niet limitatief een aantal - hier dus niet relevante - omstandigheden expliciet benoemt. De vervolgvraag, en daarmee het belangrijkste oriëntatiepunt, is derhalve hoeveel ruimte de rechter de NMa vergunt boeteverhogende factoren te hanteren. Het gaat daarbij om de zogenoemde beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan.<sup>10</sup> Die ruimte lijkt, gelet op de rechtspraak

4 Bijvoorbeeld J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-7. Vgl. CBb 12 augustus 2010, AB 2010, 432, dat in rov. 7.7.2. de generaal en speciale preventie noemt voor de - destijds geldende - Boeterichtsnoeren NMa.

5 Zie recent: H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes: Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, Groningen oktober 2011, *Kamerstukken II* 33 000-VI, nr. 77.

6 Besluit, rnd.nr. 161. Zie in dat verband ook de last onder dwangsom in het besluit.

7 Vgl. de speech van de toenmalig voorzitter van de RvB van de NMa in oktober 2010, [http://www.nma.nl/Images/speech\\_PK\\_14092010\\_Elsevier\\_201022-157359.pdf](http://www.nma.nl/Images/speech_PK_14092010_Elsevier_201022-157359.pdf).

8 *Strct.* 22 september 2009, nr. 14079.

9 Vgl. art. 13 van de beleidsregels.

10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 141 (MvT 4e tranche Awb, art.

van het CBB, tamelijk groot. Het CBB heeft zich in het verleden ruimhartig getoond vis-à-vis de NMa waar het de beoordelingsruimte of in elk geval de ruimte voor beboeting betreft.<sup>11</sup> Wel is de rechter op basis van art. 6 EVRM gehouden te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding.<sup>12</sup> De zogeheten 'volle toetsing'.<sup>13</sup> Toch is de ruimte voor de NMa niet onbeperkt. Het CBB spreekt in termen van 'enige' en 'een zekere ruimte bij de vaststelling van de hoogte van de boete en - meer in algemene zin - de voor die vaststelling in aanmerking te nemen maatstaven'.<sup>14</sup>

Het kan, ondanks de door het CBB aan de NMa vergunde ruimte om te (be)oordelen over de boete, worden betwijfeld of omstandigheden die welbeschouwd met de

## Wat de rechtspraak vooral laat zien, is dat er civielrechtelijke normen zijn die verhaal van boetelingen reguleren

overtreding an sich niet van doen hebben, ten nadele bij beboeting (als verhogende factor) kunnen worden betrokken. Te minder als het bestuursorgaan daar in het boetebeleid geen helderheid over heeft geschapen en in zoverre geen - op grond van het legaliteitsbeginsel gevergd - rechtszekerheid heeft geschapen. Zo bezien vormt het ontbreken van het benoemen van een vrijwaring als hier aan de orde - door de NMa of de minister - als een boeteverhogende omstandigheid, een contra-indicatie voor de toelaatbaarheid van de boeteverhoging in casu.

Dat specifieke element van mogelijke frictie met het legaliteitsbeginsel geldt slechts (eenmalig) in dit geval, indien aangenomen wordt dat de NMa of de minister vervolgens het boetebeleid zou aanpassen of indien zou worden bevonden dat met het LHV-besluit een toekomstige boeteling voldoende is gewaarschuwd (de boeteverhoging voor de toekomst redelijkerwijs voorzienbaar is). Toch blijft zelfs dan overeind dat de rechter de boete en derhalve ook zo'n boeteverhoging vol zal (kunnen) toetsen en deze boeteverhogende omstandigheid wel eens zou kunnen sneuvelen, omdat hij niet werkelijk met het beboetbare feit van doen heeft.

Al met al lijkt het dubieus of wat de NMa in de LHV-zaak

5:46 lid 2 Awb).

- 11 Bijvoorbeeld CBB 7 juli 2010, AB 2010, 235 (GWW); CBB 12 augustus 2010, AB 2010, 342 (T-Mobile e.a./NMa); CBB 4 oktober 2011, LJN BT6521 (Fietsfabrikanten). Ook (ten aanzien van andere autoriteiten/beboeting): CBB 29 april 2004, AB 2004, 317 (FinResult/AFM); CBB 15 december 2006, AB 2007, 280 (Tabakswet) en CBB 7 juni 2007, AB 2007, 279 (Les Amis de France/AFM).
- 12 Bijvoorbeeld CBB 29 april 2004, AB 2004, 317 (FinResult/AFM).
- 13 Vgl. de wijze waarop de hoogste bestuursrechter daaraan invulling geeft door te toetsen of de boete passend en geboden is: HR 22 januari 2010, BNB 2010, 163.
- 14 CBB 4 oktober 2011, LJN BT6521, rov. 4.9.3 (Fietsfabrikanten). Zie CBB 7 juli 2010, AB 2010, 235, rov. 3.3.5 (GWW); Vgl. CBB 12 augustus 2010, AB 2010, 342, rov. 7.7.2 (T-Mobile e.a./NMa).

doet wel - door de rechterlijke beugel - kan. Tamelijk principieel, nu de vrijwaring geen omstandigheid is die de overtreding regardeert. Maar ook omdat de LHV niet redelijkerwijs kon voorzien dat die vrijwaring tot boeteverhoging zou leiden.

## Complicaties

Of de boeteverhoging overeind blijft, staat derhalve te bezien. Mocht dat het geval zijn, is het voor de bredere context goed erop te wijzen dat zo'n boeteverhoging ook nog enkele andere complicaties kent.

*De directeur-groootaandeelhouder: meervoudige beboeting*  
Een vorm van complicatie laat zich voelen als de feitelijk leidinggever in een rechtstreekse lijn staat met de rechtspersoon, bijvoorbeeld als hij de directeur-groootaandeelhouder ('dga') ervan is. Dan is het niet uitzonderlijk dat de rechtspersoon de boete van de dga voor haar rekening neemt. Sterker: in zo'n geval levert het separaat beboeten van beiden al een gecompliceerde situatie op, omdat in wezen de dga ermee tweemaal in het vermogen wordt geraakt.<sup>15</sup> Een boeteverhoging maakt dat nog erger. In dat geval wordt de afschrikwekkende werking hoog opgetast.

### *Civielrechtelijk verhaal van de boete*

Een andere complicatie is gelegen in het feit dat vrijwaringen van boetes niet onbekend zijn en dat een werkgever onder omstandigheden zelfs gehouden kan zijn een werknemer schadeloos te stellen (en daarmee te vrijwaren). Zo zijn er civielrechtelijke voorbeelden waarin de rechter een werkgever verplichtte de door de werknemer geleden schade ten gevolge van door de werknemer zelf gepleegde strafbare feiten (als feitelijk leidinggever van de werkgever, die de feiten dus ook pleegde) te vergoeden.<sup>16</sup>

De tegenhanger daarvan, de werkgever haalt verhaal bij zijn werknemer die strafbare feiten heeft gepleegd waarvoor de werkgever strafrechtelijk is 'aangeslagen', is ook bekend. In een kwestie die van doen had met overtreding door voormalig bestuurders van de sanctieregels omtrent het toenmalige regime in Irak, procedeerde de vennootschap tegen die ex-bestuurders, omdat de vennootschap strafrechtelijk vervolgd was. De vennootschap had die vervolging kunnen voorkomen door het sluiten van een transactie met het Openbaar Ministerie. Het bedrag dat daarmee gemoeid was, wenste de vennootschap op de ex-bestuurders (waaronder een natuurlijke persoon) te verhalen, met als argument dat weliswaar de vennootschap formeel de overtreding had gepleegd, maar het de ex-bestuurders waren die de facto (en daarmee als feitelijk leidinggever) dit teweeg hadden gebracht. Rechtbank Zwolle volgde de ven-

15 Vgl. HR 20 juni 1990, BNB 1991, 29; HR 10 maart 1993, BNB 1993, 198; HR 12 augustus 2005, VN 2005/59.7.

16 Bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 1 mei 2012, LJN BW4795. Als grondslag kan dienen het arbeidsrecht (art. 7:611 of art. 7:658 BW), dan wel de onrechtmatige daad.

nootschap daarin.<sup>17</sup> In appel luidde het oordeel in zoverre anders dat de ex-bestuurders slechts gehouden werden de helft van het transactiebedrag te voldoen (op basis van de matigingsbevoegdheid ex art. 6:109 BW) en dat zij tevens niet hoefden te voldoen het gedeelte van het transactiebedrag dat zag op ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.<sup>18</sup> Verhaal van - in elk geval een deel van de boete - lijkt in zo'n geval dus mogelijk. In een zelfde richting wijst het arrest van 13 juni 2008 van de Hoge Raad, waarin hij bepaalde dat werkgevers onder omstandigheden verkeersboetes door hun werknemers begaan, op hen kunnen verhalen.<sup>19</sup>

Daarmee zou het beeld diffuus kunnen worden. Immers, onder omstandigheden kan de werknemer kennelijk bij zijn werkgever claimen dat deze boete en kosten betaald door de werknemer - naar kan worden aangenomen in dienstverband - gepleegde strafbare feiten, en - omgekeerd - onder omstandigheden kan de werkgever zich op de werknemer (of bestuurder) verhalen voor boete (bedrag) en kosten ten aanzien van door de werknemer (of bestuurder) gepleegde strafbare feiten. Dat zijn elkaars tegenpolen. Toch lijken de verschillende situaties verenigbaar. De omstandigheden van het geval zullen immers indicatief zijn ter bepaling van het antwoord op de vraag of de betrokken feitelijk leidinggever in een situatie bescherming behoeft (bijvoorbeeld op basis van art. 7:611 BW) of dat die bescherming eerder aan de onderneming toekomt (op basis van bijvoorbeeld art. 6:162 BW). Ook de Hoge Raad in het arrest van 13 juni 2008 lijkt er - min of meer - zo naar te kijken. Waar hij verhaal op de werknemer van een verkeersboete niet uitsluit, formuleert hij tevens als rechtsregel dat niet uit te sluiten is dat werkgever onder bijzondere omstandigheden gehouden

is een (werknemers)boete voor zijn rekening te nemen, bijvoorbeeld indien hij het begaan ervan bevorderd heeft.

Wat deze rechtspraak vooral laat zien, is dat er civielrechtelijke normen zijn die verhaal van boetelingen reguleren. In dat kader is het dan ook niet per se ongepast dat er vrijwaringsclausules daarop ziend, bestaan. Het lijkt zodoende

Al met al lijkt het dubieus of wat de NMa in de LHV zaak doet wel - door de rechterlijke beugel - kan

niet geheel geëigend dat de NMa tracht in de plek te treden van die normen op de wijze zoals in het LHV-besluit is gedaan.

### Conclusie

Met het LHV-besluit is een nieuwe variant toegevoegd aan het sanctionerend arsenaal van de NMa. Beboeting of althans boeteverhoging wegens gedrag dat niet ziet op de overtreding, te weten het naast de overtreding door de LHV vrijwaren van het boetebedrag jegens de feitelijk leidinggevers. Het antwoord op de vraag of de rechter die methodiek goed zal keuren, is met twijfel omgeven. Bovendien lijkt het civiele recht - met de daar geldende normen - beter in staat als beslissingskader te dienen voor de toelaatbaarheid van verhaal omtrent boetes (en daarmee in verband staande vrijwaringen) dan het boeterecht. Deze moge de afschrikwekkende werking van het sanctierecht wellicht niet ten goede komen, het lijkt wel een zuiverdere benadering.

#### Over de auteur

Mr. Robbert de Bree is advocaat te Den Haag.

17 Rechtbank Zwoile 25 maart 2009, LJN BJ5138.

18 Gerechtshof Arnhem 11 januari 2011, zaaknummer 200.033.937/01 (niet gepubliceerd).

19 HR 13 juni 2008, NJ 2009, 302.