

128. Hoofdelijke aansprakelijkheid in het Leesmappen-kartel

AANSPRAKELIJKHEID UIT HOOFDE VAN WAARVAN?

MR. R. DE BREE

Alhoewel de ACM nog doende lijkt vorm te vinden na haar totstandkoming en in afwachting van de afkondiging van de Stroomlijningswet, zit zij niet stil. Zoals we vooral van de toenmalige NMa gewend waren, komt er bij tijd en wijle weer een nieuwigheid op. Niet zelden gaat het daarbij om het ruim interpreteren van bevoegdheden of boete-instrumenten. Dat deze – enigszins aan het handhaven van het mededingingsrecht eigen – wijze van effectief opsporen en beboeten vruchten kan afwerpen, behoeft weinig toelichting. Een teken van het succes van de mededingingshandhaving is bijvoorbeeld het gegeven dat inmiddels onderdelen ervan (beboeting met als maximum 10% van de jaaromzet) zullen worden geïntroduceerd in het klassieke handhavingsrecht, het strafrecht.¹

Ter bespreking hier is een facet uit de Leesmappen-kartel zaak dat wel zo'n nieuwigheid betreft, maar toch niet geheel in de lijn van ruimere beboeting ligt. Het gaat het om de constructie, zoals door de ACM opgezet, waarin een natuurlijke persoon hoofdelijk aansprakelijk wordt gehouden voor (een deel van) de boete van een onderneming. Een natuurlijke persoon waarvan de ACM stelt dat deze als overtreder in de vorm van feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt, maar die door haar niet als zodanig beboet wordt. In deze bijdrage staat centraal de vraag of de figuur van hoofdelijke aansprakelijkheid voor een boete zich verhoudt met het boeterecht (de Awb en de Mw in hoofdzaak). Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal het onderdeel uit de Leesmappen-kartel zaak worden besproken alwaar de ACM deze figuur geïntroduceerd heeft, waarna een blik zal worden geworpen op andere varianten van hoofdelijke aansprakelijkheid, om de opgeworpen vraag vervolgens te beantwoorden.

Leesmappen-kartel besluit

Het boetebesluit van de ACM van 7 november 2013 in het Leesmappen-kartel betreft naar vaststelling van de ACM een kartel dat bestond uit dertien leesmappen distributie-ondernemingen die tamelijk klassieke kartelafspraken maakten in de vorm van marktverdeling en aanverwante informatie-uitwisseling. Aan hen werden boetes opgelegd van – totaal – € 6 miljoen.² In deze bijdrage zal enkel het facet van de hoofdelijke aansprakelijkheid worden uitgelicht.

In het kader van het boetebesluit staat de ACM uitdrukkelijk stil bij de vraag of individuen binnen de ondernemingen zijn aan te merken als feitelijk leidinggevers.³ De ACM concludeert dat in dertien gevallen (bij de betrokken ondernemingen) ten aanzien van individuen sprake is geweest van feitelijk leidinggeverschap. De ACM komt, in het verlengde daarvan en zonder verrassing, tot de conclusie dat deze personen ook als overtreder zijn aan te merken (dat de overtreding hen kan worden toegerekend).⁴ Dit alles lijkt derhalve de opmaat tot boetes voor de ondernemingen en de individuen die als feitelijk leidinggever zijn aangemerkt. De ACM stelt ook de boetes voor de ondernemingen en de feitelijk leidinggevers vast (variërend voor die laatsten van € 10.000 tot € 137.000).⁵

Maar voor de individuen (op een na) loopt het toch anders af. In het kader van de evenredigheid overweegt de ACM dat die individuen, hoewel feitelijk leidinggever, ook aandeelhouder zijn van een van de betrokken ondernemingen (anders weergegeven: een directeur-grootaandeelhouderssituatie) en dat door betaling van de boete zoals die wordt opgelegd aan de onderneming een *'uitstroom van kapitaal bij de [onderneming] zal plaatsvinden die de financiële positie van de [betreffende] feitelijk leidinggevers rechtstreeks en op significant wijze raakt, omdat de [onderneming de] omzet bijna uitsluitend met leesmappen [behaalt]*.⁶ In aanvulling daarop vermeldt de ACM dat gebleken is dat de betreffende individuen nauwelijks andere bronnen van inkomsten hebben dan die

1 Wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, 33685 (aanhangig in de Eerste Kamer).

2 Boetebesluit van 7 november 2013, zaaknr. 7244 (www.acm.nl).

3 Boetebesluit, p. 130-144.

4 Boetebesluit, p. 163-167.

5 Boetebesluit, rnd.nr. 613.

6 Boetebesluit, rnd.nr. 625.

uit de onderneming in kwestie. *‘Dit heeft tot gevolg dat genoemde feitelijk leidinggevers ook door de boete voor de [ondernemingen] worden geraakt.’*⁷

Die overwegingen leidden de ACM tot de slotsom dat het opleggen van afzonderlijke boetes aan die feitelijk leidinggevers niet passend zou zijn. Wel houdt de ACM de feitelijk leidinggevers hoofdelijk aansprakelijk voor een deel van de boete zoals die wordt opgelegd aan ‘hun’ onderneming (te weten ten belope van de voor henzelf vastgestelde ‘boete’).⁸ Waarom de ACM – toch nog – aan een van individuen separaat een boete oplegt, wordt uit het besluit niet duidelijk.

Duiding van de benaderwijze van de ACM

Zoals zojuist werd aangestipt, komt de ACM tot de hoofdelijke aansprakelijkstelling in het kader van de evenredigheidstoets. In feite komt de ACM tot het oordeel dat de betrokken individuen weliswaar feitelijk leidinggevers zijn, maar dat het hen zelf – ook – een boete opleggen, indachtig – vooral – het feit dat zij ook worden geraakt door de boete aan de onderneming, neer zou komen op een tweemaal treffen in het vermogen. Ongetwijfeld is die beoordeling ingegeven door verweren van de verdediging van de betrokkenen, die naar mag worden aangenomen hebben betoogd dat sprake zou zijn van dubbele beboeting. Dat voorkomen van dubbele beboeting is een beschermingswal die vooral gekend is in de vorm van het *ne bis in idem* beginsel; er mag niet tweemaal voor hetzelfde worden beboet. Nochtans is voorwaarde voor toepasselijkheid van dat beginsel onder meer dat het gaat om dezelfde overtreding. Daarvan is evenwel in de enge zin uiteraard geen sprake bij een onderneming en haar directeur-grootheidhouder.

Wel is in de rechtspraak, juist indachtig de benodigde evenredigheid van de beboeting (die immers passend en geboden moet zijn) eerder aanvaard dat zo’n situatie als die zich hier voordeed en waarbij de facto beboeting van beiden (onderneming en individu) neerkomt op tweemaal treffen in hetzelfde vermogen, aanleiding kan zijn tot het niet aanvaardbaar achten van twee boetes. De Hoge Raad kwam in het fiscale boeterecht al menigmaal te oordelen over dergelijke vraagstukken. Uit die rechtspraak kan worden afgeleid dat het voorkomen van het tweemaal treffen in het vermogen inderdaad een factor is die bij de beboeting hoort te worden meegewogen.⁹

Daarmee lijkt de achtergrond van de beslissing van de ACM helder en de ratio die eraan ten grondslag ligt gerechtvaardigd. Doch de vervolgvraag die prangt, is welke consequentie verbonden dient te worden aan het evenredigheidsargument van het tweemaal treffen in hetzelfde vermogen.

7 Ibidem.

8 Boetebesluit, rnd.nr. 626.

9 Vgl. bijvoorbeeld HR 20 juni 1990, nr. 25 976, BNB 1991, 29; HR 10 maart 1993, BNB 1993, 198; concl. Van Soest, noot P. den Boer; Hoge Raad, 12 augustus 2005, VN 2005, 59.7.

Hoofdelijkheid

De vraag naar de consequentie leidt naar het hoofdelijkheidsaspect. Zonder in diepe exegeses te vervallen, is het goed onder de aandacht te brengen dat hoofdelijke aansprakelijkheid een rechtsfiguur is die merendeels neerkomt op een verbondenheid van de betrokkenen in die voege dat zij gezamenlijk aansprakelijk gesteld worden en zodoende hoofdelijk gehouden zijn de daarmee gepaard gaande ‘schuld’ te voldoen. In die vorm wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid bijvoorbeeld in het BW gevonden (in zijn algemeenheid artikel 6:6-6:14 BW of bijvoorbeeld voor de onrechtmatige daad, artikel 6:166 BW). Een iets andere invulling van het concept van de hoofdelijke aansprakelijkheid is het iemand aansprakelijk houden voor de schuld van een ander, een vorm van toerekenen. Veelal zulks op basis van een kwalitatieve verhouding tot het oorspron-

Verhoudt de figuur van hoofdelijke aansprakelijkheid voor een boete zich met het boeterecht?

kelijke voorwerp van de ‘schuld’. Voorbeeld daarvan is de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van een vennootschap bij faillissement ingevolge artikel 2:248 BW. Of, een ander voorbeeld, die van de vennoten bij een vennootschap onder firma.¹⁰

Ook in het sanctierecht is de figuur van hoofdelijke aansprakelijkheid niet geheel onbekend. Zo is inmiddels ten aanzien van de ontnemingsmaatregel in het strafrecht opgenomen dat daarbij een hoofdelijke aansprakelijkheid aan de orde kan zijn (artikel 36e lid 7 Sr)¹¹ In het strafrecht vergt hoofdelijke aansprakelijkheid een wettelijke basis. Dat verbaast niet aangezien het legaliteitsbeginsel een wettelijke basis voor bestraffing vereist. Daarop vormt de hoofdelijke aansprakelijkheid geen uitzondering. Het mededingingsrecht kent daarnaast voor wat de sanctionering aangaat, zoals bekend, ook een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid en wel die van – kort aangeduid – de moedermaatschappij voor kartelgedrag van de dochter, waar het is geconstrueerd als een (naar de letter: weerlegbaar) vermoeden.¹² In *Tekst & Commentaar* merken Van der Meulen, Van den Berg en Jansen op dat het hierbij gaat om een *‘publiekrechtelijke hoofdelijkheid waarvoor een wettelijke grondslag dient te bestaan.’* Zij stellen vervolgens: *‘In het mededingingsrecht is deze besloten*

10 Artikel 18 K, ABRvS 29 juni 2011, AB 2011, 355, met noot O.J.D.M.L. Jansen *‘Zonder wettelijke voorziening is [het bestuursorgaan] volgens mij niet bevoegd om een ander dan de overtreder aansprakelijk te stellen voor betaling daarvan [...]’*

11 Zie HR 14 maart 2014, ECLI:NL:HR:2104:652. Vgl. ook bijvoorbeeld – in het fiscale boeterecht – artikel 32 IW.

12 De rechtspraak en literatuur op dit vlak is uitbundig. Slechts enkel voorbeelden: HvJ EU 26 november 2013, C-58/12 P (*Groupe de Gasconne*), NJ 2014, 113, m.nt. Mok. Ten onzent bijvoorbeeld CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BO5193. Zie voorts M. Bronckers & A. Vallery, *‘No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law’*, 34 *W.Comp.* 4, 2011, p. 548-558.

*in de bevoegdheid om een overtreding aan een of meer ondernemingen en vervolgens aan een of meer (rechts) personen toe te rekenen [...].*¹³

Mij lijkt dat over de concludentheid van hetgeen Van der Meulen, Van den Berg en Jansen stellen enige twijfel kan worden geuit. Als hoofdelijke aansprakelijkheid in het sanctierecht een wettelijke basis behoeft (hetgeen als uitgangspunt juist voorkomt), is de vraag gewettigd waarom de moeder/dochteraansprakelijkheid door de beugel kan. Immers, het toerekenen waarover Tekst & Commentaar rept, is ook (slechts) een rechtsleer die niet, of zeker niet rechtstreeks op wet of verdrag gebaseerd

College overweegt: ‘Zonder [een] expliciete wettelijke grondslag is een bestuursorgaan [...] niet bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen aan een ander dan de overtreder zelf.’ In het geval van de Leesmappen-kartel zaak is door de ACM vastgesteld dat de betrokkenen overtreder zijn. Dus, zo kan de redenering zijn, daarmee is de wettelijke grondslag voor het opleggen van een sanctie geregeld.

Toch wringt deze gedachte, en wel omdat door de constructie die de ACM opzet de verdedigingsrechten van de hoofdelijk aansprakelijk gestelde beperkt lijken te worden. Dat is alleen al het geval nu de criteria voor het hoofdelijk aansprakelijk stellen door de ACM niet duidelijk zijn gemaakt. Zo bezien is derhalve niet goed duidelijk wanneer een betrokkene hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Dat verhoudt zich maar moeizaam met het legaliteitsbeginsel. Voorts kan worden geconstateerd dat de individuen weliswaar worden aangemerkt als feitelijk leidinggever (en overtreder), maar het is met twijfel omgeven of zij die ‘kwalificatie zonder gevolg’ (nu aan hen immers geen boete wordt opgelegd) in rechte kunnen laten toetsen en zij daartegen verweer kunnen voeren. Die twijfel bestaat nu deze vaststelling omtrent feitelijk leidinggever niet de grondslag lijkt voor het uiteindelijke besluit (zijnde de hoofdelijke aansprakelijkheid). Deze onduidelikheden vloeien uiteraard voort uit het feit dat het de ACM, en niet de wetgever, is die deze vorm van aansprakelijkheid construeert. Los van het andere is dat in het sanctierecht niet een te verkiezen verschijningsvorm. De koninklijke weg voor het uitbreiden van het sanctierecht, waar deze constructie hoe dan ook op neerkomt, is die van de wetswijziging.

Conclusie

Het valt te betwijfelen of de nieuwigheid van de hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals de ACM die in de Leesmappen-kartel zaak heeft gecreëerd, de rechterlijke toets zal kunnen doorstaan. Expliciete wettelijke basis ontbeert zij in elk geval. Ofschoon de gedachte ertoe, te weten het gevolgen verbinden aan het (anders) tweemaal treffen in hetzelfde vermogen, in dit geval enige sympathie niet kan worden ontzegd, ware het beter als de rechter deze constructie niet toelaatbaar zou achten omdat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Het ontbreken van een wettelijke basis moet daarvoor maatgevend worden geacht. Zodoende kan dan de wetgever licht laten schijnen over de (wenselijkheid van deze) constructie. Daarbij komt dat ook op andere wijze gevolg kan worden gegeven aan het argument dat het opleggen van een boete aan het individu (waar zijn onderneming ook al een boete krijgt) leidt tot het tweemaal treffen van hetzelfde vermogen; te weten het afzien van beboeting van de natuurlijke persoon.

Zijn individuen binnen de ondernemingen aan te merken als feitelijk leidinggevers?

lijkt. In de rechtspraak lijkt de acceptatie van deze figuur vooral te zijn gebaseerd op het kenmerk dat het bij deze (hoofdelijke) aansprakelijkheid gaat om een toerekening in concernverband (indachtig het onderneming-begrip) en om een weerlegbaar vermoeden.¹⁴ Nochtans is de wettelijke basis voor deze aansprakelijkheidsfiguur broos te noemen. Niettemin geldt dat een wettelijke basis voorwaarde vormt voor hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁵ Het is een vorm van aansprakelijkheid die vaste grond onder de voeten behoeft; zeker in het geval van het sanctierecht waar het neerkomt op een ander dan de boeteling voor die boete (mede) aansprakelijk houden, hetgeen zonder zo'n basis strijdig is met het legaliteitsbeginsel.

Analyse van de hoofdelijke aansprakelijkheid op ACM leest

Uit de zojuist belichte ratio achter de hoofdelijke aansprakelijkheid dringt zich de analyse op dat de hoofdelijke aansprakelijkheid zoals de ACM die in de leesmappen-kartel zaak heeft toegepast bij natuurlijke personen wel eens geen stand zou kunnen houden bij gebreke van een wettelijke basis.

In dat opzicht is in elk geval een gegeven dat de Awb die vorm van aansprakelijkheid niet kent (voor deze situatie). Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of het verschil uitmaakt dat de ACM heeft vastgesteld dat de natuurlijke personen als feitelijk leidinggever (en daarmee als overtreder) kunnen worden aangemerkt. De gedachte zou daarbij kunnen zijn dat wie het meerdere mag (de feitelijk leidinggever een boete opleggen) ook het mindere mag (‘slechts’ voor het bedrag van die feitelijk leidinggever boete hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de ondernemingsboete).

In de uitspraak van het CBb van 26 juni 2008 kan enige steun voor deze gedachte worden gevonden, waar het

13 T&C mededingingsrecht, commentaar bij artikel 56.

14 Bijvoorbeeld HvJ EU 19 juli 2012, C-628/10 P en C-14/11 P (*Alliance One International en Standard Commercial Tobacco*, NJ 2012, 650).

15 Zo ook: CBb 26 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5340.

Over de auteur

Mr. Robbert de Bree is advocaat bij Wladimiroff Advocaten N.V