

**Nieuwsbrief Mededinging Nr. 1**

De nieuwsbrief Mededinging signaleert ontwikkelingen op het gebied van het Nederlandse, Belgische en Europese mededingingsrecht die relevant zijn voor ondernemingen en ondernemers. De nieuwsbrief wordt uitgegeven door de Belgische en Nederlandse mededingingsspecialisten van Loyens & Loeff. Via de website [www.loyensloeff.com](http://www.loyensloeff.com) kunt u collega's of andere geïnteresseerden (zich laten) abonneren op de Nieuwsbrief Mededinging. Voor opmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen. Het Mededingingsteam

**"Op de persoon gericht" – beboeting van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers bij overtredingen van de Mededingingswet**

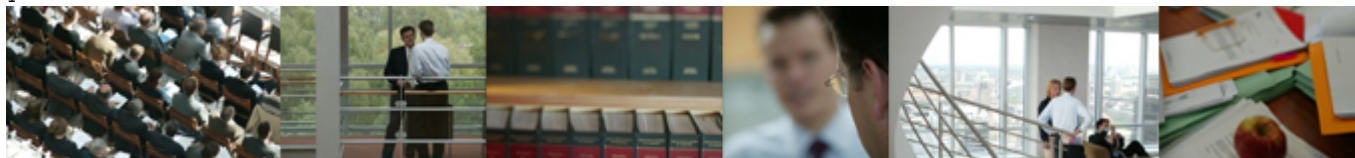
*Op 1 oktober 2007 treedt een wijziging van de Mededingingswet in werking. Eén van de belangrijkste wijzigingen betreft de mogelijkheid van de NMa om – naast ondernemingen – ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers te bestraffen bij een overtreding van het verbod van concurrentiebeperkende afspraken (ook wel bekend als het kartelverbod) of het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De boete kan oplopen tot maximaal 450.000 euro.*

De Mededingingswet verbiedt afspraken die tot doel of tot gevolg hebben dat de concurrentie op de Nederlandse markt wordt beperkt. Ook verbiedt de Mededingingswet misbruik van een economische machtspositie. Het gaat hierbij steeds om concurrentiebeperkende afspraken *tussen ondernemingen* en om misbruik van een machtspositie *door één of meer ondernemingen*. Tot 1 oktober 2007 waren het ook alleen ondernemingen<sup>1</sup> die door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") bestraft konden worden indien deze verboden werden overtreden. Als gevolg van een wetswijziging per 1 oktober 2007 kunnen ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers beboet worden indien komt vast te staan dat een onderneming het kartelverbod of het misbruikverbod heeft overtreden.

**De wijziging**

Tot 1 oktober 2007 was in artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet bepaald dat de NMa de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, een boete en een last onder dwangsom kan opleggen. In artikel 56, vierde lid, werd hier uitdrukkelijk aan toegevoegd dat een bestuurder van een rechtspersoon niet wordt beschouwd als een natuurlijk persoon als bedoeld in het eerste lid. Dit vierde lid komt per 1 oktober te luiden als volgt: "*Artikel 51 van het wetboek van strafrecht is van overeenkomstige toepassing.*" Met deze "simpele" verwijzing wordt de deur geopend voor de bestraffing van individuele personen. Volgens artikel 51, tweede lid, kan namelijk "[i]ndien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken: (1) tegen die rechtspersoon, dan wel (2) tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel (3) tegen de onder (1) en (2) genoemden tezamen."

<sup>1</sup> Aangezien een onderneming wordt gedefinieerd als iedere eenheid die zich met economische activiteiten bezighoudt, maar een boete niet kan worden opgelegd aan een juridisch niet bestaande economische eenheid, wordt de boete opgelegd aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.



Met andere woorden: de individuele personen die opdracht hebben gegeven tot, of feitelijk leiding hebben gegeven aan een overtreding van het kartelverbod of van het misbruikverbod, kunnen door de NMa worden bestraft met een boete (of last onder dwangsom). Volgens het gewijzigde artikel 57 kan de boete voor deze individuele personen oplopen tot maximaal 450.000 euro.

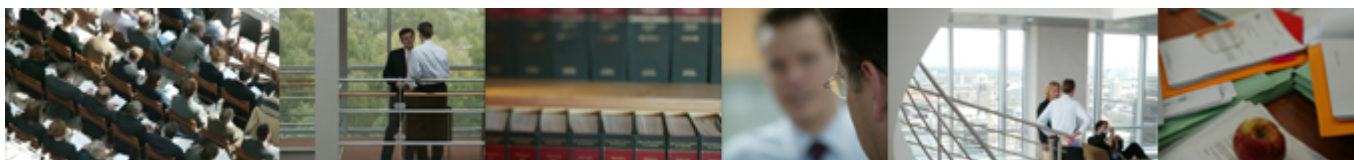
#### De uitleg

Voor de toepassing van deze nieuwe sanctiebevoegdheid door de NMa is uiteraard van wezenlijk belang wanneer sprake is van een natuurlijke persoon die tot het feit (de overtreding) opdracht heeft gegeven of die aan de verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven. Het begrip "opdracht geven" impliceert dat er een uitdrukkelijke last moet zijn gegeven – door de opdrachtgever – voor het overtreden van het wettelijke voorschrift. De situatie ligt aanzienlijk gecompliceerder voor wat betreft het begrip "feitelijk leiding geven". Volgens de wetgever kan voor de uitleg van dit begrip aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over artikel 51 van het wetboek van strafrecht. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de Slavenburg-arresten van de Hoge Raad, waaruit volgt dat er sprake is van iemand die feitelijk leiding geeft aan een overtreding indien deze (i) maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (ii) bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging bevordert.

#### De (mogelijke) gevolgen

Het belangrijkste gevolg van de wetwijziging is uiteraard dat, naast ondernemingen, ook individuele personen een boete kunnen krijgen indien sprake is van een overtreding van de mededingingsregels (door de onderneming). Met name door het gebruik van het begrip "feitelijk leiding geven" zijn het niet alleen bestuurders van een onderneming die beducht moeten zijn voor een boete. In de ontwerp-richtsnoeren clementie merkt de NMa in dit verband uitdrukkelijk op dat een feitelijk leidinggever feitelijk leiding kan geven aan de handeling van een ondergeschikte, maar ook feitelijk leiding kan geven aan zijn eigen kartelgedraging. Dit betekent dat het begrip feitelijk leidinggever – evenals het begrip opdrachtgever – mensen op allerlei hiërarchische niveaus binnen een onderneming kan omvatten.

De wetwijziging kan verder belangrijke gevolgen hebben voor de clementietoekenning. Op grond van de clementieregeling kan een clementieverzoeker, afhankelijk van de feiten en omstandigheden en met toepassing van een aantal voorwaarden, in aanmerking komen voor boete-immuniteit of een (al dan niet significante) boetevermindering indien hij informatie over een kartel verstrekt aan de NMa. Nu niet langer alleen ondernemingen maar ook individuele personen bestraft kunnen worden in geval van een overtreding van het kartelverbod, krijgt de clementieregeling ook belang voor individuele personen die opdracht hebben gegeven tot, of feitelijk leiding hebben gegeven aan kartelafspraken. Zij kunnen immers ook voor zichzelf – en eventueel niet voor de onderneming – om clementie verzoeken. Indien een individuele persoon alleen voor zichzelf een clementieverzoek indient, kan dit gevolgen hebben voor de hoogte van de clementie die nog aan de onderneming kan worden toegekend. Anderzijds geldt een door de onderneming ingediend clementieverzoek niet alleen voor de onderneming zelf maar ook voor de binnen de onderneming werkzame (en niet uitdrukkelijk in het clementieverzoek uitgezonderde) personen die als opdrachtgever of feitelijk leidinggever zouden kunnen worden aangemerkt. De onderneming en deze individuele personen komen dan in aanmerking voor dezelfde clementie.



Een ander aspect is of de mogelijkheid voor individuele personen om een clementieverzoek voor eigen gedragingen in te dienen, gevolgen kan hebben voor de arbeidsrechtelijke verhouding. Duidelijk is dat een werknemer die alleen voor zichzelf een clementieverzoek indient, de positie van de werkgever (de onderneming) kan schaden, bijvoorbeeld omdat boete-immuniteit daarmee niet langer mogelijk is voor de onderneming. De vraag is of deze werknemer een verplichting heeft zijn voornemen eerst intern aan de onderneming te melden. Een andere vraag is of een onderneming de eventuele schade die hij lijdt omdat een werknemer een clementieverzoek indient zonder daarover eerst de onderneming te informeren, op de werknemer kan verhalen. Voor de beantwoording van deze vragen zal onder meer relevant kunnen zijn welke afspraken de onderneming en de werknemer hebben gemaakt. Worden werknemers ontslagen indien zij de onderneming betrekken bij kartelafspraken? En moeten werknemers verplicht melding maken indien zij op de hoogte raken van kartelafspraken? En moeten werknemers een voornemen tot het doen van een clementieverzoek melden?

Voor ondernemingen wordt het daarmee nog meer van belang om een helder beleid te voeren met betrekking tot het mededingingsrecht, en om ook in arbeidsovereenkomsten aandacht te besteden aan eventuele mededingingsrechtelijke implicaties.

Voor vragen over deze nieuwsbrief kunt u zich wenden tot:

[Marc.custers@loyensloeff.com](mailto:Marc.custers@loyensloeff.com) of [maurice.essers@loyensloeff.com](mailto:maurice.essers@loyensloeff.com)

#### **Colofon**

Deze nieuwsbrief is een initiatief van het mededingingsteam van Loyens & Loeff N.V. Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Loyens & Loeff N.V. wordt gezien als een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van o.m. vastgoedrecht, belastingrecht, ondernemingsrecht, bank- en effectenrecht, arbeidsrecht, bestuursrecht, aanbestedingsrecht en mededingingsrecht. Bij Loyens & Loeff N.V. werken ruim 700 advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Het kantoor heeft zeven vestigingen in de Benelux.

#### **Disclaimer**

Hoewel deze Nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, kan de maatschap Loyens & Loeff N.V. geen aansprakelijkheid accepteren voor de gevolgen van het gebruik maken van deze uitgave zonder haar medewerking of voor eventuele onvolledigheden in deze uitgave.

