

Postbus 30106
3001 DC Rotterdam

WTC Beursplein 37
3011 AA Rotterdam

T +31 (0)10 7410650
F +31 (0)10 3100223

vanardenne-crinceleroy.nl

van Ardenne & Crince le Roy
ADVOCATEN

Ministerie van Economische zaken
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

Rotterdam, 22 juni 2016

Inzake: Internetconsultatie Wijziging Boetebeleidsregel ACM 2014

Geachte heer/mevrouw,

Op 14 juni 2016 is ter (internet)consultatie gepubliceerd de *Wijziging Boetebeleidsregel ACM 2014* ('Wijziging'). Deze Wijziging strekt tot een verhoging van de wettelijke boetemaxima per 1 juli 2016, de invoering van een relatief boetemaximum daar waar tot dusverre alleen een absoluut boetemaximum gold, en de invoering van een absoluut boetemaximum daar waar tot dusverre alleen een relatief boetemaximum gold. Ook wordt een nieuwe systematiek gecreëerd voor de beboeting van natuurlijke personen.

Hieronder treft u aan onze bevindingen en op- en aanmerkingen op deze Wijziging, waarbij eerst aandacht zal worden besteed aan de verhoging van de boetemaxima en de invoering van "ACM-brede" relatieve en absolute boetemaxima. Hierna zal worden stilgestaan bij de gevolgen van de Wijziging voor de rechtswaARBorgen voor betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen, en de bijdrage zal worden afgesloten met een korte conclusie.

Verhoging boetemaxima ACM

Alhoewel de verhoging van de wettelijke boetemaxima voortvloeit uit de *Wet verhoging boetemaxima (Stb. 2016, 22)*, en met de thans voorliggende Wijziging "enkel" weer wordt aangesloten op deze wet, passen naar ons idee toch enkele opmerkingen in dit verband.

In de Memorie van Toelichting ('Mvt', Kamerstukken II 2015/16, 34190, nr. 3) en de daarin genoemde (externe) onderzoeksrapporten wordt overwogen dat het systeem van de oude boetemaxima een aantal tekortkomingen heeft, waardoor de preventieve afschrikwekkende werking van het systeem en de bereidheid tot naleving van de regels worden ondermijnd. Kort gezegd zouden de boetemaxima aanpassing behoeven omdat het absolute boetemaximum na 2002 nooit aan de inflatie is aangepast, het ontbreken van een relatief boetemaximum zou leiden tot

onvoldoende preventieve werking en het relatieve boetemaximum in het geval van meerjarige kartels en recidive onvoldoende afschrikwekkend zou zijn.

Dat boetemaxima met enige regelmaat tegen het licht gehouden moeten worden, en waar nodig aan de inflatie moeten worden aangepast, kunnen wij op zichzelf volgen. Ook kunnen wij volgen dat voor een specifieke groep van hardnekkige overtredders (recidivisten) en meerjarige kartels, een verhoging (verdubbeling) van het boetemaximum niet onredelijk is gelet op de benodigde afschrikwekkende werking. Echter, ten aanzien van rechtspersonen en natuurlijke personen die niet tot deze groep behoren, kan niet worden volgehouden dat een verdubbeling van het (boete)maximum ook evenredig valt te noemen. Door geen differentiatie op dit punt aan te brengen, en "ACM-breed" een relatief boetemaximum in te voeren, valt naar ons idee de Wijziging in zoverre onredelijk te noemen. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) ECLI:NL:RVS:2015:3138.

Ook de verwijzing naar de hogere boetemaxima neergelegd in andere wetgeving - waaronder het strafrecht -, de constatering dat deze hogere (boete)maxima meer afschrikwekkende werking hebben en de constatering dat mogelijkheden van de ACM op dit punt achterblijven, kunnen wij niet volgen. Wij wijzen hierbij op het advies van de ABRvS van 5 maart 2015 over het "*Wetsvoorstel inzake de verhoging van voor de ACM geldende boetemaxima*", waarin is opgemerkt dat de verwijzing naar het strafrecht en het financieel toezicht geen passend argument vormt voor de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen.

Wij vragen ons tot slot in dit verband af, hoe de behoefte aan een boetemaximum waar voldoende preventieve afschrikwekkende werking vanuit gaat zich verhoudt met het gestelde in de artikelen 2 en 3 van de *Concept beleidsregel inzake de toepassing door de ACM van artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009*. De hierin neergelegde eisen van proportionaliteit lijken zich slecht te verhouden met het uitgangspunt dat een boetemaximum zodanig hoog dient te zijn dat sprake is van (afdoende) afschrikwekkende werking, juist voor recidivisten en meerjarige kartels.

Waarborgen (boete)maxima

Terecht wordt in de MvT (Kamerstukken II 2015/16, 34190, nr. 3) overwogen dat;

"Van belang is dat een juiste balans wordt gevonden tussen enerzijds de effectiviteit van het markttoezicht van de ACM en anderzijds de rechtswaarborgen voor de onder het toezicht van de ACM vallende ondernemingen en andere marktorganisaties. Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van die voorgenomen maatregelen."

Deze opvatting van de wetgever is ook in lijn met het advies uitgebracht door de Afdeling advisering van de Raad van State onder nummer W03.15.0138/II; *Analyse van enige verschillen in*

rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht.

Terecht wordt ook in dit advies aandacht gevraagd voor de rechtsbescherming bij voorbereiding van wetgeving. Wij vinden deze aandacht voor de rechtsbescherming niet terug in de Wijziging zoals deze thans voorligt.

Bedacht dient te worden dat het stelsel van relatieve en absolute boetemaxima zoals dat nu voorligt, met zich brengt dat een indringende evenredigheidstoets dient te worden gemaakt op grond van het bepaalde in 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Ten behoeve van deze indringende evenredigheidstoets, dient niet alleen de ernst van de overtreding een rol te spelen maar ook de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. Hierbij geldt naar onze opvatting dat des te hoger een boetemaximum en de impact ervan is, des te indringender dient te worden getoetst naar de evenredigheid van de op te leggen boete.

Het valt gelet op het voorgaande, dan op zijn minst opvallend te noemen dat in de Wijziging wel een verdubbeling van de boetemaxima wordt neergelegd, maar niet tot aanpassing en nadere differentiëring van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt overgegaan zoals neergelegd in de artikelen 2.8 en 2.10 van de Boetebeleidsregel ACM 2014. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, maar ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid had een verdergaande differentiatie wel in de rede gelegen, zeker ten aanzien van natuurlijke personen en “first offenders”. Gewezen kan worden op bijvoorbeeld de systematiek zoals door de Centrale Raad van Beroep is geïntroduceerd in de uitspraak ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

Wederom valt in dit verband op dat juist ten aanzien van postvervoersbedrijven en kartels wel aandacht is gevraagd voor de proportionaliteit van eventuele maatregelen te nemen door de ACM in de *Beleidsregel clementie* en de eerdergenoemde *Concept beleidsregel*. Juist ten aanzien van deze categorieën is overgegaan tot een verhoging van de (boete)maxima, mede om de afschrikwekkende werking van een op te leggen boete te waarborgen.

Het doet naar onze opvatting dan niet aan enkel ten aanzien van deze categorieën wel aandacht aan de proportionaliteit van eventuele maatregelen te besteden, en deze aandacht nadrukkelijk niet te besteden aan die rechtspersonen en natuurlijke personen die niet tot deze categorie behoren. Juist deze laatste categorieën verdienen naar onze opvatting extra bescherming, omdat zij onevenredig worden getroffen door deze “ACM-brede” verhoging zonder dat zij tot de doelgroep ervan behoren (recidivisten en meerjarige kartels).

Conclusie

Naar onze opvatting, kan de Wijziging de toets der kritiek niet doorstaan. Voor een “ACM-brede” verdubbeling van de boetemaxima en invoering van een relatief boetemaximum is geen plaats. Het voorgaande te meer, nu de Wijziging niet voorziet in essentiële waarborgen noodzakelijk om juist ten aanzien van een reguliere overtreder te komen tot een evenredig en proportioneel boetemaximum.

Bedacht dient te worden dat zowel de legitimiteit van het optreden van de ACM als toezichthouder, als de aanvaardbaarheid van en rechtvaardiging voor het opleggen van een boete, valt of staat met de evenredigheid van dit optreden of deze sanctie.

Met vriendelijke groet,
van Ardenne & Crince le Roy Advocaten N.V.


R.S. Wijling
Advocaten te Rotterdam


R.R. Crince le Roy


K. Azghay