

CONSULTATIE WETSVOORSTEL VERHOGING BOETEMAXIMA ACM

Reactie van de Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten op het concept wetsvoorstel strekkende tot verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima

[5] september 2014

1. Inleiding

De Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten ('de Adviescommissie')¹ heeft kennis genomen van het op 11 juli 2014 in consultatie gebrachte concept wetsvoorstel tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima ('Wetsvoorstel'). Zoals reeds bij brief aan de Tweede Kamer van 11 februari 2014 aangekondigd,² strekt het Wetsvoorstel er toe:

1. Voor alle boetes die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) kan opleggen het absolute boetemaximum te verhogen van EUR 450.000 naar EUR 900.000;
2. ACM-breed (dus voor alle overtredingen waarvoor de ACM boetes kan opleggen) het relatief boetemaximum voor lichte overtredingen te verhogen van de huidige 1% naar 2% van de jaaromzet van de overtreder;
3. ACM-breed een relatief boetemaximum in te voeren van 10% van de omzet voor zware overtredingen, ten aanzien van die overtredingen waar thans alleen nog een absoluut boetemaximum bestaat, en vice versa;
4. Het wettelijk boetemaximum voor kartelboetes afhankelijk te maken van de duur van het kartel, door het thans geldende boetemaximum van 10% van de jaaromzet te verhogen naar 10% van de omzet gedurende de jaren dat de overtreding wordt begaan, waarbij het aantal jaren dat betrokken kan worden in het boetemaximum ten hoogste vier jaren is;
5. ACM-breed wordt het toepasselijke (absolute of relatieve) boetemaximum verdubbeld in geval van (herhaalde) recidive.

De Adviescommissie plaatst hierna een aantal opmerkingen bij het Wetsvoorstel.³ Deze betreffen in het bijzonder de voorgestelde zeer aanmerkelijke *verhoging* van de boetemaxima (zowel de absolute als de relatieve maxima).

¹ De leden van de adviescommissie zijn Mr. W. VerLoren van Themaat (Houthoff Buruma), voorzitter, Mr. C.E. Schillemans (Allen & Overy), Mr. A.R. Bosman (CMS), mr. J.C.M. van der Beek (Kennedy van der Laan), mr. D.P. Kuipers (Bird & Bird), mr. C.T. Dekker (Nysingh) en mr. P.J. Kreijger (Linklaters).

² TK 2013-2014, 33 622, nr. 19. De Adviescommissie heeft op 28 april 2014 haar visie gegeven naar aanleiding van het bij deze brief aangekondigde voornemen. De consultatiebijdrage bouwt op dat advies voort.

³ Daarnaast bevat het wetsvoorstel een aanpassing van de omzetrempels in relatie tot pensioenfondsen, en wordt in de memorie van toelichting uitgelegd dat alsnog is afgezien van het voornemen een wettelijke voorziening op te nemen inzake het treffen van betalingsregelingen met de ACM. Deze elementen zijn voor de Adviescommissie geen aanleiding voor nadere opmerkingen.

In paragraaf 2 zal eerst worden aangegeven dat een onderbouwing voor de voorgestelde koerswijziging ontbreekt, terwijl dit gezien de drastische aard van de wijziging wel vereist is. De onderbouwing is gebaseerd op een tweetal rapporten van adviesbureau “Strategy in Regulated Markets” (‘SiRM’). Daarbij is opmerkelijk dat het eerste rapport van SiRM constateert dat (i) geen aanleiding bestaat voor de voorgestelde verhoging, (ii) de ACM die aanleiding ook niet ziet en (iii) Nederland met de Europese handhavingspraktijk uit de pas zou gaan lopen indien een verhoging toch zou worden doorgevoerd. Daarmee resteert het tweede rapport van SiRM. Dit tweede rapport neemt geen afstand van de eerdere conclusie (verhoging is overbodig) terwijl het voorts gebaseerd is op een te smalle feitelijke basis om een verhoging zoals thans voorgesteld te rechtvaardigen.

In paragraaf 3 zal worden aangegeven dat andere toezichthouders in binnen- en buitenland menen dat de huidige boetemaxima afdoende zijn (paragraaf 3.1) en dat het voorstel daarmee een wezenlijke breuk zou bewerkstelligen met de sanctiepraktijk van zowel de Europese Unie, als de internationale best practices van de mededingingstoezichthouders in de wereld, als de nationale sanctiepraktijk (paragraaf 3.2).

Over de *absolute* hoogte van de boete(maxima)- of een boete € 900.000 in plaats van, bijvoorbeeld EUR 750.000 moet zijn - laat de Adviescommissie zich niet uit. Dit zijn relatief arbitraire keuzes. De Adviescommissie laat zich evenmin uit over het voornemen om ten aanzien van alle bepalingen waarop de ACM toezicht houdt zowel een relatief als een absoluut maximum in te voeren. De Adviescommissie kan zich voorstellen dat de wetgever de voorkeur geeft aan een meer consistente lijn op dit punt.

2. Geen aanleiding tot verhoging van de absolute en relatieve boetemaxima

2.1 Inleiding

Op grond van Aanwijzing 6 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, dient de wetgever slechts tot nieuwe regelgeving over te gaan indien de noodzaak daarvan vast staat. Dat is hier niet het geval. Er zijn geen deugdelijke aanwijzingen dat de voorgestelde verzwaring van de maximum boetes – in geval van een herhaalde zware overtreding kan de boete op grond van het voorstel oplopen tot 80% van de gemiddelde jaaromzet van een onderneming; 800% van het huidige maximum – noodzakelijk is omdat bijvoorbeeld de preventieve afschrikkende werking van het markttoezicht te kort zou schieten.

Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet geldt een relatief boetemaximum van 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking. Dit sluit aan bij het relatieve boetemaximum dat de Europese Commissie op grond van het Unierecht aan een onderneming kan opleggen (art. 23 lid 2 Vo. 1/2003).

In de praktijk legt de ACM, zoals de regering terecht op p. 15 van de memorie van toelichting vaststelt, doorgaans geen boete van de maximale omvang op. Dat komt onder meer omdat de in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergen dat de boete evenredig is en wordt afgestemd op onder meer de ernst van de overtreding. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur zullen niet wijzigen en de rechter zal in het kader van diens 'volle' toetsing van de hoogte van een boete op de naleving van deze beginselen blijven toezien.

Ter onderbouwing van de noodzaak tot een verhoging van de *relatieve* boetemaxima beroept de regering zich op het rapport “Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt” van SiRM van 17 januari 2014. Het is opvallend dat dit rapport afwijkt van het eerdere

rapport “Boete-inkomsten ACM” dat SiRM en Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn op 3 juli 2013 opstelden. Daarin wordt juist vastgesteld dat er geen aanleiding bestaat tot verhoging van de boetemaxima en onvoldoende feitelijke basis bestaat voor de veronderstelling dat de huidige boetes onvoldoende afschrikwekkend zijn. Het vervolgonderzoek dat SiRM een half jaar later presenteerde biedt echter evenmin feitelijke grondslag voor de conclusie dat de sancties waarover de ACM thans beschikt onvoldoende zwaar zouden zijn en daarom te weinig preventieve werking zouden hebben. Noch uit dit onderzoek, noch anderszins is gebleken dat (en waarom) de Nederlandse boetepraktijk afwijkt van de Europese en om die reden in Nederland een hoger boetemaximum zou moeten gelden.

2.2 Geen noodzaak verhoging absolute boetemaxima

Voor wat betreft de verhoging van het absolute boetemaximum van EUR 450.000 naar EUR 900.000 wijst de regering (p. 16 memorie van toelichting) er op dat dit maximum sinds 2002 nooit aan inflatie is aangepast en bovendien achterblijft bij de absolute boetemaxima in bijvoorbeeld het strafrecht en het financieel toezicht.

Dit laatste argument overtuigt echter niet omdat – zoals de regering zelf ook vaststelt – op die andere terreinen niet de combinatie van absolute en relatieve boetemaxima geldt. Deze combinatie leidt er toe dat hoe lager het absolute maximum is, hoe eerder het relatieve boetemaximum toepassing zal vinden (dit geldt te meer nu wordt voorgesteld om ten aanzien van alle bepalingen die door de ACM worden gehandhaafd zowel relatieve als absolute maxima in te voeren).

2.3 Geen noodzaak verhoging relatieve boetemaxima

De argumenten voor verhoging van de relatieve boetemaxima overtuigen evenmin.

Zoals hiervoor opgemerkt, verwijst de regering terzake naar de tweede rapportage van SiRM van 17 januari 2014. Hieraan ontleent de regering (p. 17 memorie van toelichting) de conclusie dat ten aanzien van de beboeting van meerjarige kartelovertreden de ACM de boete in een aantal gevallen heeft moeten aftoppen tot 10% van de jaaromzet van de overtreder (zoals hierna toegelicht gaat het in feite slechts om één partij in één zaak, waarbij de aftopping niets te maken had met het bereiken van het relatieve boetemaximum).

De regering licht niet toe hoe dit is te rijmen met haar eerdere vaststelling dat de ACM doorgaans geen boetes van de maximale omvang oplegt. Nota bene: SiRM concludeert ook dat de ACM zélf de noodzaak van verhoging niet inziet:

De conclusie is dat verhoging van de relatieve boetemaxima naar verwachting geen merkbaar effect zal hebben op de boete-inkomsten. De ACM wordt bij toepassing van de boetebeleidsregels naar eigen zeggen namelijk zelden gehinderd door de relatieve boetemaxima. Dit neemt niet weg dat het vanuit juridisch perspectief mogelijk is de boetemaxima te verhogen indien daarvoor gerechtvaardigde argumenten bestaan. Bij dit laatste moet worden bedacht dat Nederland met een verhoging wel uit de pas zal lopen met Europa.

In het tweede rapport geeft SiRM aan dat de ACM in de periode 2010-2012 gedwongen was haar boetes met meer dan de helft te verlagen wegens het wettelijk boetemaximum. Op basis van de boetebeleidsregels⁴ zouden de boetes in totaal € 624 miljoen bedragen, terwijl door toepassing van het

⁴ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, Stcrt 24 april 2013

wettelijk maximum 'slechts' € 377 miljoen is opgelegd voor 25 partijen in 8 kartels. Nader onderzoek van deze statistiek van SiRM leert evenwel dat deze verlaging vrijwel volledig is toe te rekenen aan één specifieke zaak (het zogenaamde meelkartel) waarbij twee ondernemingen een totale omzet van minder dan €450.000 behaalden en bij twee andere ondernemingen de basisboete zeer hoog was wegens meerjarige deelname aan een kartel. Deze basisboete werd inderdaad met enkele honderden miljoenen verlaagd wegens de 10% regel, maar vervolgens ook nog om andere redenen (o.a. een dreigend faillissement) verder verlaagd. Ook zonder de 10% regel zou de boete derhalve het uiteindelijke lage niveau hebben bereikt zodat er in deze zaak – anders dan door SiRM en de regering gesuggereerd - geen causaal verband bestaat tussen de 10% regel en de verlaging van de boete.

Hierbij wordt voorts opgemerkt dat het SiRM onderzoek ziet op de door ACM opgelegde boetes, waarbij de toetsing door de rechter (rechtbank Rotterdam en College van Beroep voor het bedrijfsleven) vaak nog tot een grotere verlaging leidt of de opgelegde boetes zelfs helemaal geen stand houden. Daarbij speelt in de beoordeling door de rechter het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol. Overigens lopen in een groot aantal van de door SiRM onderzochte zaken nog beroepsprocedures tegen de betreffende boetebesluiten. Dit is vanzelfsprekend van belang omdat ten aanzien van boetes die niet in stand blijven of door de rechter 'nog eens' worden verlaagd (nadat de ACM ze heeft 'afgetopt' vanwege overschrijding van het maximum), moeilijk kan worden volgehouden dat de ACM een hogere boete had kunnen opleggen wanneer het boetemaximum hoger zou zijn geweest. De rechter vindt de onder het huidige maximum opgelegde boete dan immers reeds niet passend bij de aard en de ernst van de overtreding.

Voorts merkt de Adviescommissie op dat de verlaging vanwege de dreigende overschrijding van het maximum, die SiRM becijfert, aanzienlijk hoger is dan die in de praktijk van de Europese Commissie. Dit duidt er veeleer op dat de ACM (en eerder de NMa) bij de berekening van de basisboetes uitgaat van te hoge bedragen (d.w.z. te hoge verhogingsfactoren voor de categorie 'ernst': de ACM constateert veel 'zware' en 'zeer zware' overtredingen), waardoor vervolgens een correctie moet plaatsvinden vanwege het boetemaximum. De Europese Commissie hoeft in de praktijk zelden om deze reden boetes naar beneden bij te stellen, terwijl men bezwaarlijk kan zeggen dat de Commissie geen zware en zeer zware overtredingen vaststelt.

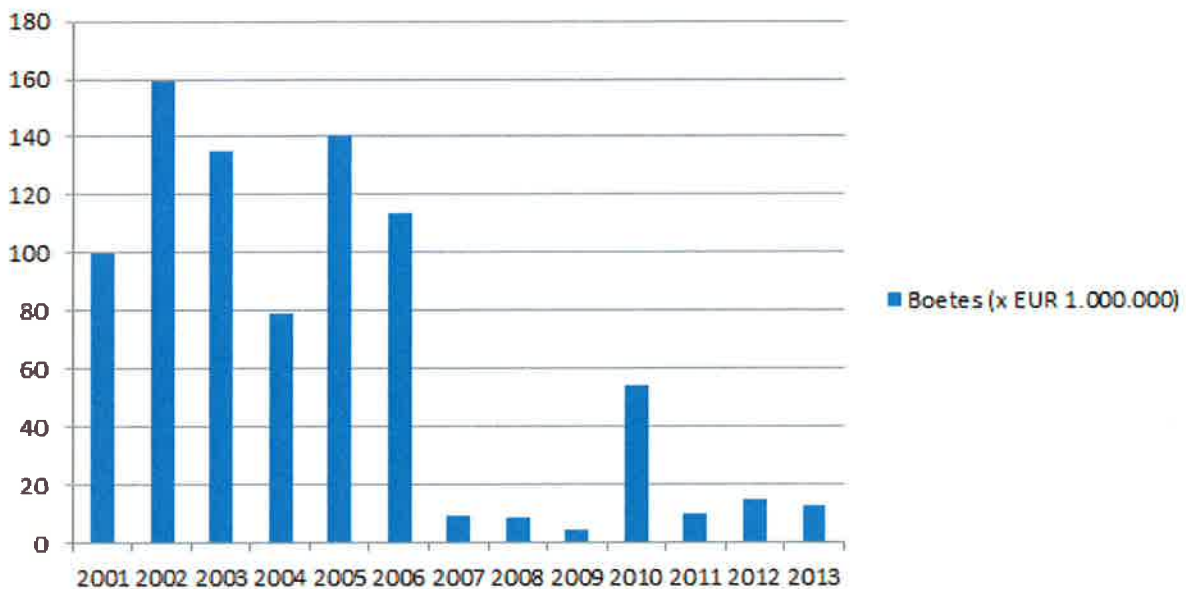
De Adviescommissie merkt op dit punt nogmaals op dat SiRM zelf constateert dat de ACM geen aanleiding ziet tot verhoging van de boetemaxima.

Het boetemaximum in mededingingszaken wordt in de praktijk vrijwel alleen bereikt bij 'single product' ondernemingen; ondernemingen, die een overtreding hebben begaan ten aanzien van hun enige activiteit (product of dienst). Bij 'multi-product' ondernemingen, zeker indien deze meerdere divisies met verschillende bedrijfsactiviteiten hebben, en derhalve doorgaans groter zijn, wordt het boetemaximum in de praktijk zelden of nooit gehaald. SiRM laat zien dat de 8 kartels waarin 'aftopping' plaatsvond betrekking hadden op zaken waarin inderdaad 'single product' ondernemingen als overtredders werden aangemerkt: meelfabrieken, executieveilingen, wasserijen, zeescheepsafval, taxivervoer, eerstejaars plant- en zilveruien. Dit betreft met name MKB-ondernemingen, die dus met name de verhoging van het boetemaximum zullen ervaren. De Adviescommissie wijst erop dat de Europese Commissie juist in zo een geval van single-product ondernemingen 'aftopping' aangewezen vindt, vanwege de proportionaliteit van de boete (zie het hierna aangehaalde citaat van Almunia).

Uit de door SiRM in het tweede rapport beschreven aftopping van boetes door de ACM leidt de regering af dat in de huidige systematiek een economische prikkel zou bestaan om zo lang mogelijk te participeren in een kartel, omdat vanaf een bepaald punt in de tijd de kartelwinst wel, maar de boete niet verder kan stijgen. Deze conclusie is ongefundeerd.

Allereerst wordt deze stelling niet onderbouwd met onderzoek waaruit blijkt dat zich veel recidive voordoet, en al helemaal niet omdat het voor karteldeelnemers zou lonen om ondanks een eerder opgelegde boete opnieuw het kartelverbod te overtreden. Sterker nog, daarvan bevat het rapport geen enkel voorbeeld. Er is evenmin sprake van een geconstateerde praktijk met 'veelplegers' waarvoor ACM onvoldoende sanctiemiddelen heeft om te voorkomen dat dergelijke ondernemingen zich opnieuw schuldig maken aan kartelovertreden. De statistieken lijken eerder aan te tonen dat het handhavingsbeleid van de ACM effect heeft nu het aantal zware overtreden en opgelegde boetes over de afgelopen 12 jaar sterk afneemt.⁵

ACM boetes 2001-2013



Bron: ACM(NMa) jaarverslagen⁶

Voorts miskent SiRM dat voor de preventieve werking van de bestaande wettelijke bepalingen waarvan wijziging wordt voorgesteld naar het gehele handhavingsbeleid moet worden gekeken en niet enkel naar de wettelijke boetemaxima. Zo heeft SiRM niet de afschrikwekkende c.q. preventieve werking meegewogen van de '*naming & shaming*' die het gevolg zijn van een kartelboete. Voor veel ondernemingen gaat hiervan een sterkere afschrikwekkende werking uit dan van een geldboete. Ook gaat een sterke preventieve werking uit van het feit dat feitelijk leidinggevend en aan kartels persoonlijk kunnen worden beboet.

De berekeningsmethoden van SiRM tenslotte, zijn, zoals alle economische analyses, gebaseerd op aannames en ijkpunten en niet op feiten, waarmee de houdbaarheid van de theorie bij voorbaat wankel is. Dat geldt zowel voor de aangenomen prijsverhogingen bij kartels als voor de hypothetische winstmarges en prijselasticiteit als ook voor de aannames ten aanzien van de pakkans die SiRM hanteert bij het berekenen van de verhouding tussen het voordeel van karteldeelname en de verwachte waarde van een boete (voordeelfactor).

⁵ De boete in 2010 betrof 1 kartelzaak in de meelsector waarin aan 3 ondernemingen gezamenlijk ruim €54 miljoen aan boetes werd opgelegd

⁶ De uitkomsten van bezwaar/beroepsprocedures zijn niet in aanmerking genomen

2.4 Relatief boetemaximum voor “lichtere overtredingen”

De regering stelt ook voor relatieve boetemaximum voor “lichtere overtredingen” te verhogen naar 2%. Het is niet duidelijk wat de Minister verstaat onder ‘lichtere overtredingen’. Aangezien de, hierboven besproken, verhoging van het boetemaximum van 10% van de jaaromzet overtredingen van het kartelverbod betreft, betreft het voorgestelde maximum van 2% kennelijk overtredingen van procedurele voorschriften. Ook voor deze verhoging ontbreekt elke onderbouwing. Het SiRM onderzoek heeft geen betrekking op overtredingen van procedurele voorschriften. Voorts is de Adviescommissie geen onderzoek bekend dat erop wijst dat ondernemingen de procedurele voorschriften niet naleven vanwege een gebleken onvoldoende afschrikwekkende werking. Het huidige maximum van 1% lijkt dan ook afschrikwekkend genoeg.

Veeleer lijkt het voornemen om de boetemaxima te verhogen te zijn ingegeven door begrotingsmotieven.⁷ In de eerdere brief van de Minister van 27 augustus 2013 wordt dit ook met zoveel woorden toegegeven.⁸ De Adviescommissie meent dat het belang van een sluitende begroting – hoe groot dit ook is – niet mag worden vermengd met de doelstellingen van het opleggen van straffen wegens schending van welke regel dan ook. Een sanctie dient in verhouding te staan tot de duur en de ernst van de overtreding en niet met de stand van de begroting.

3. Andere toezichthouders achten huidig boetemaximum van 10% voldoende

3.1 Europese toezichthouders

Zoals bekend is de Europese Commissie zeer actief in het vervolgen en beboeten van kartels. De door de Commissie opgelegde kartelboetes zijn zonder uitzondering hoog (bedragen van meerdere honderden miljoenen Euro zijn eerder regel dan uitzondering) en leiden in toenemende mate tot civiele schadeclaims. Deze boetes betreffen kartelovertrredingen die doorgaans ruimschoots langer dan vier jaar hebben geduurd. Desalniettemin blijkt uit een van 5 december 2013 daterend overzicht van de Europese Commissie⁹ dat in minder dan 10% van de door haar beboete gevallen een boete wordt opgelegd tussen de 9 en 10% van de jaaromzet van de beboete onderneming. In ruim meer dan de helft van de gevallen bedraagt de boete minder dan 1% van die jaaromzet. De Europese Commissie topt dan ook zelden een boete af vanwege het overschrijden van het boetemaximum van 10% van de jaaromzet. Het in Vo. 1/2003 neergelegde boetemaximum van 10% wordt door de Europese Commissie als toereikend beschouwd.

De Europese Commissie meent ook dat een boete van 10% onder omstandigheden disproportioneel kan zijn. Zo gaf Eurocommissaris Almunia aan over de boete die in 2012 werd opgelegd aan een aantal producenten van beslag voor vensters en vensterdeuren:

“Let me add that the fines of nearly all of these nine companies would have reached 10% of their total turnover. Given this specific situation, we reduced the fines taking into account the mono-product nature of the companies and their different degrees of involvement in the cartel. This was possible because the fines reached a sufficient level of deterrence even after the reduction. This shows how I interpret our responsibility to impose fines on cartelists. On

⁷ Zie hierover het advies van de Adviescommissie van 7 januari 2013.

⁸ TK 33 622 nr. 9, brief van de Minister van Economische Zaken van 27 augustus 2013

⁹ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

*the one hand, the fines must be large enough to be a real deterrent against this unacceptable and harmful practice; on the other, we ensure that they remain proportionate.*¹⁰

Met de verwijzing naar de problematiek van de zogenaamde “mono-product” companies, raakt Almunia de essentie van het wettelijk boetemaximum. Dit op de omzet van een onderneming gebaseerde maximum beoogt te voorkomen dat de boete disproportioneel uitpakt ten opzichte van de omvang van die onderneming. Juist daarom wordt het boetemaximum berekend over de totale omzet van de betrokken onderneming, terwijl de eigenlijke boete alleen wordt berekend over de bij de inbreuk betrokken omzet.

Het gaat hier dan ook om verschillende zaken: enerzijds de berekening van de boete die is gebaseerd op de ernst en duur van de overtreding ongeacht de individuele omstandigheden van de overtreder, anderzijds een proportionaliteitstoets aan deze boete waarbij juist de impact van de boete op dé overtreder op het moment van opleggen van de boete wordt berekend.¹¹

Dat geldt evenzeer voor wat betreft de betekenis van recidive. Ook dit is een aspect dat een rol speelt bij de berekening van de boete, maar logischerwijze niet bij de proportionaliteitstoets: ook wanneer de betrokken onderneming herhaaldelijk bij vergelijkbare overtredingen betrokken is geweest, verandert dat niets aan de omvang van die onderneming op het moment van het opleggen van de boete. Dat het wettelijk maximum ingeval van recidive onaangepast blijft is dan ook niet vreemd; de voorgestelde aanpassing van de proportionaliteitstoets voor recidive is dat wel.

Het fundamentele onderscheid tussen boeteberekening en proportionaliteitstoetsing wordt door de regering uit het oog verloren op p. 17 van de memorie van toelichting. Daar wordt gesteld dat de ACM op grond van de boetebeleidsregels bij de boeteberekening rekening moet houden met de bij de overtreding betrokken omzet, “terwijl het wettelijk boetemaximum daarmee juist geen rekening houdt maar is gebaseerd op een percentage van de omzet van één jaar.” Hier suggereert de regering dat het wettelijk boetemaximum in tegenspraak is met de berekening van de boete, welke tegenspraak dan zou moeten worden opgeheven met de verhoging van het wettelijk maximum. Die suggestie is onjuist; het boetemaximum stelt een aanvullende proportionaliteitsgrens aan de omvang van de boete. Dit is een heel andere toets, die met afschrikking niets te maken heeft. Het is niet meer dan logisch dat bij die toets de omvang van de onderneming ten tijde van het opleggen van de boete, hetgeen ook logisch is nu de proportionaliteit van de bestraffing moet worden beoordeeld op het moment dat de straf wordt opgelegd en niet kan worden bepaald aan de hand van gegevens uit het verleden. Dit wordt overigens ook door SiRM in het tweede rapport onderkend (par. 7.4):

Om de afschrikwekkende werking van de boetes te verhogen zou het boetemaximum, net als de basisboete, gekoppeld kunnen worden aan de duur van het kartel. Ook na een eventuele beslissing om het boetemaximum te verhogen moet de ACM uiteraard nog, net als thans het geval is, de redelijkheid van de boete en de draagkracht voor partijen meewegen bij het bepalen van op te leggen boetes.

Met andere woorden: ook SiRM onderkent dat een boete bijgesteld kan worden wanneer overwegingen van proportionaliteit dat vergen. *Die* toets kan dus niet, ook niet volgens SiRM, worden bijgesteld om de afschrikking van de boete te verhogen.

¹⁰ Joaquin Almunia 15 juni 2012, ‘Higher duty for competition enforcers’, toespraak bij International Bar Association Antitrust Conference/Madrid

¹¹ Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, third ed., 2014, par. 8.683.

Overigens wordt die proportionaliteitsgrens in de regel niet overschreden, en uit de praktijk van de Commissie blijkt derhalve dat zij het boetemaximum van 10% van de jaaromzet (meer dan) voldoende acht, evenals de ACM.

Met name wanneer het verschil tussen de totale omzet en de bij de inbreuk betrokken omzet beperkt is, zoals het geval is wanneer de betrokken onderneming voornamelijk of uitsluitend het product verkoopt waarop de inbreuk betrekking heeft, komt het wettelijk maximum eerder in beeld en in die gevallen zal dus mogelijk ook eerder een bijstelling van de boete volgen. Dit is echter geen probleem, maar waarborgt juist dat afschrikwekkende boetes niettemin proportioneel blijven. Niet voor niets constateert Almunia dat ook dan “sufficient level of deterrence” bestaat.

Ook de meeste Europese landen respecteren de 10% drempel als het relatieve maximum. Zo hanteren bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Italië, Noorwegen, Oostenrijk, Servië, Turkije, Tsjechië de 10% omzet regel als maximum.¹² Ten aanzien van de resterende verschillen, is er vooral een roep om deze uit te vlakken. Zo bepleit de voorzitter van het Bundeskartellamt en de International Competition Network (het internationale samenwerkingsverband van mededingingsautoriteiten, waaronder ook de ACM en de Europese Commissie) dat de Europese Commissie nadere Europese regelgeving introduceert om harmonisatie binnen Europa op onder meer het punt van sanctionering van kartelboetes te realiseren. In een gebied waar nationale autoriteiten parallelle bevoegdheden hebben is het volgens hem van belang dat er convergentie bestaat ten aanzien van sancties.¹³

Ook het eerste onderzoek van SiRM concludeert dat Nederland met een verhoging van de boetemaxima uit de (Europese) pas zou gaan lopen:

Voornoemde maatregelen zijn juridisch haalbaar indien voor de verhoging gerechtvaardigde argumenten bestaan. De vraag of bedoelde argumenten bestaan, maakt geen onderdeel uit van dit onderzoek. Belangrijk aandachtspunt hierbij is wel dat uit de vergelijking met de EU-toezichthouders blijkt dat Nederland met de verhogingen in Europa uit de pas zal gaan lopen. Bedoelde vergelijking biedt aldus geen aanknopingspunten. Om inzicht te krijgen in de economische haalbaarheid van hogere boetes verdient het aanbeveling de afschrikwekkende werking van de door de ACM opgelegde boetes empirisch te onderzoeken.

3.2 Nationale sanctiepraktijk

De Minister van Veiligheid en Justitie onderschreef recentelijk geen noodzaak te zien tot verhoging van de bestaande strafrechtelijke boetes boven de 10% drempel:

"Ik denk dat het voor ondernemers een ongelooflijk schrikbeeld is om een boete ter hoogte van 10% van de omzet te krijgen. Hogere boetes lijken me dus niet noodzakelijk."¹⁴

In het tweede rapport constateert SiRM (par. 6.2):

Een verhoging van het wettelijk boetemaximum heeft een geringe impact op de afschrikwekkende werking van boetes.

¹² ICN, Cartels Working Group, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, April 2008.

¹³ Mlex, 11 February 2014, Mundt calls for EU action to iron out national differences in fines, investigations.

¹⁴ TK 2013-2014, 33 750-VI, nr. 119 (Verslag algemeen overleg/Geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht d.d. 5 maart 2014/V&J)

Interessant is ook de conclusie uit de door SiRM aangehaalde analyse van het instituut Bruegel uit 2013, waarin juist *niet* wordt gepleit voor het verhogen van de boetemaxima vanuit het oogpunt van afschrikking:

We conclude that, even if fines are very small compared to what is needed to ensure deterrence, further increases in fines are not necessarily the best way to go. Targeting the corporate executives who are responsible for cartels could be a medium- to long-term objective which could complement corporate fines and ensure a higher level of deterrence.

Nu de ACM de bevoegdheid heeft – en deze ook regelmatig gebruikt – om natuurlijke personen te beboeten en dus de door Bruegel gesignaleerde alternatieve mogelijkheid voor het bevorderen van afschrikking heeft, bestaat te minder aanleiding de proportionaliteitstoetsing verder in te perken.

Het ontgaat de Adviescommissie voorts waarom de grens van 10% van de jaaromzet die wel voldoende afschrikwekkend is ten aanzien van overtredingen van andere wettelijke voorschriften, nu ineens onvoldoende afschrikwekkend zou zijn voor overtreding van de Mededingingswet, terwijl een zelfde maximum voor overtreding van de (gelijkluidende) Unierechtelijke bepalingen eveneens voldoende afschrikwekkend is. De Commissie noch de ACM hebben immers aangegeven dat zij niet uit de voeten zouden kunnen met de beperking tot 10% van de omzet in het jaar voorafgaand aan de boetebeschikking.

Conclusie: De noodzaak tot verhoging van het wettelijk boetemaximum is niet aangetoond en onnodig voor preventieve werking, terwijl bovendien de aansluiting op het Unierechtelijke kartelrecht zonder reden wordt losgelaten.

De Adviescommissie concludeert:

- De regering stelt zonder aanwijsbare noodzaak voor af te wijken van de Unierechtelijke boetemaxima, waarop de huidige maxima van de Mededingingswet zijn gebaseerd.
- Niet gebleken is dat het huidige boetemaximum van 10 % van de jaaromzet onvoldoende afschrikwekkend is (recidive komt niet of nauwelijks voor), terwijl voorts andere preventieve effecten van de bestaande handhavingspraktijk niet in het onderzoek zijn meegenomen (naming & shaming, beboetbaarheid feitelijk leidinggevend).
- Het huidige boetemaximum van 10% van de jaaromzet wordt zowel op Unierechtelijk niveau voor kartelovertradingen, als op nationaal niveau voor overtredingen van andere wetten als voldoende afschrikwekkend beschouwd. Op nationaal niveau wenst de Minister van Justitie en Veiligheid juist tot een geharmoniseerd boetemaximum te komen in het bestuurs- en strafrecht van 10% van de jaaromzet van de betrokken onderneming. Ook vrijwel alle andere landen binnen de Europese Unie achten een boete van 10% voor kartelovertradingen ruim voldoende afschrikwekkend;
- Ook de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor ‘lichtere overtredingen’ naar 2% van de jaaromzet, mist onderbouwing.
- Het belang van een sluitende begroting – hoe wezenlijk ook – mag geen reden vormen hogere financiële sancties op te leggen wegens schending van welke regel dan ook.