No.W15.14.0452/IV 's-Gravenhage, 5 maart 2015

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 10 december 2014, no.2014002356, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt de preventieve afschrikwekkende werking van de boetemaxima en daarmee de effectiviteit van het markttoezicht van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) te vergroten om er zodoende voor te zorgen dat marktorganisaties de geldende wet- en regelgeving beter naleven.

In het wetsvoorstel wordt daartoe een aantal maatregelen voorgesteld. Ten eerste wordt voor alle overtredingen (zowel voor lichte overtredingen, zware overtredingen als kartelovertredingen) die de ACM kan beboeten het absolute boetemaximum verdubbeld van € 450.000 naar € 900.000. Ten tweede wordt voor lichte overtredingen het relatieve boetemaximum verdubbeld van 1% naar 2% van de omzet van de overtreder. Daarnaast wordt voor alle overtredingen een absoluut en een relatief boetemaximum vastgesteld. Bovendien wordt het boetemaximum voor kartelboetes afhankelijk gemaakt van de duur van het kartel. Ten slotte worden alle boetemaxima verdubbeld in geval van recidive. De toelichting benadrukt dat de voorgestelde maatregelen het uitgangspunt onverlet laten dat de door de ACM in concrete gevallen opgelegde boetes evenredig dienen te zijn. Het verhogen van de boete-inkomsten is geen doel van het wetsvoorstel.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het wetsvoorstel naar de Tweede Kamer te zenden, maar acht een dragende motivering voor de verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen wenselijk. Indien in een dergelijke motivering niet alsnog kan worden voorzien, adviseert de Afdeling van de verhoging af te zien. Aangezien de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor kartelovertredingen substantieel afwijkt van het Europese boetemaximum en het boetemaximum van veel andere EU-lidstaten, adviseert de Afdeling ook deze verhoging nader te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.

1. Verhoging boetemaximum voor lichte overtredingen

Teneinde de bereidheid tot naleving van de regels te verbeteren, wordt in het wetsvoorstel een aantal maatregelen voorgesteld die de preventieve afschrikwekkende werking van het ACM-toezicht moet vergroten. De toelichting stelt dat het huidige systeem van boetemaxima tekortschiet, waardoor zowel de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima als de effectiviteit van het markttoezicht van de ACM niet (of niet langer) toereikend zijn.[[1]](#footnote-1) De toelichting baseert zich hiervoor mede op twee externe onderzoeken uitgevoerd in 2013 en 2014 door onderzoeksbureau Strategies in Regulated Markets (hierna: SiRM) en advocatenkantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn (hierna: Pels Rijcken).[[2]](#footnote-2)

In het wetsvoorstel wordt onder meer voorgesteld om het absolute en het relatieve boetemaximum voor lichte overtredingen te verhogen. De Afdeling gaat er hierbij vanuit dat met lichte overtredingen overtredingen worden bedoeld waarbij de ACM door het gedrag van een marktorganisatie wordt belemmerd in haar taakuitoefening.[[3]](#footnote-3) Het absolute boetemaximum voor lichte overtredingen wordt verdubbeld van € 450.000 naar € 900.000 en het relatieve maximum wordt verdubbeld van 1% naar 2% van de omzet[[4]](#footnote-4) van de overtreder.

In de toelichting wordt de verdubbeling van het absolute boetemaximum voor alle, inclusief lichte, overtredingen gemotiveerd door er op te wijzen dat het absolute boetemaximum sinds de invoering van de euro niet aan inflatie is aangepast. Bovendien, aldus de toelichting, zijn de absolute boetemaxima in andere rechtsgebieden, zoals het strafrecht en financieel toezicht, hoger terwijl er geen reden is om aan te nemen dat de overtredingen die de ACM kan beboeten minder ernstig zijn.[[5]](#footnote-5) De verdubbeling van het relatieve boetemaximum voor lichte overtredingen wordt voorgesteld om de preventieve afschrikwekkende werking van het relatieve boetemaximum voor grotere marktorganisaties voldoende te waarborgen en om het verschil tussen de relatieve boetemaxima voor lichte en voor zware overtredingen te verkleinen, aldus de toelichting.[[6]](#footnote-6)

De Afdeling merkt over deze motivering allereerst op dat de vergelijking met de thans geldende boetemaxima in het strafrecht en het financieel toezicht niet op gaat voor de beboeting van lichte overtredingen. De strafrechtelijke geldboete is geregeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht. De geldboete is daar ingedeeld in zes generieke maxima, zogenoemde boetecategorieën, als gevolg waarvan de absolute boetemaxima in het strafrecht variëren tussen € 405 en

€ 810.000.[[7]](#footnote-7) Het boetemaximum van € 810.000 waar de toelichting naar verwijst betreft het boetemaximum van de zesde en zwaarste boetecategorie. Deze boetecategorie is in 1983 speciaal ingevoerd om te voorzien in een passende bestraffing voor rechtspersonen.[[8]](#footnote-8) Rechtspersonen komen alleen in aanmerking voor dit boetemaximum wanneer een “bijzonder hoge boetebedreiging op zijn plaats is”.[[9]](#footnote-9) De boetes in het financieel toezicht zijn geregeld in artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht. Hier wordt gebruik gemaakt van drie verschillende categorieën, als gevolg waarvan de absolute boetemaxima variëren tussen € 10.000 en € 4.000.000. Het boetemaximum waar de toelichting naar verwijst betreft het boetemaximum van de derde en zwaarste boetecategorie. Ook hier gaat het om overtredingen die als ernstig aan te merken zijn, zoals het verrichten van vergunningplichtige activiteiten zonder vergunning, het verstrekken van misleidende informatie aan de toezichthouder, het verrichten van zeer onwenselijke activiteiten in de markt zoals misleiding van consumenten en koersmanipulatie of het niet voldoen aan solvabiliteits- of liquiditeitsvereisten.[[10]](#footnote-10)

In het licht van het voorgaande zijn de lichte overtredingen die de ACM kan beboeten met het voorgestelde boetemaximum van € 900.000 of 2% van de omzet niet vergelijkbaar met de overtredingen waarvoor in het strafrecht en het financieel toezicht absolute boetemaxima van € 810.000 of € 4.000.000 gelden. De verwijzing naar het strafrecht en het financieel toezicht vormt dientengevolge geen passend argument voor de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen. Daarbij komt dat ook de huidige boetes die de ACM voor lichte overtredingen kan opleggen al relatief hoog zijn in vergelijking met de boetes voor vergelijkbare overtredingen in het strafrecht en het financieel toezicht. Gelet op de aard van de overtredingen is de vraag of de voorgestelde boetemaxima voor lichte overtredingen proportioneel zijn. De proportionaliteit zal niet alleen gewaarborgd moeten zijn bij de door de ACM in concrete gevallen opgelegde boetes, maar ook door wettelijk vastgestelde boetemaxima. Dat is immers mede de functie van de wettelijke regeling van boetemaxima.

In de tweede plaats merkt de Afdeling op dat de onderzoeken die aanleiding vormen voor de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen niet ingaan op de toereikendheid van de preventieve afschrikwekkende werking van het huidige boetemaximum voor lichte overtredingen. Het onderzoek uit 2013 geeft uitdrukkelijk aan dat onduidelijk is of de huidige hoogten van de door de ACM opgelegde boetes, waaronder die voor lichte overtredingen, voldoende afschrikwekkend zijn.[[11]](#footnote-11) Het onderzoek uit 2014 beperkt zich tot een analyse van de afschrikwekkende werking van het boetebeleid bij kartelovertredingen.[[12]](#footnote-12)

De Afdeling adviseert in het licht van bovenstaande om de verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen in de toelichting dragend te motiveren. Als die motivering niet gegeven kan worden, adviseert de Afdeling van deze verhoging af te zien.

2. Verhoging boetemaximum voor kartelovertredingen

Het wetsvoorstel verhoogt tevens het boetemaximum voor kartelovertredingen. Uit het onderzoek uit 2014 naar de effectiviteit van kartelovertredingen volgt dat voor ongeveer een kwart van de beboete partijen de uiteindelijk opgelegde boete lager uitvalt dan het minimale geschatte voordeel van het kartel, onder meer omdat de boetes verlaagd moeten worden omdat anders het boetemaximum zou worden overschreden.[[13]](#footnote-13) Ook in Duitsland, België en Groot-Brittannië heeft empirisch onderzoek aangetoond dat de afschrikwekkende werking van boetes voor kartelovertredingen onvoldoende is.[[14]](#footnote-14) De onderzoekers concluderen dat met een hoger boetemaximum dat wordt gekoppeld aan de duur van het kartel de afschrikwekkende werking van boetes zal toenemen.[[15]](#footnote-15)

Het boetemaximum voor kartelovertredingen wordt daartoe verhoogd door het huidige boetemaximum van 10% van de omzet te verhogen naar 10% van de omzet gedurende de jaren dat de overtreding wordt begaan. Deze verhoging geldt zowel voor de beboeting van puur Nederlandse kartelovertredingen op grond van artikel 6 Mededingingswet als voor de beboeting van Europese kartelovertredingen op grond van EU-mededingingsregels.[[16]](#footnote-16) Met het oog op de evenredigheid en de rechtszekerheid voor partijen wordt het aantal jaren dat betrokken kan worden in het boetemaximum gemaximeerd op vier jaar, aldus de toelichting. Daarnaast maakt het wetsvoorstel het mogelijk om het boetemaximum voor kartelovertredingen te verdubbelen in geval van recidive.

De Afdeling stelt vast dat het huidige boetemaximum voor kartelovertredingen van 10% van de omzet waarop recidive geen invloed heeft, identiek is aan het Europese boetemaximum[[17]](#footnote-17) en aan het boetemaximum van veel andere EU-lidstaten.[[18]](#footnote-18) De toelichting stelt terecht dat het recht van de Europese Unie niet aan een verhoging van het boetemaximum voor kartelovertredingen in de weg staat aangezien de handhaving van Europese kartelovertredingen (nog) niet is geharmoniseerd. Het is aan de EU-lidstaten zelf om ervoor te zorgen dat de door hen opgelegde sancties gelijkwaardig, doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.[[19]](#footnote-19) Het voorgestelde boetemaximum voor kartelovertredingen wijkt echter substantieel van af van het Europese boetemaximum en het boetemaximum van veel andere EU-lidstaten hetgeen op gespannen voet staat met het eerder uitgesproken streven naar convergentie in Europees verband.[[20]](#footnote-20) De toelichting gaat hier nauwelijks op in.[[21]](#footnote-21) Daarbij vermeldt de toelichting niet of in de overweging is betrokken dat de boetemaxima in Duitsland, België en Groot-Brittannië (vooralsnog) niet zijn verhoogd, terwijl onderzoek ook daar heeft aangetoond dat de preventieve afschrikwekkende werking van het boetebeleid bij kartelovertredingen niet voldoende is. De toelichting gaat evenmin in op de mogelijke effecten van de voorgestelde verhoging in Nederland op de handhavingsmogelijkheden van toezichthouders in andere EU-lidstaten bij de beboeting van Europese kartelovertredingen die zich over meerdere EU-lidstaten uitstrekken. De effectiviteit van de aanpak van dergelijke kartelovertredingen wordt door het afwijkende boetebeleid in Nederland mogelijk gecompliceerder.

De Afdeling adviseert om in de toelichting op het voorgaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

1. Toelichting, I. Algemeen deel, paragraaf 1. Inleiding en doel van het voorstel en paragraaf 2.3. Onderzoeken preventieve afschrikwekkende werking. [↑](#footnote-ref-1)
2. SiRM/Pels Rijcken, Boete-inkomsten van ACM, 3 juli 2013; SiRM, Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt, 6 februari 2014; Memorie van Toelichting, I. Algemeen deel, 1. Inleiding en doel van het wetsvoorstel; en paragraaf 2.3. Onderzoeken preventieve afschrikwekkende werking. [↑](#footnote-ref-2)
3. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3; Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3. Te denken valt aan het te laat of het niet, niet juist of niet volledig verstrekken van gegevens en inlichtingen aan de ACM (overtreding van artikel 10, zesde lid, van de Elektriciteitswet). [↑](#footnote-ref-3)
4. Artikel 12o Instellingswet ACM (Stb. 2014, 266): “Onder omzet van de overtreder [wordt] verstaan de netto-omzet, bedoeld in artikel 377, lid 6, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die die overtreder heeft behaald in het meest recente boekjaar ten aanzien waarvan de overtreder een jaarrekening beschikbaar heeft of zou moeten hebben”. Dit is niet beperkt tot de omzet behaald in Nederland, maar betreft de wereldwijde omzet van de onderneming. [↑](#footnote-ref-4)
5. De toelichting vermeldt een boetemaximum van €810.000 in het strafrecht en een boetemaximum van €4.000.000 en voor banken en beleggingsondernemingen zelfs €5.000.000 of, als dat hoger is, 10% van de omzet. [↑](#footnote-ref-5)
6. Toelichting, I. Algemeen deel, paragraaf 3. Inhoud van het wetsvoorstel. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artikel 23, Wetboek van Strafrecht. categorie 1) 405 euro, categorie 2) 4.050 euro, categorie 3) 8.100 euro, categorie 4) 20.250 euro, categorie 5) 81.000 en categorie 6) 810.000 euro. [↑](#footnote-ref-7)
8. Daarnaast kan een rechter sinds 1 januari 2015 op grond van artikel 23, zevende lid, Wetboek van Strafrecht in plaats van het maximum van de zesde categorie, een geldboete opleggen die ten hoogste 10% van de omzet van de rechtspersoon betreft indien dit in het kader van een passende bestraffing nodig is (Stb. 2014, 445). [↑](#footnote-ref-8)
9. Kamerstukken II 1977/78, 15 012, nrs. 1-3, blz. 26, 41. [↑](#footnote-ref-9)
10. Kamerstukken II 2007/08, 31 458, nr. 3, blz. 3. [↑](#footnote-ref-10)
11. SiRM/Pels Rijcken (2013), blz. 7-8: “De vraag is dus of de huidige hoogte van de door de ACM opgelegde boetes al voldoende afschrikwekkend zijn. Empirisch onderzoek wijst uit dat de afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland onvoldoende is. Voor Nederland ontbreekt dergelijk onderzoek”, en “Om inzicht te krijgen in de economische haalbaarheid van hogere boetes verdient het aanbeveling de afschrikwekkende werking van de door de ACM opgelegde boetes te onderzoeken met actuele gegevens over boetes voor overtredingen van de Mw en (indien mogelijk) Tw en Whc. Een dergelijk empirisch onderzoek valt buiten de reikwijdte van de aan ons verleende opdracht. De uitkomst van een dergelijk onderzoek kan ook vanuit juridisch perspectief een argument zijn voor het verhogen van de boetemaxima en de boetegrondslag en/of boetecategorieën in de boetebeleidsregels”, en “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”. [↑](#footnote-ref-11)
12. SiRM (2014). [↑](#footnote-ref-12)
13. SiRM (2014), blz. 18; zie verder de Memorie van Toelichting, I. Algemeen deel, paragraaf 2.3. Onderzoeken preventieve afschrikwekkende werking. [↑](#footnote-ref-13)
14. SiRM/PelsRijcken (2013), blz. 7. [↑](#footnote-ref-14)
15. SiRM (2014), blz. 4. [↑](#footnote-ref-15)
16. En op grond van artikel 88 en 89 van de Mededingingswet. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artikel 23 van Verordening 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbL 1 van 4 januari 2003. [↑](#footnote-ref-17)
18. ICN, Cartels Working Group, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, April 2008, blz. 31-32. [↑](#footnote-ref-18)
19. Arrest van het Hof van 21 september 1989, ECLI:EU:C:1989:339, C-68/88, Commissie / Griekenland, punten 23-25. [↑](#footnote-ref-19)
20. COM(2014)453 final, Mededeling van de Commissie over tien jaar handhaving van de mededingingsregels op grond van Verordening 1/2003: resultaten en toekomstperspectieven van 9 juli 2014, punt 38, blz. 12; Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 7 en blz. 10. [↑](#footnote-ref-20)
21. Toelichting, I. Algemeen deel, paragraaf 5.3. Ambtelijk standpunt Europese Commissie. [↑](#footnote-ref-21)