

Boete-inkomsten ACM

Drs. Marja Appelman

Mr. drs. Reimer Veldhuis

Jan Sonneveld, MSc

Mr. Arno Geleijnse

Lydia van 't Veer, MSc

Mr. Kirsten Gussinklo

SiRM – Strategies in Regulated Markets
Nieuwe Uitleg 24
2514 BR Den Haag

Den Haag, 3 juli 2013

INHOUDSOPGAVE

1	Belangrijkste bevindingen	4
2	Inleiding.....	11
	2.1 Aanleiding	12
	2.2 Onderzoeksaanpak	14
	2.3 Opouw rapport.....	16
3	Analytisch kader	17
4	Analyse maatregelen verhogen van boete-inkomsten.....	20
	4.1. Absolute boetemaxima.....	20
	4.2. Relatieve boetemaxima.....	27
	4.3. Uitbreiden van het wettelijke omzetcriterium	29
	4.4. Aanpassing van de boetebeleidsregels.....	32
	4.5. Conclusie	50
5.	Enkele andere factoren die boete-inkomsten bepalen.....	52
	5.1. Invloed aantal boetes op boete-inkomsten.....	52
	5.2. Invloed financiële draagkracht van ondernemingen op boete-inkomsten.....	55
	5.3. Invloed benodigde tijd verandering boeteregels op boete-inkomsten.....	56
	5.4. Invloed beperking schorsende werking op boete-inkomsten.....	57
	5.5. Totaal effect boete-inkomsten.....	60
6	Literatuurverwijzingen	62
7	Bijlagen.....	64
	7.1. Algemeen juridisch kader.....	64
	7.2 Algemeen economisch kader	77
	7.3 Vergelijking met andere toezichthouders	84
	7.4 Case study AFM en DNB	97
	7.5 Conservatoir beslag	104
	7.6 Toelichting kwantitatieve analyses	109

1 BELANGRIJKSTE BEVINDINGEN

Per 1 april zijn de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) verenigd in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). SiRM en Pels Rijcken hebben op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken (MinEZ) onderzoek gedaan naar een aantal mogelijke maatregelen om de boete-inkomsten van de ACM te verhogen.

De hoofdvragen van het onderzoek zijn:

Uitgaande van de door het MinEZ geïnventariseerde maatregelen:

- *Welke maatregelen zijn (juridisch en economisch) haalbaar?*
- *Wát is het effect van deze maatregelen op de hoogte van de boete-inkomsten? Daarbij onderscheid tussen*
 - *het effect per maatregel en het totale effect van alle maatregelen tezamen*
 - *het effect voor de opgelegde en de geïnde boetes*
- *Hoe verhoudt dit effect zich tot de in het regeerakkoord afgesproken verhoging van de boete-inkomsten?*

Aanleiding voor het onderzoek is de afspraak in het regeerakkoord dat de boete-inkomsten uit 'boetes marktwerking (NMa)' deze kabinetsperiode stapsgewijs worden verhoogd. De beoogde boete-inkomsten worden verhoogd met €75 miljoen in 2014 tot €125 miljoen vanaf 2017. Dat betekent dat de boete-inkomsten in 2014 €106,1 miljoen moeten bedragen; dat is 240% hoger dan in 2013.

Ter beantwoording van de hiervoor gestelde vragen zijn in het kader van dit onderzoek de boetemaxima en boetebeleidsregels van de overtredingen in drie wetten onder de loep genomen. Het gaat om de Mededingingswet (Mw), de Telecommunicatiewet (Tw) en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). De conclusies van dit onderzoek zijn dan ook beperkt tot de hiervoor genoemde wetten.

Hoofdconclusie

Belangrijkste conclusie uit het onderzoek is dat maatregelen die in aanmerking kunnen komen tezamen in een neutraal scenario mogelijk leiden tot een verhoging van de boete-inkomsten met circa €1 miljoen in 2015, oplopend tot ruim €11 miljoen in 2019 (daarna lichte daling). De totale boete-inkomsten komen daarmee op €23 tot 32 miljoen per jaar, vanaf 2015. De onzekerheidsmarges van deze inschattingen zijn groot. Het is echter hoogst

onwaarschijnlijk dat de in het regeerakkoord afgesproken verhoging van de boete-inkomsten met € 75 tot 125 miljoen wordt gehaald.

De maatregel met het grootste effect op de boete-inkomsten is verhoging van de boetegrondslag in de boetebeleidsregels¹ (Mw, Tw). Maatregelen gericht op verhoging van boetecategorieën (Tw en Whc) en aanpassing of uitbreiding van de boeteverhogende en boeteverlagende factoren in de boetebeleidsregels hebben een beperkt effect op de boete-inkomsten. Om de aangepaste boetebeleidsregels toe te (kunnen) passen verdient het overweging de absolute boetemaxima te verhogen.

Voorname 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 voor de aanpassingen. 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.

Deze hoofdconclusie wordt hierna kort toegelicht.

Maatregelen die boete-inkomsten kunnen verhogen

Van de door MinEZ geïnventariseerde maatregelen komen volgens dit onderzoek drie maatregelen in aanmerking om de totale boete inkomsten te verhogen:

- *Verhoging van de boetegrondslag* in de beleidsregels van 10% naar bijvoorbeeld 15% voor de sectoren mededinging en telecommunicatie, voor zover het gaat om overtredingen waarvoor mede een wettelijk relatief boetemaximum geldt van 10% van de omzet. Daarbij gaat het om kartelovertrredingen, misbruik marktmacht (Mw) en overtredingen van verplichtingen die zijn opgelegd aan ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht (Tw).
- *Aanpassing van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden*, voor zover dat leidt tot hogere boetes. Bijvoorbeeld verhoging van de boete in het geval van herhaalde recidive.
- *Verhoging van boetecategorieën* in de boetebeleidsregels voor de overige overtredingen in de sector telecommunicatie als bedoeld in art. 15.4, vierde lid Tw en in de sector consumenten (Whc). Hierbij kan worden gedacht aan een verhoging van de boetecategorieën met een factor 0,5 of 1.

¹ Met boetebeleidsregels wordt in dit rapport bedoeld de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM (Stcrt. 2013, nr. 11214).

Om de aangepaste boetebeleidsregels toe te (kunnen) passen verdient het overweging de absolute boetemaxima te verhogen naar bijvoorbeeld € 900.000,-². Een dergelijke aanpassing ligt in de rede indien toepassing van de aangepaste boetebeleidsregels kan leiden tot boetes die hoger zijn dan het geldende boetemaximum. Dit is het geval bij overtredingen waarvoor uitsluitend een absoluut boetemaximum bestaat. Voor de overtredingen waarvoor ook een relatief boetemaximum geldt, bestaat minder aanleiding het absolute boetemaximum te verhogen.

Juridische haalbaarheid maatregelen

De geschetste maatregelen kunnen desgewenst tezamen worden geïmplementeerd. Voor de juridische haalbaarheid pleit dat de maatregelen behoren tot het primaat van de formele wetgever dan wel de beleidsvrijheid van de Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister). Hoewel de rechter de boetehoogte in een concreet geval vol toetst, neemt hij het wettelijke boetemaximum en de boetebeleidsregels als vertrekpunt bij de beoordeling van de boetehoogte. Een verhoging van het wettelijke boetemaximum en het aanscherpen van de boetebeleidsregels kan aldus in beginsel leiden tot hogere boete-inkomsten.

Voorwaarde voor juridische haalbaarheid is wel dat de boete die uit de verhoogde boetemaxima en boetebeleidsregels voortvloeit in het concrete geval de toets aan het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan. Daarvoor is vanuit juridisch perspectief ten minste noodzakelijk dat voor de maatregelen gerechtvaardigde argumenten bestaan. Zoals gezegd is een belangrijk aandachtspunt in dit verband dat de vergelijking met de EU-toezichthouders daarvoor geen aanknopingspunten biedt. Hierbij is verder van belang dat het boetemaximum op grond van de Whc reeds recentelijk verhoogd is en de boetebeleidsregels in 2009 zijn aangescherpt. Bij het voorgaande kan nog worden opgemerkt dat naarmate een boete hoger is de rechter indringender zal toetsen of de boete in het concrete geval evenredig is. Onderdeel van die toetsing zal zijn of de algemene argumenten die aan de maatregelen ten grondslag liggen ook in het concrete geval een hoge(re) boete kunnen rechtvaardigen. Reeds in de huidige boetesystematiek worden opgelegde boetes in bezwaar en beroep met regelmaat gematigd (zie paragraaf 5.4).

Economische haalbaarheid maatregelen

De logica zegt dat er een optimale boetehoogte is waarbij boete-inkomsten worden gemaximaliseerd. Naarmate de boetehoogte verder stijgt wordt het immers minder aantrekkelijk voor ondernemingen om een overtreding te begaan. Het is dus niet zo dat

² Gelet op de vrijheid die de wetgever toekomt bij het vaststellen van de wettelijke boetemaxima kan ook voor een ander bedrag worden gekozen, bijvoorbeeld € 1 miljoen of in aansluiting op art. 23 Sr € 780.000. Een andere mogelijkheid is het introduceren van een relatief boetemaximum voor overtredingen waarvoor nu alleen een absoluut boetemaximum geldt. Deze mogelijkheid maakt echter geen onderdeel uit van de geïnventariseerde maatregelen zodat de vraag naar de haalbaarheid buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt.

een hogere boete altijd tot hogere boete-inkomsten leidt (Janssen, 2013). Wanneer de hoogte van de nu opgelegde boetes al afdoende afschrikwekkend zou zijn, dan leidt verhoging van de boete-inkomsten tot minder overtredingen en (afhankelijk van de omvang van de boete-stijging en de vermindering van het aantal overtredingen) mogelijk tot daling van de boete-inkomsten. Andersom zal verhoging van de boetes wel leiden tot hogere boete-inkomsten indien de hoogte van de door de ACM opgelegde boetes niet voldoende afschrikwekkend zou zijn.

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. Wel zijn er enkele indicaties:

- Een aanwijzing dat de boetes niet afschrikwekkend genoeg zijn, is dat er relatief vaak sprake is van recidive voor de overtredingen met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht (Tw).
- De huidige boetegrondslag biedt de mogelijkheid om een basisboete vast te stellen tot 50% van de betrokken omzet. Vanuit dat oogpunt zouden de huidige boetebeleidsregels voor mededinging afschrikwekkend genoeg moeten zijn. Volgens studies komen kartelwinsten in het algemeen namelijk niet boven 50%. Connor & Bolotova (2005) schatten dat de kartelwinsten voor nationale kartels gemiddeld tussen 17-19% ligt. Voor telecommunicatie en consumenten ontbreken dergelijke schattingen.
- Boetes hebben ook een afschrikwekkend effect in de vorm van reputatieschade. Van den Broek, Kemp, Verschoor en de Vries (2012) zien in een onderzoek naar de tussen 1998 en 2008 beboete beursgenoteerde Nederlandse ondernemingen dat de beurswaarde van de ondernemingen sterker daalde dan alleen het bedrag van de boete. De opgelegde boetes waren gemiddeld genomen gelijk aan 12% van het verlies aan beurswaarde. Daarnaast verklaren de onderzoekers dat 55% van het verlies aan beurswaarde werd veroorzaakt door het wegvallen van kartelwinst en 33% door reputatieschade.

Voor verhoging van boetecategorieën in de boetebeleidsregels voor de overige overtredingen in de sectoren telecommunicatie en consumenten is indexatie mogelijk een aanvullende overweging. Het boetebedrag van € 450.000 vormt namelijk een vertaling zonder indexatie van het eind jaren negentig gehanteerde boetemaximum van 1 miljoen gulden.

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.

Effect van de maatregelen

Bij ongewijzigd beleid bedragen de boete-inkomsten tot 2020 naar schatting tussen de € 17 en 32 miljoen per jaar. Doordat de meeste ondernemingen tegen een opgelegde boete in bezwaar en beroep gaan is de tijds kloof tussen het opleggen en het innen van de boete gemiddeld ongeveer 4 jaar. Gemiddeld wordt de helft van de door de ACM opgelegde boete geïnd. In dit onderzoek kijken we alleen naar de geïnde boetes.

Het effect van de genoemde maatregelen op de boete-inkomsten is op veel punten onzeker. De onzekerheidsmarges zijn zeer groot. Hierbij zijn de volgende punten van belang.

- *Het aantal en de hoogte van de verwachte boetes* kent een grote onzekerheid. De onzekerheid wordt veroorzaakt doordat per jaar zowel het aantal zaken sterk kan verschillen als de ernst van de overtreding per zaak. Daarnaast is het – zoals gezegd – niet uitgesloten dat het aantal overtredingen (en daarmee het aantal boetes) afneemt bij verhoging van de boetes.
- *Financiële draagkracht*. Hoewel de wetgever veel vrijheid heeft bij het vaststellen van de wettelijk boetemaxima, zal de ACM en de rechter in het concrete geval altijd indringend toetsen in hoeverre de boetehoogte, die uit de wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels voortvloeit, evenredig is. Verhoging van het absolute boetemaximum in combinatie met de verhoging van de boetegrondslag heeft tot gevolg dat vooral kleinere of single product ondernemingen in aanmerking komen voor relatief (in verhouding tot hun totale omzet) hoge boetes. Er moet rekening mee worden gehouden dat dergelijke ondernemingen met kracht van argumenten zullen aanvoeren dat zij door de boete in ernstige financiële problemen geraken danwel failliet zullen gaan en dat aldus boetematiging is geïndiceerd. De omvang van dit effect is onzeker.
- *Vanaf 2009 zijn de boetebeleidsregels op een aantal punten aangescherpt en het wettelijke boetemaximum in de Whc verhoogd*. Gelet op de vertraagde doorwerking van verandering van de boetesystematiek, ligt het in de rede dat dit zich de komende jaren zal vertalen in een toename van de boete-inkomsten. De omvang van dit effect is onzeker.
- *De tijd die nodig is om wetgeving en/of boetebeleidsregels te veranderen en toe te kunnen passen* vertraagt de effecten van de maatregelen op de boete-inkomsten. Het is onzeker hoeveel tijd nodig is. De benodigde tijd kan uiteenlopen van enkele

maanden voor marginale veranderingen in de boetebeleidsregels tot 1,5 á 2 jaar voor aanpassing van de absolute boetemaxima in de wet.

- *Er is een tijds kloof* tussen het opleggen en het innen van de boetes, mede als gevolg van de schorsende werking van rechtsmiddelen. Het is onzeker of deze tijds kloof blijft bestaan of dat deze korter wordt door opheffing van de schorsende werking van rechtsmiddelen.

Het effect van individuele maatregelen op de boete-inkomsten

Het te verwachten effect van elk van de individuele mogelijke maatregelen bevat grote onzekerheidsmarges, en is in ieder geval kleiner dan de in het regeerakkoord afgesproken stijging van de boete-inkomsten met €75 tot 125 miljoen.

Van de drie geschetste maatregelen is het effect van verhoging van de boetegrondslag het grootst. Door verhoging van de boetegrondslag van 10% naar 15% zullen de verwachte boete-inkomsten stijgen met € 0,5 miljoen in 2015 tot € 7,6 miljoen in 2020.

Het effect van verhoging van de boetecategorieën met een factor 0,5 of 1 voor de overige overtredingen³ in de sector telecommunicatie en de sector consumenten is beperkt, namelijk naar verwachting € 0,4 miljoen in 2015 tot € 1,8 miljoen in 2020. Dit komt doordat deze overtredingen in beperkte mate bijdragen aan de boete-inkomsten.

Het effect van verhoging van de boete in het geval van herhaalde recidive naar 200% is eveneens beperkt, door het kleine aantal gevallen waarin daarvan sprake is. Bij een boeteverhoging in geval van herhaalde recidive met 200% (in plaats van de huidige 100%) stijgen de verwachte boete-inkomsten met € 0,2 miljoen in 2015 tot € 1,4 miljoen in 2020.

Het totale effect van de maatregelen op de boete-inkomsten

Het totale effect van de mogelijke maatregelen op de verwachte boete-inkomsten bedraagt waarschijnlijk ongeveer € 1 miljoen in 2015, oplopend tot € 11,3 miljoen in 2019 en daarna een lichte daling tot € 10,8 miljoen in 2020. De totale boete-inkomsten komen daarmee waarschijnlijk op € 23 in 2015, oplopend tot 32 miljoen in 2019 en daarna een lichte daling tot € 31 miljoen in 2020. Daarbij valt op dat de verwachte jaarlijkse totale boete-inkomsten na implementatie van de maatregelen in de periode 2015 -2020 waarschijnlijk niet hoger zullen zijn dan de eenmalig relatief hoge boete-inkomsten bij ongewijzigd beleid van € 32 miljoen in 2013.⁴ Zie neutraal scenario in Figuur 1.

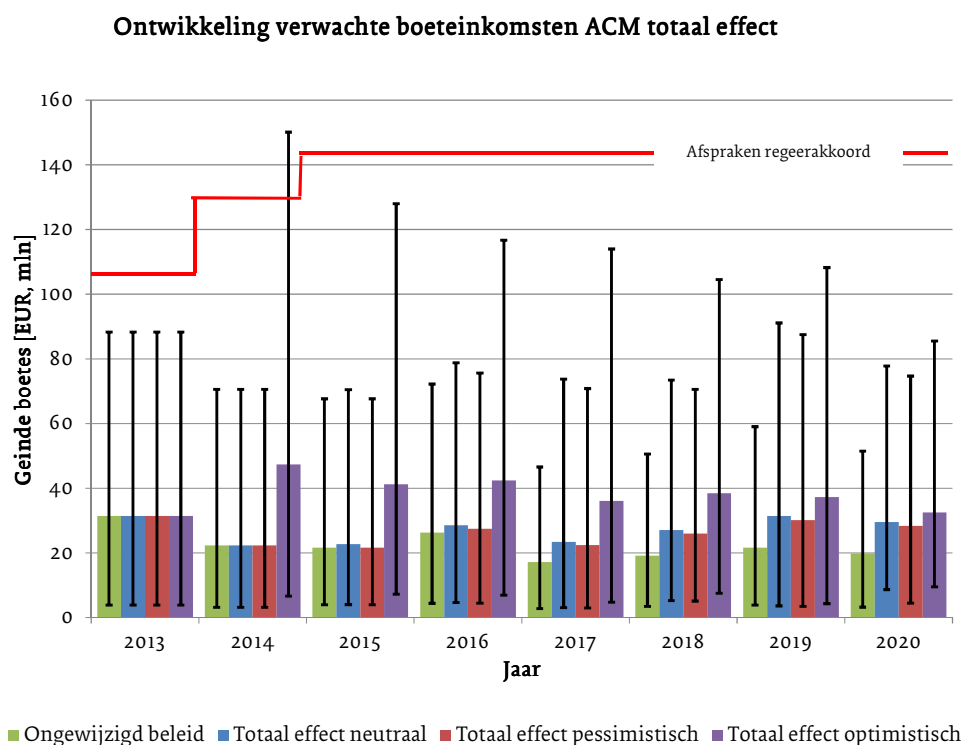
³ Met overige overtredingen is bedoeld de overtredingen waarvoor niet mede een relatief boetemaximum van 10% van de omzet geldt.

⁴ De inkomsten in 2013 zijn eenmalig relatief hoog, doordat een bestaand boetebesluit van € 17 miljoen waarschijnlijk in 2013 wordt geïnd.

Zoals eerder genoemd is de inschatting van de totale boete-inkomsten omgeven met grote onzekerheden. Enerzijds is het mogelijk dat de boete-inkomsten neerwaarts moeten worden aangepast vanwege onvoldoende financiële draagkracht bij de beboete ondernemingen, of doordat de maatregelen pas later dan per 1 januari 2015 kunnen worden ingevoerd. Anderzijds is het mogelijk dat de boete-inkomsten tijdelijk opwaarts moeten worden bijgesteld wanneer de schorsende werking van de boetes wordt beperkt, of doordat de maatregelen eerder dan per 1 januari 2015 kunnen worden ingevoerd. Rekening houdend met deze onzekerheden, stijgen in het pessimistische scenario de waarschijnlijke boete-inkomsten als gevolg van de maatregelen met € 1 tot 8 miljoen per jaar (zie Figuur 1). In het optimistische scenario stijgen de waarschijnlijke boete-inkomsten als gevolg van de maatregelen met € 13 tot 25 miljoen per jaar (zie Figuur 1).

Daarnaast geldt voor alle scenario's dat de onzekerheidsmarges groot zijn, doordat de boete-inkomsten sterk afhankelijk zijn van het aantal zaken in een jaar en de omvang van de overtreding per zaak. Doordat de afschrikwekkende werking van de huidige boetehoogte niet bekend is, kunnen we het effect van een toenemende boetehoogte op het aantal overtredingen (en daarmee het aantal boetes) bovendien niet bepalen. De onzekerheden worden inzichtelijk gemaakt door de zwarte balken in Figuur 1. Deze geven de bandbreedte aan van de boete-inkomsten (95% betrouwbaarheidsinterval).

Figuur 1 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM totaal effect



2 INLEIDING

Per 1 april 2013 zijn de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) verenigd in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Door middel van dit rapport wordt een realistisch beeld gepresenteerd van de juridische en financieel-economische haalbaarheid van mogelijke maatregelen om de boete-inkomsten van de ACM te verhogen. Daarnaast bevat dit rapport een toelichting van de effecten van deze maatregelen op de hoogte van deze boete-inkomsten.

SiRM en Pels Rijcken hebben het onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken (MinEZ). Het rapport kan gebruikt worden voor besluitvorming over de te nemen maatregelen om geheel of gedeeltelijk te voldoen aan de in het regeerakkoord afgesproken verhoging van de boete-inkomsten uit 'boetes marktwerking (NMa)'.

De hoofdvragen van het onderzoek zijn:

Uitgaande van de door het MinEZ geïnventariseerde maatregelen:

- *Welke maatregelen zijn (juridisch en financieel-economisch) haalbaar?*
- *Wat is het effect van deze maatregelen op de hoogte van de boete-inkomsten? Daarbij onderscheid tussen*
 - *het effect per maatregel en het totale effect van alle maatregelen tezamen*
 - *het effect voor de opgelegde en op de geïnde boetes*
- *Hoe verhoudt dit effect zich tot de in het regeerakkoord afgesproken verhoging van de boete-inkomsten?*

Om antwoord te geven op de hoofdvraag, zijn onderstaande subvragen geformuleerd:

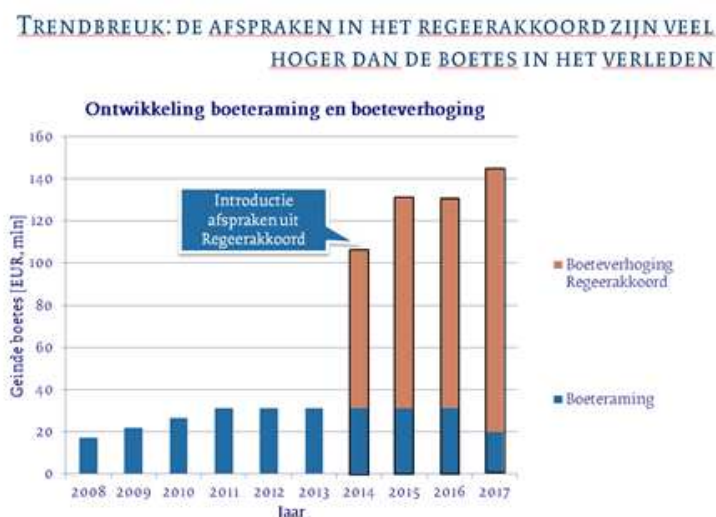
- Tot welk bedrag kunnen de *absolute boetemaxima* (ook voor natuurlijke personen) realistisch gezien in wetgeving worden verhoogd? Voor deze vraag is een vergelijking gemaakt tussen de Nederlandse wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels van de Minister van EZ voor de ACM met die van De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM), 3 EU-toezichthouders (Duitsland, België en Groot Brittannië) en de Europese Commissie.
- Tot welk percentage kunnen de *relatieve boetemaxima* realistisch gezien worden verhoogd? Voor deze vraag is een vergelijking gemaakt tussen de Nederlandse wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels van de Minister van EZ voor de ACM met die van DNB, de AFM, 3 EU-toezichthouders (Duitsland, België en Groot Brittannië) en de Europese Commissie.

- Kan het *omzetcriterium* in de wetgeving worden uitgebreid? Onderscheid is gemaakt tussen de verschillende sectoren waarvoor relatieve boetemaxima in wetgeving zijn opgenomen.
- Binnen huidige boetemaxima:
 - Tot hoe hoog zou de *ernstfactor* realistisch gezien kunnen worden verhoogd?
 - In welke mate hebben aanpassingen van de *boeteverhogende en boeteverlagende factoren* effect op de boete-inkomsten?
 - Door het Ministerie gekozen extra onderzoeksgebied: kunnen de boete-inkomsten door het opleggen van conservatoir beslag worden verhoogd?
 - Wat zou het netto-effect zijn op de boete-inkomsten van een aanpassing in de *boetevermindering bij clementie*?

2.1 AANLEIDING

Aanleiding van het onderzoek is de afspraak in het regeerakkoord dat de boete-inkomsten uit 'boetes marktwerking (NMa)' deze kabinetsperiode stapsgewijs worden verhoogd. De verhoging van de beoogde boete-inkomsten loopt op van €75 miljoen in 2014 tot €125 miljoen vanaf 2017. De totale beoogde boete-inkomsten in 2014 zijn €106,1 miljoen en in 2017 € 145 miljoen.⁵ Aanvullende maatregelen worden nodig geacht om geheel of gedeeltelijk aan de afspraken uit het regeerakkoord te kunnen voldoen.

Figuur 2 Ontwikkeling boeteraming en boeteverhoging



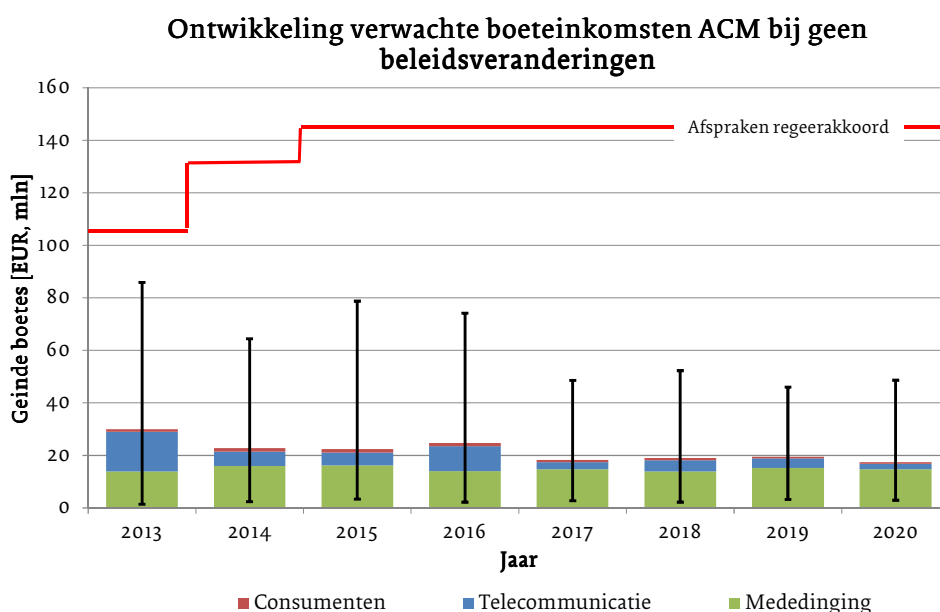
⁵ Cijfers uit de boeteraming van MineZ in de offerte-aanvraag voor onderhavig onderzoek.

Om de verhoging van de boete-inkomsten uit het regeerakkoord te realiseren zou naar onze visie een trendbreuk noodzakelijk zijn. Uit Figuur 2 blijkt namelijk dat de beoogde boete-inkomsten aanmerkelijk hoger zijn dan de bestaande boeteraming voor de ACM. De verhoging impliceert dat de boete-inkomsten in 2014 240% hoger moeten zijn dan in 2013.

Op basis van de voor dit onderzoek beschikbare gegevens over geïnde boetes hebben we berekend wat naar verwachting de komende jaren de boete-inkomsten zullen zijn bij ongewijzigd beleid (Figuur 3). Doordat de meeste ondernemingen in bezwaar en beroep gaan is de tijds kloof tussen het opleggen en het innen van de boete gemiddeld ongeveer 4 jaar. Gemiddeld wordt de helft van de door de ACM opgelegde boete geïnd. In dit onderzoek kijken we alleen naar de geïnde boetes. De inkomsten uit geïnde boetes variëren tussen 2013 en 2020 tussen € 17 en € 32 miljoen per jaar. De raming kent een grote onzekerheid (aangegeven met de zwarte balken), maar de afspraken in het regeerakkoord worden met 95% zekerheid niet gehaald.

De verwachte boete-inkomsten zijn in 2013 relatief hoog. Dit wordt veroorzaakt door een bestaande zaak van de OPTA met een boetebesluit van € 32 miljoen. Deze wordt empirisch gezien waarschijnlijk in 2013 geïnd en zorgt daarmee voor een eenmalig positief effect op de verwachte boete-inkomsten.⁶

Figuur 3 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij geen beleidsveranderingen



Vanaf 2009 zijn de boetebeleidsregels ten aanzien van de Mw en Tw op een aantal punten aangescherpt en het wettelijke boetemaximum in de Whc verhoogd:

⁶ Zie bijlage 6, Verantwoording kwantitatieve analyse.

- De boetebeleidsregels voor overtreding van de Mw (artikelen 6 en 24 Mw) en de Tw bevatten sinds 2009 de mogelijkheid om bij zeer zware overtredingen vanuit het oogpunt van specifieke preventie een basisboetetoeslag op te leggen van maximaal 25% van de betrokken omzet in het laatste jaar dat de onderneming aan de overtreding deel heeft genomen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid het basisbedrag van de boete aan te passen met het oog op het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet die de overtredende onderneming in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding heeft behaald.
- De boetes voor een aantal overtredingen van de Whc zijn recentelijk (per april 2013) nog verhoogd, terwijl in 2009 is voorzien in een verhoging van de ernstfactor en een verhoging van 100% in geval van recidive voor overtredingen in de sectoren mededinging en telecommunicatie. In de praktijk wordt ook in het kader van de Whc voor recidive eenzelfde opslag gehanteerd.

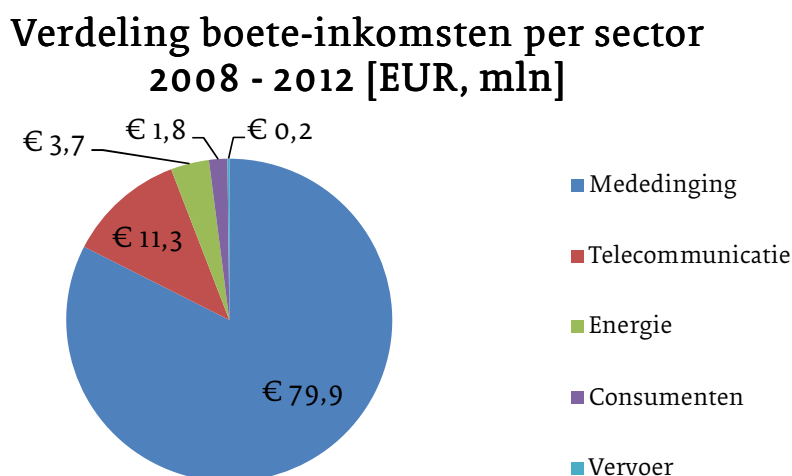
Gelet op de vertraagde doorwerking van verandering van de boetesystematiek, ligt het in de rede dat dit zich de komende jaren zal vertalen in een toename van de boete-inkomsten. De omvang van het effect van de veranderde boetebeleidsregels en het wettelijke boetemaximum voor Whc hebben we geschat in de raming van de boete-inkomsten bij ongewijzigd beleid⁷. De omvang van het effect van de veranderde boetebeleidsregels voor Mw en Tw is onzeker en brengen we daarom alleen tot uiting in de onzekerheidsmarge bij de ramingen in dit rapport.

2.2 ONDERZOEKSAANPAK

Ter beantwoording van de hiervoor gestelde vragen zijn in het kader van dit onderzoek de boetemaxima en boetebeleidsregels van de overtredingen in drie wetten onder de loep genomen. Het gaat om de Mw, de Tw en de Whc. De genoemde wetten droegen tezamen bij aan 96% van de boete-inkomsten van de ACM in de periode 2008 – 2012 (zie Figuur 4). De overige wetten waarop de ACM toeziet zijn vanwege hun beperkte bijdrage aan de boete-inkomsten niet in het onderzoek betrokken. De conclusies van dit onderzoek zijn dan ook beperkt tot de hiervoor genoemde wetten.

⁷Het effect van de veranderde boetebeleidsregels en het wettelijke boetemaximum voor Whc op de toekomstige boete-inkomsten is beperkt, doordat driekwart van de boete-inkomsten voor consumenten ook in de periode 2008 – 2012 al werd gegenereerd uit overtredingen waarvoor een boetemaximum van € 400.000 gold.

Figuur 4 Verdeling boete-inkomsten per sector



De voor dit onderzoek gemaakte vergelijking met de andere EU-toezichthouders heeft zich dus gericht op de Mw, Tw en Whc. In de vergelijking zijn de wettelijke boetemaxima en (indien beschikbaar) de boetebeleidsregels betrokken die door de Britse, Belgische en Duitse toezichthouders binnen de sectoren mededinging, telecommunicatie en consumentenbescherming worden gehanteerd. Daarbij is in de sector mededinging ook de boetesystematiek van de Europese Commissie betrokken.

Het onderzoek richt zich op de maatregelen die MinEZ voorafgaand aan het onderzoek had geformuleerd. Bij de start van het onderzoek heeft het Ministerie op suggestie van de onderzoekers een extra onderzoeksgebied geselecteerd, namelijk: kunnen de boete-inkomsten door het leggen van conservatoir beslag worden verhoogd? Inventarisatie van mogelijke (aanvullende) maatregelen om de boete-inkomsten te verhogen was geen onderdeel van het onderzoek.

Voor elk van de geïnventariseerde maatregelen, zijn de belangrijkste bevindingen weergegeven. Deze bevindingen zijn onderbouwd door een vergelijking met andere EU-toezichthouders (EC, Duitsland, België en Groot Brittannië) en twee Nederlandse toezichthouders (AFM en DNB) om voorts een afweging van de juridische en economische haalbaarheid te maken. De financiële effecten van de maatregelen zijn geschat via een kwantitatieve analyse op een databestand met de recent gerealiseerde boetes door de NMa, OPTA en CA. Er is geconcludeerd welke maatregelen samen kunnen worden geïmplementeerd en wat het waarschijnlijke totaaleffect daarvan is op de boete-inkomsten.

Van een verhoging van de boetemaxima en/of het aanscherpen van de boetebeleidsregels kan alleen sprake zijn indien daarvoor gerechtvaardigde argumenten bestaan. Dit is een voorwaarde voor de juridische haalbaarheid van elk van de maatregelen die in dit

onderzoek worden genoemd. De motivering moet betrekking hebben op het doel dat met handhaving van de normen is gemoeid. Het verhogen van de boetes met het uitsluitende doel de boete-inkomsten te verhogen is juridisch niet houdbaar (zie ook bijlage algemeen juridisch kader). De vraag of bedoelde argumenten bestaan maakt geen onderdeel uit van dit onderzoek.

Het onderzoeksrapport is tot stand gekomen via een zorgvuldig onderzoeksproces met deskresearch, kwantitatieve analyses en een expertbijeenkomst met vertegenwoordigers van de ACM, DNB, AFM en MinEZ. Pels Rijcken is verantwoordelijk voor de juridische analyse. SIRM heeft de economische analyse voor haar rekening genomen.

2.3 OPBOUW RAPPORT

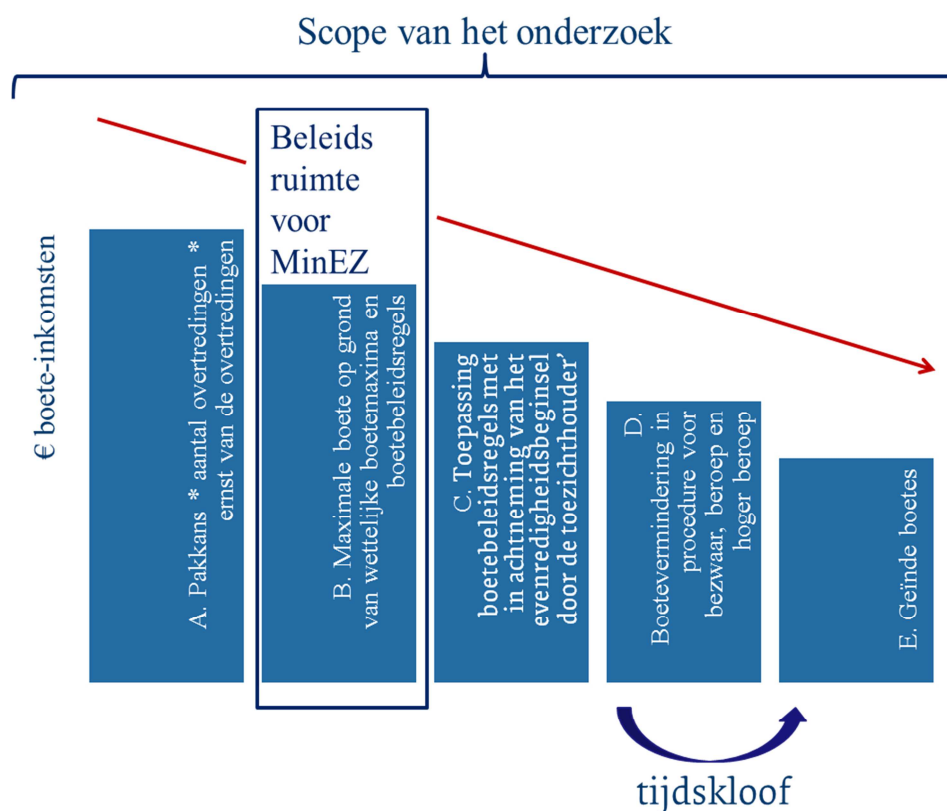
Het rapport start met een beschrijving van het analytisch kader (hoofdstuk 3). Daarna analyseren we op basis van het analytisch kader elk van de maatregelen (hoofdstuk 4) en enkele andere factoren die effect hebben op de boete-inkomsten (hoofdstuk 5). In de bijlagen zijn de bevindingen uit het deskresearch en de expertbijeenkomst beschreven en is de aanpak van het kwantitatieve onderzoek toegelicht.

3 ANALYTISCH KADER

In het analytisch kader staat de vraag centraal in welke mate een verhoging van de wettelijke boetemaxima en een wijziging van de boetebeleidsregels effect heeft op de boete-inkomsten.

Het analytisch kader is schematisch samengevat in Figuur 5. De vraag die centraal staat in het onderzoek is welke maatregelen haalbaar zijn binnen de beleidsruimte van MinEZ (tweede kolom in Figuur 5) en welke effecten deze hebben op de geïnde boetes (laatste kolom in Figuur 5). Het figuur toont hoe de uiteindelijke boete-inkomsten door diverse factoren lager zijn dan maximaal mogelijk (niet uitputtend, nader onderzoek nodig). We bespreken het figuur van links naar rechts:

Figuur 5 Analytisch kader



- A. Kolom A illustreert de (hypothetisch) maximaal haalbare boete-inkomsten. Deze worden bepaald door het gedrag van ondernemingen in de markt (aantal overtredingen en ernst van de overtredingen) en de effectiviteit van de ACM (kans dat de ACM de overtreder pakt). Cijfers over de pakkans, het aantal en de ernst van de overtredingen zijn helaas niet beschikbaar. MinEZ heeft in beperkte mate invloed op de maximaal haalbare boete-inkomsten. Allereerst doordat de

economische theorie leert dat verhoging van de boete een dempende invloed heeft op het aantal en de ernst van de overtredingen (zie paragraaf 4.4.1). Ten tweede is van belang voor de toezichtspraktijk van de NMA dat de clementieregeling invloed heeft op de pakkans (zie paragraaf 4.4.3).

- Aanpak: Via deskresearch en een expertbijeenkomst hebben we de effecten van aanpassingen in boetemaxima- en de boetebeleidsregels op het aantal door de ACM bewezen overtredingen en de ernst daarvan onderzocht.

B. Kolom B illustreert de omvang van de maximale boete-inkomsten op grond van de wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels (zie hoofdstuk 4). De wettelijke boetemaxima (opgenomen in formele wetgeving) worden door de wetgever vastgesteld. Daarbinnen heeft MinEZ ruimte om boetebeleidsregels vast te stellen voor de ACM. De inrichting van boetebeleidsregels is aan grenzen gebonden. Zo zullen de daarin opgenomen boetemaxima, de omzetcriteria en de boeteverhogende en -verlagende omstandigheden binnen de huidige wettelijke boetemaxima moeten blijven en niet teveel uit de pas kunnen lopen met hetgeen gebruikelijk is voor overtredingen van vergelijkbare normen in een andere sector. Daarnaast zijn er juridische argumenten en leerstukken die de beleidsruimte van het MinEZ beperken.

- Aanpak: Via deskresearch hebben we informatie verzameld over de juridische en financieel-economische haalbaarheid om de wettelijke boetemaxima te verhogen en de boetebeleidsregels aan te passen (zoals verhoging van de boetemaxima, omzetcriteria en aanpassing boeteverhogende en boeteverlagende factoren). Welke speelruimte heeft MinEZ? Onderdeel is welke juridische gezichtspunten van belang zijn bij de vaststelling van de (wettelijke) boetemaxima, omzetcriteria en andere boeteverhogende en -verlagende omstandigheden (zoals het legaliteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel).

C. Kolom C illustreert de omvang van de boetes die de ACM oplegt. De ACM loopt in de praktijk zelden tegen het wettelijk boetemaximum op (zie paragraaf 4.1). De reden hiervoor is onder meer dat de op te leggen boete in het concrete geval evenredig moet zijn aan de overtreding en de bijzondere omstandigheden van het geval. Zo houdt de ACM bijvoorbeeld bij het bepalen van de boetehoogte rekening met de ernst en de duur van de overtreding en; met de notie dat een bedrijf niet failliet mag gaan door de boete (draagkracht).

- Aanpak: Via deskresearch, kwantitatieve analyse en een expertbijeenkomst zijn de haalbaarheid en de effecten van mogelijke maatregelen onderzocht, gelet de wijze waarop het boetebeleid door de toezichthouders wordt toegepast.

- D. Kolom D illustreert de omvang van de boetes na de bezwaar- en beroepsfases. Boete-inkomsten kunnen als gevolg van de bezwaarfase, beroepsfase en/of hoger beroepsfase lager zijn dan de opgelegde boetes, doordat boetebesluiten kunnen worden vernietigd en doordat de hoogte van de boetes kan worden aangepast (zie paragraaf 2.1).
- Aanpak: Via deskresearch, kwantitatieve analyse en een expertbijeenkomst hebben we de haalbaarheid en de effecten van mogelijke maatregelen onderzocht, gelet op de aanpassingen in opgelegde boetes in bezwaar- en beroepsprocedures.
- E. Er is een tijds kloof van enkele jaren tussen het opleggen en het innen van een boete. Het merendeel van de beboete ondernemingen gaat namelijk in bezwaar en beroep tegen de boete. Gedurende die procedure wordt de betalingsverplichting opgeschort (zie paragraaf 5.4).
- Aanpak: Uit informatie van MinEZ en de ACM hebben we afgeleid wat bij benadering de duur is van een (hoger) beroepsprocedure bij de bestuursrechter en daarmee wat de vertraging is op het innen van de boetes.

4 ANALYSE MAATREGELEN VERHOGEN VAN BOETE- INKOMSTEN

Dit hoofdstuk bespreekt de maatregelen die kunnen bijdragen aan verhoging van de boete-inkomsten van de ACM. De maatregelen zijn:

- Verhogen absolute boetemaxima (paragraaf 4.1)
- Verhogen relatieve boetemaxima (paragraaf 4.2)
- Uitbreiden van het omzetcriterium (paragraaf 4.3)
- Diverse aanpassingen van de boetebeleidsregels (paragraaf 0)
- Het leggen van conservatoir beslag (paragraaf 4.4.5)

Voor elke maatregel worden de economische en juridische haalbaarheid en de effecten op de boete-inkomsten besproken. Een opmerking vooraf is dat voorwaarde voor de juridische haalbaarheid van alle maatregelen is dat voor de beoogde verhoging van de boete gerechtvaardigde argumenten bestaan. Hoewel de vraag of bedoelde argumenten bestaan geen onderdeel uitmaakt van dit onderzoek, benadrukken wij dat een goede motivering noodzakelijk is. De rechter zal bij de beantwoording van de vraag of hij het boetebeleid en daaraan ten grondslag liggende boetemaxima bij de boordeling van de boetehoogte als vertrekpunt neemt, immers eerst beoordelen of het boetebeleid redelijk is.

4.1. ABSOLUTE BOETEMAXIMA

Ten tijde van het onderzoek gelden de volgende absolute boetemaxima voor de ACM:

- Mededinging: € 450.000,- (of, indien dat meer is, 10% van de omzet), voor overige overtredingen 450.000,- (of, indien dat meer is, 1% van de omzet) en voor natuurlijke personen uitsluitend € 450.000,-
- Telecommunicatie: € 450.000,- (of, indien dat meer is, 10% van de omzet) en voor overige overtredingen uitsluitend € 450.000,-
- Consumenten: € 450.000,- (artikel 2.15 van de Whc)

Onderzoeksvraag

Tot welk bedrag zouden de absolute boetemaxima (ook voor natuurlijke personen) realistisch gezien in wetgeving kunnen worden verhoogd.

4.1.1. Positief voor verhogen absolute boetemaxima

Economische haalbaarheid

De omvang van de boete-inkomsten wordt bepaald door het aantal boetes en de boetehoogte. Het aantal boetes komt aan de orde in paragraaf 5.1. In dit onderdeel komt de boetehoogte aan de orde.

Vanuit economisch perspectief is indexatie een mogelijke aanleiding om de absolute boetemaxima te verhogen. De boetemaxima van € 450.000,- staan al jaren vast en derhalve lijkt er ruimte voor indexatie. Dit maximum gold al bij de start van de NMa (1998) en OPTA (1997). Deze maxima zijn een vertaling van de toen geldende boetemaxima van 1 miljoen gulden. Bij indexatie vanaf 1998 komen de absolute boetemaxima uit op € 618.491 (inflatie volgens CBS, 2013).

Verder is er vanuit economisch perspectief geen op zichzelf staande aanleiding de absolute boetemaxima te verhogen. Vanuit economisch perspectief is namelijk de hoogte van de op te leggen boete relevant en deze wordt primair bepaald door de boetebeleidsregels (paragraaf 4.4). De absolute boetemaxima zijn alleen relevant wanneer de toezichthouder bij het opleggen van boetes tegen het absolute boetemaximum op loopt. Het absolute boetemaximum hindert in dat geval de toepassing van de boetebeleidsregels. Uit de expertmeeting is naar voren gekomen dat hiervan in de regel geen sprake is.

Verhoging van de absolute boetemaxima naar € 900.000,- is te overwegen wanneer de boetebeleidsregels en boetecategorieën worden aangepast (zie paragraaf 4.4.6). Verhoging van de absolute boetemaxima maakt het dan mogelijk de aangepaste boetebeleidsregels toe te passen. Voor de overtredingen waarop de boetecategorieën van toepassing zijn, is verhoging van de absolute boetemaxima zelfs aangewezen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de opgelegde boetes tot op heden vaak lager zijn dan de absolute boetemaxima, waardoor de aanpassing van de boetebeleidsregels deels ook kan binnen het huidige boetemaximum. Het wettelijk boetemaximum hindert de toepassing van de boetebeleidsregels namelijk veelal niet. Dit komt doordat bij de belangrijkste overtredingen in de sectoren mededinging en telecommunicatie het boetemaximum op 10% van de jaaromzet is gesteld indien dat hoger is dan € 450.000,-. Ook in de andere gevallen blijkt uit de expertmeeting dat de toezichthouder in de regel niet tegen het absolute boetemaximum aanloopt. Alleen in de gevallen waar sprake is van (zeer) ernstige overtreding in combinatie met boeteverhogende omstandigheden (met name recidive) kan dit anders zijn.

Juridische haalbaarheid

- *Primaat van de wetgever en beleidsvrijheid*

Vanuit juridisch oogpunt is positief voor de haalbaarheid dat de vaststelling van de wettelijke boetemaxima tot het primaat van de formele wetgever behoort. Het is aan de formele wetgever in dit verband een afweging te maken. De rechter neemt de keuze, en in dit verband door de wetgever gemaakte afwegingen als vertrekpunt bij de beoordeling van de boetehoogte in een concreet geval.

Uit de rechtspraak⁸ blijkt dat de rechter ook de boetebeleidsregels en daaraan ten grondslag liggende overwegingen in de regel als vertrekpunt neemt bij de toetsing van de evenredigheid van de boete. De Minister komt beleidsvrijheid toe bij de vaststelling van de boetebeleidsregels. De rechter toetst met enige terughoudendheid of de boetebeleidsregels redelijk zijn en of de toezichthouder die in het concrete geval juist heeft toegepast.

Dit laat echter onverlet dat de rechter de hoogte van een boete in een concreet geval vol toetst. De rechter heeft de vrijheid om de boete te matigen wanneer omstandigheden of gronden bestaan die maken dat een lagere boete is aangewezen (volle toets). Zie de randnummers 2.2.1 tot en met 2.2.8 van het algemeen juridische kader (bijlage 7.1).

Gelet op het voorgaande is in algemene zin de conclusie verdedigbaar dat, indien de wetgever de boetemaxima met kracht van argumenten verhoogt, de rechter bij de beoordeling van de boetehoogte in een concreet geval het verhoogde boetemaximum als vertrekpunt zal hanteren. Dit betekent dat verhoging van het boetemaximum (en zo nodig aanpassing van de boetebeleidsregels) in beginsel ertoe zal leiden dat de rechter het opleggen van hogere boetes zal billijken, mits de ernst van de overtreding en overige omstandigheden van het geval dat ook rechtvaardigen en de draagkracht van de overtreder niet noopt tot matiging van de boete. Daarbij geldt dat de argumenten voor verhoging van de boetemaxima ook van invloed zijn op de evenredigheidsbeoordeling in het concrete geval (zie ook bijlage 7 onder 2.4.5). In dat verband zal dan een rol spelen in hoeverre de argumenten voor de verhoging ook van toepassing zijn op de voorliggende overtreding. Is de reden voor de verhoging bijvoorbeeld primair gelegen in de overtuiging dat het uit een overtreding genoten voordeel in algemene zin onvoldoende door boeteoplegging werd afgeroomd, dan kan het gegeven dat in een concreet geval minder voordeel is genoten voor de rechter aanleiding zijn de boete te matigen. In algemene zin geldt dat naarmate een boete hoger is de rechter indringender zal toetsen of de boete evenredig is.

De casestudy naar de wijziging van het boetestelsel voor de financiële wetgeving (AFM en DNB) laat zien dat een (gerechtvaardigde) verhoging van de wettelijke boetemaxima tot het

⁸ Zie bijlage 7.1.

opleggen van hogere boetes leidt en naar verwachting tot hogere boete-inkomsten. Daarbij moet echter worden aangetekend dat het vertrekpunt van de wijziging van het boetestelsel in de financiële wetgeving anders was dan bij het huidige boetestelsel voor de ACM het geval is. Hierbij is van belang dat de boetes die DNB en de AFM voor de aanpassing van het financiële boetestelsel konden opleggen aanzienlijk lager waren.⁹

Absolute boetemaxima AFM en DNB zijn hoger

Een tweede positief punt met betrekking tot het verhogen van de absolute boetemaxima is dat in artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) voor de zwaarste overtredingen een boetemaximum van € 4.000.000,- is opgenomen en het dubbele daarvan bij recidive. Aangezien de te beschermen belangen (eerlijke en efficiënte werking van de markt en bescherming van de consument) vergelijkbaar zijn, kan hierin een argument zijn gelegen dat er ruimte bestaat voor het verhogen van de absolute wettelijke boetemaxima. Daarbij past wel de belangrijke kanttekening dat de Wft geen relatief boetemaximum kent, zodat in gevallen waarbij de betrokken onderneming een jaaromzet heeft van meer dan € 40.000.000,- een relatief boetemaxima van 10% van de omzet hoger is dan het wettelijke boetemaxima in de Wft. Voorts verdient opmerking dat de casestudy AFM en DNB laat zien dat onder het nieuwe boetestelsel boetes mede vanwege de draagkracht van de overtreder geregeld door de toezichthouder of de rechter worden gematigd.

4.1.2. Negatief voor verhogen absolute boetemaxima

Economische haalbaarheid

Verhoging van het boetemaximum in de gevallen dat ook een relatief boetemaximum geldt, heeft tot gevolg dat kleine ondernemingen relatief zwaar kunnen worden beboet.¹⁰ Het is een beleidsmatige keuze of de wetgever dat wenselijk vindt. De gevolgen van het verhogen van de absolute boetemaxima beperken zich in dat geval tot kleine ondernemingen, omdat voor ondernemingen met een jaaromzet van meer dan € 4,5 miljoen het relatieve boetemaximum leidend zal zijn. Uit de expertmeeting komt naar voren dat, indien een boete boven de huidige absolute boetemaxima zou (kunnen) worden opgelegd, er naar verwachting vaker boetematiging wegens hardheid zal optreden – in het bijzonder bij MKB-ondernemingen en single productondernemingen.

⁹ Zie de casestudy in bijlage 7.4.

¹⁰ Dit effect geldt vooral voor overtredingen met een relatief boetemaximum van 10%. Voor overtredingen met een relatief boetemaximum van 1% is dit effect minder sterk. Dit komt doordat dan alleen ondernemingen met een omzet van meer dan €45 mln worden begrensd door het relatieve boetemaximum van 1%.

Uit de expertmeeting komt naar voren dat, indien een boete boven de huidige boetemaxima zou worden opgelegd, er naar verwachting vaker boetematiging wegens beperkte financiële draagkracht zal optreden – in het bijzonder bij MKB-ondernemingen en single productondernemingen. Ook voor boetes aan natuurlijke personen zal gelden dat verhoging van het wettelijk boetemaximum tot boven de € 450.000 geen zoden aan de dijk zet omdat de financiële draagkracht veelal het opleggen van hogere boetes in de weg zal staan.

Daarnaast is het boetemaximum in de Whc recentelijk verruimd.¹¹ Per 15 oktober 2010 is geïntroduceerd dat ondernemingen die zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken een boete kunnen krijgen van maximaal € 450.000,-. Voor overige boetes gold tot voor kort nog een boetemaximum van € 78.000,-. Sinds april 2013 is het maximum voor alle boetes € 450.000,-. Gelet op de vertraagde doorwerking van verandering van de boetesystematiek (zie paragraaf 4.1.2), ligt het in de rede dat deze recente verhoging van het boetemaximum zich nog verder zal vertalen in hogere boetes (zie paragraaf 2.1).

Juridische haalbaarheid

- Volle toetsing en matiging door de rechter

Het primaat van de wetgever en de beleidsvrijheid van de Minister worden begrensd door het evenredigheidsbeginsel. Hoewel de wetgever veel vrijheid heeft bij het vaststellen van de wettelijk boetemaxima, zal de rechter altijd indringend toetsen in hoeverre de boetehoogte, die uit de wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels voortvloeit, in het concrete geval evenredig is. Wanneer het boetebeleid tot onevenredig hoge boetes leidt, zal de rechter de boete matigen. Dit vormt een bedreiging voor de financieel-economische effecten van de voorgestelde maatregelen. Matiging door de rechter leidt immers tot lagere boete-inkomsten.

Zie randnummer 2.1.3 van het algemeen juridisch kader (bijlage 7.1)

Zie de randnummers 2.2.6 en 2.4.5 tot en met 2.4.9 van het algemeen juridisch kader (bijlage 7.1)

¹¹ Daarnaast is relevant dat de Whc sinds 2006 een duaal stelsel kent. Dit betekent dat een deel van de overtredingen niet beboet kan worden, maar aan het oordeel van de civiele rechter wordt voorgelegd. Voornemen van de wetgever is om dit duaal stelsel af te schaffen bij de Stroomlijningswet in 2014. Dit zou ook als effect kunnen hebben dat meer boetes worden opgelegd. Deze mogelijke maatregel valt echter buiten de scope van dit onderzoek.

- *Vergelijking toezichthouders EU: geen argument voor verhoging*

De vraag tot welk bedrag de absolute boetemaxima realistisch gezien kunnen worden verhoogd, is mede afhankelijk van de motivering van de verhoging. Een argument kan zijn dat de absolute boetemaxima in de Mw, Tw en Whc significant lager liggen zijn dan de boetemaxima in vergelijkbare wet- en regelgeving in Europa.

Uit de vergelijking, waarin de wet- en regelgeving van Groot-Brittannië, België en Duitsland is onderzocht, blijkt echter dat dit niet het geval is. Op hoofdlijnen lopen de Nederlandse absolute boetemaxima voor overtredingen van de Mw en de Tw in de pas met de absolute boetemaxima in de drie genoemde landen. Voor overtreding van de Whc is het wettelijke boetemaximum zelfs aanzienlijk hoger. In ieder geval zijn de Nederlandse boetemaxima niet zodanig lager dat daarin een overtuigend argument kan worden gevonden de absolute boetemaxima significant te verhogen.

Zie bijlage 7.3 voor de vergelijking van de wettelijke boetemaxima.

- *Effect in de tijd (overgangsrecht)*

Op grond van artikel 5:46, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) jo. artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (Sr) zal een toezichthouder de verhoogde absolute boetemaxima alleen kunnen toepassen op overtredingen die zich na de wetwijziging hebben voorgedaan. Dit geldt in beginsel ook voor wijzigingen in de boetebeleidsregels, waarbij het basisbedrag wordt verhoogd of een overtreding in een hogere boetecategorie wordt ingedeeld.

Dit betekent dat de beoogde verhoging van de boete-inkomsten door verhoging van de boetemaxima en het aanscherpen van de beleidsregel juridisch gezien niet op korte termijn haalbaar is. Het effect zal eerst na enige jaren zichtbaar worden in de hoogte van de boete-inkomsten. Daarbij wordt er vanuit gegaan dat de gemiddelde duur van het begaan van de overtreding tot aan de invordering van een boete enige jaren in beslag neemt.

Zie paragraaf 4 van het algemeen juridisch kader (bijlage 7.1).

4.1.3. Effect op boete-inkomsten

Verhoging van het absolute boetemaximum tot € 900.000,- heeft een beperkt effect op de totale boete-inkomsten van de ACM.

- Het effect op de boete-inkomsten voor overtredingen op grond van de Mw en Tw waarvoor ook een relatief boetemaximum geldt, is naar verwachting niet merkbaar. Het huidige absolute boetemaximum is zoals gezegd alleen relevant voor kleine ondernemingen met een omzet van maximaal € 4,5 miljoen

(paragraaf 4.1.2). Bij verhoging van het absolute boetemaximum naar € 900.000,- wordt deze omzetgrens € 9 miljoen. Het effect van de verhoging van het absolute boetemaximum is dus gelijk aan de boeteverhoging die hierdoor kan optreden voor ondernemingen met een omzet tot € 9 miljoen omzet. We hebben onvoldoende gegevens om de omvang van dit effect te berekenen, maar we schatten in dat dit gering zal zijn ten opzichte van de ingeschatte boete-inkomsten. Van belang hierbij is dat uit de expertmeeting naar voren is gekomen dat de ACM bij de toepassing van de boetebeleidsregels in dat kader in de regel niet tegen het absoluut boetemaximum aanloopt. Het effect wordt groter wanneer gelijktijdig de boetebeleidsregels worden aangepast (zie paragraaf 4.4), maar zal gering blijven doordat het slechts betrekking heeft op enkele ondernemingen.

- Naar verwachting is het effect op de boete-inkomsten voor overige overtredingen op grond van de Mw en Tw gering. Deze overtredingen vertegenwoordigen namelijk maar een klein deel van de totale boete-inkomsten. Het effect treedt alleen op wanneer gelijktijdig de boetebeleidsregels worden aangepast. Zie paragraaf 4.4.1 voor berekening van de omvang van het effect.

4.1.4. Conclusie

Vanuit juridisch perspectief is het haalbaar om de boetemaxima te verhogen indien daarvoor gerechtvaardigde argumenten bestaan.

Eventuele verruiming van de boetebeleidsregels (zie paragraaf 4.4) kan aanleiding zijn de absolute boetemaxima te verhogen naar bijvoorbeeld € 900.000,-.¹² Verhoging van de absolute boetemaxima maakt het dan mogelijk de aangepaste boetebeleidsregels toe te passen. Ook is een mogelijke aanleiding dat de boetemaxima voor Tw en Mw al jaren niet zijn geïndexeerd. De verhoging van de absolute boetemaxima zal op zichzelf een beperkt positief effect hebben op de boete-inkomsten van de ACM; voor de boete-inkomsten zijn primair de boetebeleidsregels relevant.

De verhoging van de absolute boetemaxima naar € 900.000,- voor overtredingen waarvoor ook een relatief boetemaximum geldt, zal er overigens alleen toe leiden dat aan relatief kleine ondernemingen (met omzet tot € 9 miljoen) hogere boetes kunnen worden opgelegd. Voor ondernemingen met een omzet die tien keer zo hoog is als het wettelijk boetemaximum geldt immers het relatieve boetemaximum.

¹² Gelet op de vrijheid die de wetgever toekomt bij het vaststellen van de wettelijke boetemaxima kan ook voor een ander bedrag worden gekozen, bijvoorbeeld € 1 miljoen of in aansluiting op art. 23 Sr € 780.000.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none"> • Boetemaximum sinds oprichting NMa en OPTA niet geïndexeerd • De verhoging van het boetemaxima heeft bij AFM en DNB tot hogere opgelegde boetes geleid • De verhoogde boetemaxima worden als uitgangspunt gehanteerd bij het opleggen van de boete • Verhoging behoort tot het primaat van de formele wetgever 	<ul style="list-style-type: none"> • Rechter kan de opgelegde boetes matigen • Verhoging van de absolute boetemaxima leidt op korte termijn niet tot hogere boete-inkomsten (overgangsrecht) • Hoger absoluut boetemaximum zal alleen merkbaar effect hebben indien de boetebeleidsregels worden aangepast • Huidige boetemaxima lopen in de pas met andere toezichhouders in de EU

4.2. RELATIEVE BOETEMAXIMA

Ten tijde van het onderzoek gelden de volgende relatieve boetemaxima:

- Mededinging: 10% van de totale (wereldwijde) jaaromzet (1% voor overige overtredingen)
- Telecommunicatie: 10% van de relevante jaaromzet in Nederland
- Consumenten: geen relatief boetemaximum.

Onderzoeksvraag

Tot welk percentage zouden de relatieve boetemaxima realistisch gezien kunnen worden verhoogd?

4.2.1. Positief voor verhogen relatieve boetemaxima

Economische haalbaarheid

Vanuit economisch perspectief is er geen op zichzelf staande aanleiding de relatieve boetemaxima te verhogen. Zoals toegelicht in paragraaf 4.1.1 zijn vanuit economisch perspectief alleen de daadwerkelijk opgelegde boetes relevant. Deze worden primair bepaald door de boetebeleidsregels (zie paragraaf 4.4). De relatieve boetemaxima zijn alleen relevant wanneer zij de toepassing van de boetebeleidsregels hinderen, maar uit paragraaf 4.2.2. blijkt dat dit niet aan de orde is.

Juridische haalbaarheid

Voor de juridische overwegingen die positief zijn voor de haalbaarheid wordt verwezen naar wat hierover is opgemerkt in onderdeel 4.1.1 (verhoging van de *absolute* boetemaxima). De daar beschreven overwegingen zijn ook van toepassing op het verhogen van de *relatieve* boetemaxima. Een uitzondering betreft het onderdeel over de boetemaxima in de financiële wetgeving, aangezien daarin geen relatief boetemaximum is opgenomen.

4.2.2. Negatief voor verhogen relatieve boetemaxima

Economische haalbaarheid

Experts geven aan dat de huidige relatieve boetemaxima volstaan, aangezien de ACM bij het bepalen van de boetehoogte zelden wordt gehinderd door de relatieve boetemaxima. Alleen bij overtreding van de Mw zou de boetehoogte voor langlopende kartels door kleine/middelgrote 'single product' bedrijven volgens de berekeningssystematiek soms hoger kunnen uitvallen dan het relatieve boetemaximum van 10% van de omzet. Echter, die bedrijven zullen veelal niet de financiële draagkracht hebben om hogere boetes te betalen. Doordat sprake is van single product bedrijven zal een boete gebaseerd op de betrokken omzet ook snel zwaar drukken op de totale omzet van de onderneming. Dus in de praktijk zouden ook voor die gevallen de boetes veelal niet hoger (kunnen) uitvallen bij hogere boetemaxima.

Tijdens het onderzoek zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen dat de toezichthouders worden gehinderd door het boetemaximum van 1% van de omzet voor overige overtredingen op grond van de Mw.

Juridische haalbaarheid

De negatieve overwegingen met betrekking tot de juridische haalbaarheid die zijn benoemd voor het verhogen van de absolute boetemaxima (onderdeel 4.1.2) zijn ook van toepassing bij verhogen van de relatieve boetemaxima. In aanvulling daarop zijn de volgende twee aspecten van belang.

- *Vergelijking toezichthouders EU: geen argument voor verhoging*

In de vergelijking van de Nederlandse relatieve boetemaxima met die van de andere EU-toezichthouders kan geen argument worden gevonden voor het verhogen van de wettelijke relatieve boetemaxima (het omzetpercentage). Voor zover in de andere landen binnen de EU een wettelijk relatief boetemaximum van toepassing is, ligt het omzetpercentage op ten hoogste 10%. De in de Nederlandse wet- en regelgeving opgenomen omzetpercentages lopen daarmee in de pas.

Zie bijlage 7.3 voor de vergelijking van de wettelijke boetemaxima.

4.2.3. Effect op boete-inkomsten

Verhoging van de relatieve boetemaxima heeft alleen effect op de boete-inkomsten wanneer de opgelegde boetes, met toepassing van de boetebeleidsregels, ook daadwerkelijk de wettelijke boetemaxima benaderen of daarover heen gaan. Volgens de experts is dat nu zelden het geval (paragraaf 4.2.2).

4.2.4. Conclusie

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.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none">• Verhoging behoort tot het primaat van de formele wetgever• De verhoogde boetemaxima worden als uitgangspunt gehanteerd bij het opleggen van de boete	<ul style="list-style-type: none">• In de praktijk loopt de toezichhouder niet op tegen de relatieve boetemaxima• Huidige relatieve boetemaxima lopen in de pas met andere toezichhouders in EU• Rechter kan de opgelegde boetes matigen• Verhoging van boetemaxima leidt op korte termijn niet tot hogere boete-inkomsten (overgangsrecht)

4.3. UITBREIDEN VAN HET WETTELIJKE OMZETCRITERIUM

Ten tijde van het onderzoek geldt het volgende omzetcriterium voor de wettelijke relatieve boetemaxima:

- Mededinging: de wereldwijde jaaromzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding.
- Telecommunicatie: de in Nederland behaalde relevante omzet van de onderneming. Als relevante omzet wordt aangemerkt de netto-omzet in de elektronische communicatiesector in het boekjaar voorafgaand aan de boetebeschikking.

Het omzetcriterium speelt geen rol bij de bepaling van het wettelijke boetemaximum voor overtreding van de Whc.

Onderzoeksvraag

Kan het omzetcriterium in de wetgeving (Tw) naar wereldwijde jaaromzet worden uitgebreid?

4.3.1. Positief voor uitbreiden omzetcriterium

Economische haalbaarheid

Vanuit economisch perspectief is er geen op zichzelf staande aanleiding het omzetcriterium in de relatieve boetemaxima te verhogen. Hiervoor gelden dezelfde overwegingen als in paragraaf 4.2.1.

Juridische haalbaarheid

Voor de juridische gezichtspunten die positief zijn voor de haalbaarheid wordt verwezen naar wat hierover is opgemerkt in onderdeel 4.2.1 (verhoging van de relatieve boetemaxima).

4.3.2. Negatief voor uitbreiden omzetcriterium

Economische haalbaarheid

Zoals in paragraaf 4.2.1 beschreven worden volgens de experts de relatieve boetemaxima zelden gehaald. Uitbreiding van het omzetcriterium sorteert dan geen merkbaar effect.

In aanvulling daarop geldt dat vanuit economisch perspectief kan worden overwogen het omzetcriterium voor overtreding van de Tw te verruimen tot de wereldwijde omzet, indien de ondernemingen in hun overwegingen om deze overtreding te begaan een wereldwijd perspectief zouden hanteren. Voor zover wij kunnen nagaan hebben overtredingen van de Tw, anders dan het geval is bij (bepaalde) overtredingen van de Mw, in de regel echter een nationaal karakter. Het ligt dan minder in de rede om voor het relatief boetemaximum aansluiting te zoeken bij de wereldwijde omzet.

Juridische haalbaarheid

De negatieve juridische overwegingen voor de haalbaarheid die gelden voor het verhogen van de absolute boetemaxima (onderdeel 4.2.2) zijn ook van toepassing het uitbreiden van het omzetcriterium.

- Vergelijking toezichthouders EU: geen argument voor uitbreiding omzetcriterium

Aanvullend merken wij op dat in de vergelijking met de andere EU-toezichthouders geen argument kan worden gevonden het omzetcriterium uit te breiden. De in Nederlandse wet- en regelgeving opgenomen omzetcriteria lopen in de pas met de relatieve boetemaxima die elders in Europa van toepassing zijn.

In het Nederlandse mededingingsrecht wordt het wettelijke relatieve boetemaximum bepaald door de wereldwijde jaaromzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan

de overtreding. Met uitzondering van de Belgische mededingingswet – dat met de nationale omzet rekt – hanteren de andere toezichthouders binnen de EU dezelfde grondslag bij de vaststelling van het wettelijke boetemaximum. Hierin kan derhalve geen argument worden gevonden het omzetcriterium te verruimen.

In het Telecommunicatierecht wordt het wettelijk boetemaximum bepaald door de nationale omzet die de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding in elektronische communicatiesector heeft behaald. Dit omzetcriterium is hetzelfde dan wel sterk vergelijkbaar met de omzetcriteria in de wet- en regelgeving van België en Groot-Brittannië (de Duitse Telekommunikationsgesetz kent geen relatief boetemaximum). Zie bijlage 7.3 voor de vergelijking van de wettelijke boetemaxima.

4.3.3. Effect op boete-inkomsten

Verruiming van het wettelijk omzetcriterium Tw naar wereldwijde relevante omzet heeft naar verwachting geen merkbaar effect op de boete-inkomsten omdat de wettelijke boetemaxima in de praktijk veelal niet worden gehaald.

4.3.4. Conclusie

Voor uitbreiding van het omzetcriterium geldt dezelfde conclusie als voor verhoging van de relatieve boetemaxima:

Uitbreiding van het omzetcriterium in de Tw zal naar verwachting geen merkbaar effect hebben op de boete-inkomsten. De ACM wordt bij toepassing van de boetebeleidsregels naar eigen zeggen namelijk zelden gehinderd door de wettelijke boetemaxima.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none">• Aanpassing behoort tot het primaat van de formele wetgever• Het uitgebreide omzetcriterium wordt als uitgangspunt gehanteerd bij het opleggen van de boete	<ul style="list-style-type: none">• In de praktijk loopt de toezichthouder niet op tegen de relatieve boetemaxima• Huidig omzetcriterium loopt in de pas met andere toezichthouders in EU• Rechter kan de opgelegde boetes matigen• Verruiming van omzetcriterium leidt op korte termijn niet tot hogere boete-inkomsten (overgangsrecht)

4.4. AANPASSING VAN DE BOETEBELEIDSREGELS

Onderzoeksvraag

Binnen huidige boetemaxima:

- *In welke mate kan de boetegrondslag worden verruimd? (paragraaf 4.4.1)*
- *Tot hoe hoog zou de ernstfactor realistisch gezien kunnen worden verhoogd? (paragraaf 4.4.1)*
- *In welke mate hebben aanpassingen van de boeteverhogende en boeteverlagende factoren effect op de boete-inkomsten? (paragraaf 4.4.2)*
- *Wat zou het netto-effect zijn op de boete-inkomsten van een aanpassing in de boetevermindering bij clementie? (paragraaf 4.4.3)*
- *Kan met het leggen van conservatoir beslag de boete-inkomsten worden verhoogd? (paragraaf 4.4.4)*

In paragraaf 4.4.1 komen de verruiming van de boetegrondslag en de verhoging van de ernstfactor aan de orde. Voor de meest relevante overtredingen bepalen beide elementen samen de basisboete. Een verhoging van deze elementen moet dan ook in samenhang worden beoordeeld. In het navolgende zullen wij beide elementen bespreken en aangegeven in hoeverre een verhoging juridisch en economisch gezien haalbaar is.

4.4.1. Verhoging van de boetegrondslag en ernstfactor

Ten tijde van het onderzoek gelden de volgende boetegrondslagen en ernstfactoren:

- Mededinging:
 - 10% van de betrokken omzet van de overtreder (overtreding van artikel 6 en 24 Mw)
 - Naar gelang de ernst van de overtreding wordt de factor vastgesteld op een waarde van ten hoogste 5.
 - Voor overige overtreding: zes boetecategorieën van 0,25 tot 15 promille van de totale jaaromzet (overige overtredingen Mw)¹³
- Telecommunicatie:
 - 10% van de betrokken omzet van de overtreder (overtredingen als bedoeld in artikel 15.4 lid 2 Tw).

¹³ Dit betreft kleine boetes met weinig impact op de totale boete-inkomsten. Daarom laten we deze overtredingen buiten beschouwing.

- Naar gelang de ernst van de overtreding wordt de factor vastgesteld op een waarde van ten hoogste 5.
 - Voor overige overtredingen: Boetecategorieën van (1) maximaal € 100.000,-; (2) maximaal € 300.000,- en (3) maximaal € 450.000,- (overtredingen als bedoeld in artikel 15.4 lid 4 Tw).
- Consumenten: De hoogte van de bestuurlijke boete voor overtredingen van de Whc wordt vastgesteld binnen de bandbreedtes van de volgende boetecategorieën:
 - Boetecategorie 1: boetebandbreedte tussen € 0 en € 50.000
 - Boetecategorie 2: boetebandbreedte tussen € 40.000 en € 150.000
 - Boetecategorie 3: boetebandbreedte tussen € 100.000 en € 300.000
 - Boetecategorie 4: boetebandbreedte tussen € 150.000 en € 400.000

Economische haalbaarheid

De economische redenering in deze paragraaf is dat ondernemingen een kosten-batenanalyse maken voordat zij een overtreding begaan of voortzetten. Indien ondernemingen op een rationele wijze opereren, zullen zij (ten minste) de kosten en baten van een eventuele overtreding afwegen. De kosten van een overtreding worden gevormd door de ervaren pakkans maal de gemiddelde kosten van de boete. De baten bestaan uit de extra winst die met een overtreding wordt behaald. De kosten van een boete bestaan uit de hoogte van de boete en eventueel verlies aan aandeelhouderswaarde en reputatie. Zolang winst uit een overtreding gecreëerd kan worden, zal voor ondernemingen een prikkel bestaan de wet te overtreden. Er bestaat volgens deze redenering ruimte om de boete te verhogen als deze niet afschrikwekkend genoeg is (Combe & Monnier, 2009; Connor, 2011). Onderzoeken op dit gebied hebben grotendeels betrekking op kartels, maar kunnen ook relevant zijn voor andere overtredingen. Hierover zegt namelijk David Friedman (1995, geciteerd vanuit Van den Broek et al, 2012) "If the benefits of a profession decrease or its costs increase, fewer people will enter it – whether the profession is plumbing or burglary. If it becomes sufficiently unprofitable, nobody will do it."

De logica zegt dat er een optimale boetehoogte is waarbij boete-inkomsten worden gemaximaliseerd. Immers, bij stijging van de boetehoogte zullen in eerste instantie de boete-inkomsten stijgen indien het voor ondernemers winstgevend blijft een overtreding te begaan. Naarmate de boetehoogte verder stijgt wordt het minder aantrekkelijk een overtreding te begaan; de kosten-batenanalyse wordt ongunstig. Het is dus niet zo dat een hogere boete altijd tot hogere boete-inkomsten leidt (Janssen, 2013).

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. Uit onderzoeken over kartelzaken van de Europese Commissie blijkt dat de afschrikwekkende

werking van boetes in de loop der tijd is toegenomen, maar deelname in een kartel ook bij een pakkans van 100% over het algemeen nog lonend is (Connor, 2011; Veljanovski, 2011)¹⁴. De afschrikwekkende werking van boetes is nog lager in de Verenigde Staten, Brazilië, Japan en Korea (Connor, 2011). Er is geen empirisch onderzoek beschikbaar over de afschrikwekkende werking van ACM-boetes. Wel zijn er enkele indicaties:

- Een hoog percentage recidive in een markt is een indicatie dat de opgelegde boetes niet afschrikwekkend genoeg zijn (Ginsburg & Wright, 2010). Het percentage recidive op grond van de Tw is relatief hoog. Wat dat betreft lijken bepaalde boetes op grond van de Tw niet afschrikwekkend (genoeg)¹⁵. Bovendien worden de boetes op grond van de Tw meermaals geaccepteerd zonder bezwaar/beroep.
- Wanneer de boete (en eventueel overige kosten) lager is dan de excessieve winst van de overtreding, dan is dat een indicatie dat de opgelegde boetes nog niet afschrikwekkend genoeg zijn. Dan loont het bij een pakkans van 100% immers nog steeds om de overtreding te begaan.¹⁶ Er is geen empirisch onderzoek hoe de hoogte van de door de ACM opgelegde boetes zich verhoudt met de winst uit de overtredingen. Het is te verwachten dat de afschrikwekkende werking van de boetes de afgelopen jaren is toegenomen. Sinds de oprichting zijn de boetemaxima en boetebeleidsregels voor alle ACM-onderdelen namelijk verruimd (zie paragraaf 2.1).¹⁷ De huidige boetegrondslag biedt de mogelijkheid om een basisboete vast te stellen tot 50% van de betrokken omzet. Volgens studies komen kartelwinsten in het algemeen niet boven 50%. Connor & Bolotova (2005) schatten dat de kartelwinsten voor nationale kartels gemiddeld tussen 17-19% ligt.

¹⁴ Connor (2011) analyseerde 21 kartelzaken van de Europese Commissie na de revisie van de boetebeleidsregels. Connor concludeert dat de Europese Commissie voor het eerst gedurende langere tijd boetes oplegt die de door de onderzoekers berekende kartelwinsten significant afnemen: gemiddeld roomt een boete 66% van de kartelwinst af. De mate waarin kartelwinsten afnemen wisselt evenwel sterk van zaak tot zaak (tussen 10% en 412%) en tussen de deelnemers van een individueel kartel. De opgelegde boete is in een minderheid van de gevallen hoger dan de berekende kartelwinst. Met een andere onderzoeks aanpak komt Veljanovski (2011) tot vergelijkbare bevindingen. Hij concludeert dat de door de Europese Commissie opgelegde boetes dichterbij die voor optimale afschrikking liggen dan tot nu toe gedacht. Merk op dat het in die onderzoeken betrekking hebben op de door de Europese Commissie opgelegde boetes en niet om de boetes die resteren na bezwaar en beroep.

¹⁵ Volgens onze berekeningen bedraagt het percentage recidive onder de Tw 34%. Dit is waarschijnlijk een overschatting. Dit percentage is berekend door te turven hoe vaak een zelfde onderneming onder dezelfde wet is beboet. Deze berekening leidt waarschijnlijk tot een overschatting van het werkelijke percentage recidive, doordat niet is uit te sluiten dat een onderneming is beboet voor verschillende overtredingen onder dezelfde wet.

¹⁶ Volgens deze redenering is een boete afschrikwekkend genoeg als de boete een compensatie is van de geleden schade voor de consument (= de excessieve winst van de overtreding), mogelijk tezamen met een vergeldingscomponent (Harding & Joshua, 2010).

¹⁷ Het is de verwachting dat de ACM in lijn hiermee in de loop der tijd zwaarder is gaan beboeten. Gelet op de vertraagde doorwerking van verandering van de boetesystematiek (zie paragraaf 4.1.2), ligt het in de rede dat dit zich nog verder zal vertalen in een toename van de boetehoogte en ceteris paribus van het afschrikwekkende effect van de boetes.

Vanuit dat oogpunt zouden de huidige boetebeleidsregels voor mededinging afschrikwekkend genoeg moeten zijn. Voor telecommunicatie en consumenten ontbreken dergelijke schattingen.

- Boetes hebben ook een afschrikwekkend effect in de vorm van reputatieschade. Van den Broek, Kemp, Verschoor en de Vries (2012) zien in een onderzoek naar de tussen 1998 en 2008 beboete beursgenoteerde Nederlandse ondernemingen dat de beurswaarde van de ondernemingen sterker daalde dan alleen het bedrag van de boete.¹⁸ De opgelegde boetes waren gemiddeld genomen gelijk aan 12% van het verlies aan beurswaarde. Daarnaast verklaren de onderzoekers dat 55% van het verlies aan beurswaarde werd veroorzaakt door het wegvallen van kartelwinst en 33% door reputatieschade. Op die manier worden overtreders ook door de markt gestraft, naast de boete van de toezichthouder. Volgens Ginsburg & Wright is daarnaast relevant hoe snel aandelenprijzen herstellen. Een snel herstel is een teken dat de boetes aan de lage kant zijn. Hierover hebben we echter geen informatie gevonden.

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 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.

Doordat de afschrikwekkende werking van de huidige boetehogte niet bekend is, kunnen we het effect van een toenemende boetehogte op het aantal overtredingen (en daarmee het aantal boetes) niet bepalen. In het vervolg van hoofdstuk 4 veronderstellen we dat een toenemende boetehogte geen effect heeft op het aantal boetes. Paragraaf 5.1 illustreert via enkele scenario's de effecten van het aantal boetes op de boete-inkomsten.

Juridische haalbaarheid

Voor de juridische haalbaarheid wordt in de eerste plaats verwezen naar wat daarover is opgemerkt met betrekking tot het verhogen van de wettelijke absolute en relatieve boetemaxima (zie paragrafen 4.1.1; 4.1.2; 4.2.1 en 4.2.2). De daar genoemde overwegingen zijn van overeenkomstige toepassing op de aanscherping van de boetebeleidsregels. Ook hierbij geldt dat de Minister in beginsel de vrijheid heeft de boetebeleidsregels aan te

¹⁸ Het onderzoek betrof niet precies de voor dit onderzoek relevante selectie ondernemingen: niet-beursgenoteerde bedrijven en niet-kartel-overtredingen vielen erbuiten, terwijl door de Europese Commissie beboete Nederlandse ondernemingen erbinnen vielen.

scherpen indien daarvoor overtuigende argumenten zijn en de aanscherping in de regel niet leidt tot onevenredig hoge boetes. De boetebeleidsregels moeten in algemene zin de toets aan het evenredigheidsbeginsel kunnen doorstaan.

Vanzelfsprekend geldt dat de boetehoogte die uit de boetebeleidsregels voortvloeit niet boven het wettelijke boetemaximum mag uitkomen. Dit betekent dat, indien een (gerechtvaardigde) verruiming van de boetegrondslag er toe leidt dat de op te leggen boetes boven of geregeld op het wettelijke boetemaximum uitkomen, het in de rede ligt ook de wettelijke boetemaxima te verhogen. Daarmee wordt ook voorkomen dat een rechter een boete matigt omdat de boete op of in de buurt van het boetemaximum is vastgesteld, terwijl de betreffende gedraging niet als één van de ernstigere overtredingen kwalificeert. Met name voor de sector consumentenbescherming, met absolute boetemaxima van € 450.000 (zonder relatief boetemaximum), is dit een aandachtspunt (zie paragraaf 4.1.1).

- *Vergelijking boetebeleidsregels EU-toezichthouders (mededinging)*

Voor de haalbaarheid van de verruiming van de boetegrondslag is voor de sector mededinging een vergelijking gemaakt van de boetebeleidsregels voor de ACM met die van de toezichthouders in Groot-Brittannië, Duitsland, België en de Europese Commissie. Deze vergelijking laat zien dat de wijze waarop de ACM de basisboete berekent in de regel niet tot significante lagere boetes zal leiden in vergelijking met de andere EU-toezichthouders. Derhalve kan hierin geen overtuigend argument worden gevonden voor het aanpassen van de boetebeleidsregels. Deze opvatting komt voort uit de volgende waarnemingen.

Een overeenkomst tussen de onderzochte landen is dat in alle boetebeleidsregels een systematiek wordt toegepast, waarbij eerst een basisboete wordt berekend die op grond van boeteverlagende of -verhogende omstandigheden kan worden aangepast. Bij de vaststelling van de basisboete speelt de ernst en duur van de overtreding een rol.

De systematiek voor het vaststellen van de basisboete en de wijze waarop de ernst en de duur van de overtreding daarin worden betrokken zijn niet gelijk. Voor een vergelijking van de boetebeleidsregels moet daarom naar de systematiek als geheel worden gekeken.

Een verschil tussen de boetebeleidsregels van de EU-toezichthouders en de ACM is dat de boetebeleidsregels van de Minister van EZ voor de ACM een afzonderlijke ernstfactor en boetegrondslag kennen.

- De boetegrondslag van de ACM is 10% van de betrokken omzet. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een ernstfactor van maximaal 5. De basisboete in Nederland voor overtreding van de artikelen 6 en 24 van de Mw kan daarmee oplopen tot 50% van de betrokken omzet (10% van de betrokken omzet x ernstfactor 5). Omdat de ACM rekent met

de betrokken omzet die tijdens de gehele duur van de overtreding is behaald, is daarin ook de duur van de overtreding verdisconteerd.

- De andere EU toezichthouders hanteren in hun boetebeleidsregels een basisboete van maximaal 30% van de (betrokken) omzet. De ernst van de overtreding is daarin reeds verdisconteerd.

In vergelijking met de andere EU-toezichthouders is de maximale basisboete van de ACM – ter hoogte van 50% van de betrokken omzet over de gehele duur van de overtreding – aan de hoge kant. De boetebeleidsregels van de Britse en de Duitse toezichthouders en de Richtsnoeren van de Europese Commissie kunnen leiden tot een maximale boete van 30% van de relevante/betrokken omzet.

Een ander verschil betreft de wijze waarop de duur van de overtreding in de berekening van de basisboete wordt betrokken. De Britse toezichthouder en de Europese Commissie rekenen met de jaarmzet van het laatste volledige jaar waarin de onderneming aan de overtreding heeft deelgenomen. De duur van de overtreding wordt in de basisboete verdisconteerd door de jaarmzet te vermenigvuldigen met de duur van de overtreding.¹⁹

Voorts is vergeleken *welke omzet* door de EU-toezichthouders in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de basisboete. In de boetebeleidsregels voor de ACM wordt gerekend met de 'betrokken omzet': *de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft*. De andere EU-toezichthouders passen een vergelijkbaar omzetcriterium toe, waarbij wordt gerekend met de betrokken/relevante omzet of de waarde van de verkoop van goederen en diensten die in verband staan met de overtreding (zie bijlage 7.3, randnummer 4.6 en tabel 1)²⁰.

Uit de vergelijking met de boetebeleidsregels voor overtreding van de Mw van de andere toezichthouders binnen de EU moet worden geconcludeerd dat een verhoging van de ernstfactor of het omzetpercentage voor de berekening van de boete er toe zal leiden dat Nederland wat betreft de berekening van de basisboete uit de pas gaat lopen.

Zie bijlage 7.3 voor de vergelijking van de wettelijke boetemaxima.

- *Specifieke preventie: extra verhoging behoort reeds tot de mogelijkheden*

¹⁹ De duur van de overtreding wordt aldus niet op gelijke wijze betrokken bij het vaststellen van de basisboete. In een concreet geval kan dit tot een verschillende boetehoogte leiden. Een en ander zal afhangen van de omvang van de omzet in het laatste jaar van de overtreding. In dit onderzoek is er vanuit gegaan dat dit verschil over het geheel genomen niet tot significant hogere of lagere boetes leidt.

²⁰ Hoewel het vaststellen van de betrokken/relevante omzet in de afzonderlijke boetebeleidsregels goed vergelijkbaar is, bestaan er in dit verband wel nuanceverschillen. In dit onderzoek is er vanuit gegaan dat dit over het geheel genomen niet tot significant hogere of lagere boetes leidt.

De boetebeleidsregels voor de ACM voor overtreding van de Mw (artikelen 6 en 24 Mw) en de Tw bevatten reeds de mogelijkheid om bij zware overtredingen vanuit het oogpunt van specifieke preventie (i) een extra toeslag op te leggen op de basisboete van 25% van de betrokken omzet of (ii) het basisbedrag van de boete aanpassen met het oog op het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in te stellen op de totale jaaromzet die de overtredende onderneming in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding heeft behaald. De frequentie en toepassing van deze maatregel is onbekend. Derhalve is de maatregel niet meegenomen in de kwantitatieve analyse. In de onzekerheidsmarge wordt rekening gehouden met dergelijke onbekende maatregelen.

Zie randnummer 3.17 van bijlage 7.3.

Tussenconclusie

Op grond van bovenstaande overwegingen is de conclusie dat nader onderzoek is aangewezen om te bepalen of er vanuit economisch perspectief ruimte is voor hogere boetes. Empirisch onderzoek wijst uit dat de afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland onvoldoende is, maar we hebben hierover geen informatie voor de boetes die de ACM oplegt. Indien onderzoek naar de afschrikwekkende werking van boetes uitwijst dat er ruimte is voor hogere boetes, dan zou in de sectoren mededinging en telecommunicatie de ernstfactor of de boetegrondslag kunnen worden verhoogd, voor zover het gaat om overtredingen waarvoor mede een wettelijk relatief boetemaximum geldt van 10% van de omzet.

Vanuit juridisch perspectief is een dergelijke verhoging haalbaar indien gerechtvaardigde argumenten bestaan om de boetegrondslag te verhogen. Aandachtspunt hierbij is dat de vergelijking met EU toezichthouders daarvoor geen aanknopingspunten biedt. Mogelijk dat een argument gevonden kan worden in het hiervoor bedoelde nadere economische onderzoek.

Indien de Minister er voor kiest de boete-inkomsten te verhogen door de basisboete te verhogen, dan kan dat worden gerealiseerd door aanpassing van de boetegrondslag en/of de ernstfactor. Naar ons oordeel zou het dan de voorkeur verdienen de verhoging van de basisboete te realiseren door verhoging van de boetegrondslag en de ernstfactor ongemoeid te laten. Wij lichten dit als volgt toe.

- In 2009 is de ernstfactor al verruimd van 0-3 naar 0-5. De experts geven aan dat de rechter thans al moeite heeft een hoge ernstfactor te accepteren. Een verdere verhoging van de ernstfactor zal dit niet eenvoudiger maken.
- De boetes in de besluiten van de ACM zijn door de verhoging van de ernstfactor in 2009 al verhoogd (bezwaar-/beroepsprocedures lopen nog). Gelet op de vertraagde doorwerking van een wijziging van de boetesystematiek (zie paragraaf 4.1.2), ligt het in de rede dat deze recente verruiming van de ernstfactor zich nog

verder zal vertalen in een toename van de boetehoogte. Dit wegen we mee bij de kwantitatieve inschatting van de boete-inkomsten bij ongewijzigd beleid.

- Een verhoging van de boetegrondslag met enkele procentpunten die op alle overtredingen van toepassing is, leidt naar onze inschatting in een concreet geval tot minder discussie dan het toepassen van een verhoogde ernstfactor die per boeteoplegging zal moeten worden gemotiveerd.

Effect op boete-inkomsten mededinging en telecommunicatie

Om inzicht te geven in het effect van een verhoging van de boetegrondslag op de boete inkomsten, hebben we voor zaken met betrekking tot mededinging en telecommunicatie analyses met het omzetcriterium uitgevoerd met drie scenario's:

1. 10 % boetegrondslag (huidige situatie)
2. 15 % boetegrondslag
3. 20 % boetegrondslag

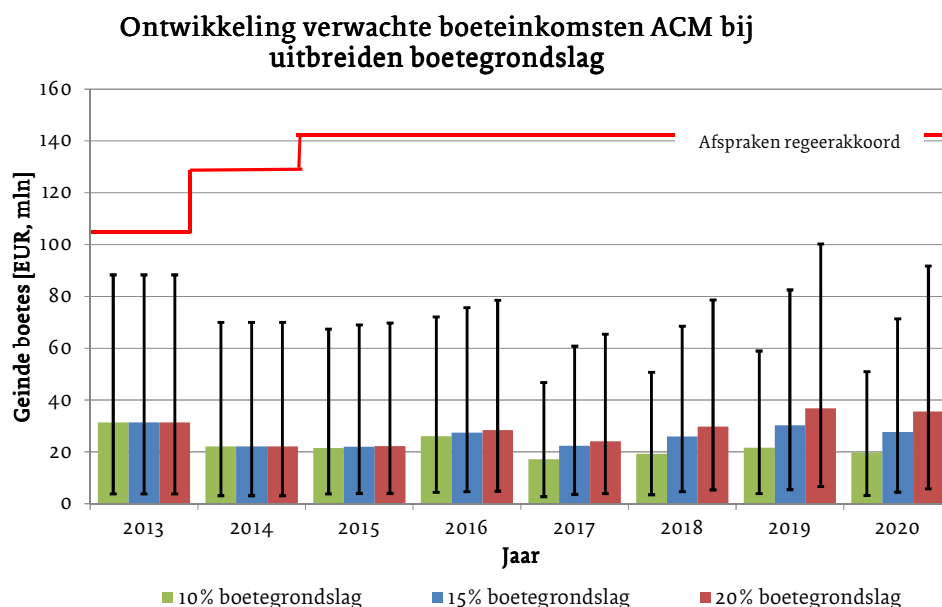
De overige factoren blijven in deze analyse constant.

Verhoging van de boetegrondslag zorgt voor een hogere basisboete. Deze verhoging is alleen van toepassing op nieuwe zaken die zien op overtredingen die hebben plaatsgevonden nadat het gewijzigde boetebeleid in werking is getreden. In de eerste jaren is het aandeel bestaande zaken hoger. Daarom nemen de verwachte boete-inkomsten in de eerste jaren niet evenredig toe met de uitbreiding van het omzetcriterium.

De verwachting is dat door verhoging van de boetegrondslag van 10 %, naar 15% de gemiddelde verwachte boete-inkomsten stijgen met € 0,5 miljoen in 2015, oplopend tot maximaal € 9 miljoen. De totale inkomsten komen daarmee op gemiddeld ongeveer € 22 miljoen per jaar vanaf 2015 (Figuur 6). Bij een verhoging van de boetegrondslag naar 20% stijgen de verwachte boete-inkomsten tot maximaal € 16 miljoen.

De hoogte van de verwachte boete-inkomsten kent een grote onzekerheid. In Figuur 6 is de bandbreedte van de raming weergegeven met zwarte balken (95% betrouwbaarheidsinterval). De grote onzekerheid wordt veroorzaakt doordat zowel het aantal zaken sterk kan verschillen als de hoogte van de boete-inkomsten per zaak.

Figuur 6 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij uitbreiden boetegrondslag²¹



Effect op boete-inkomsten consumenten en overige boetes telecommunicatie

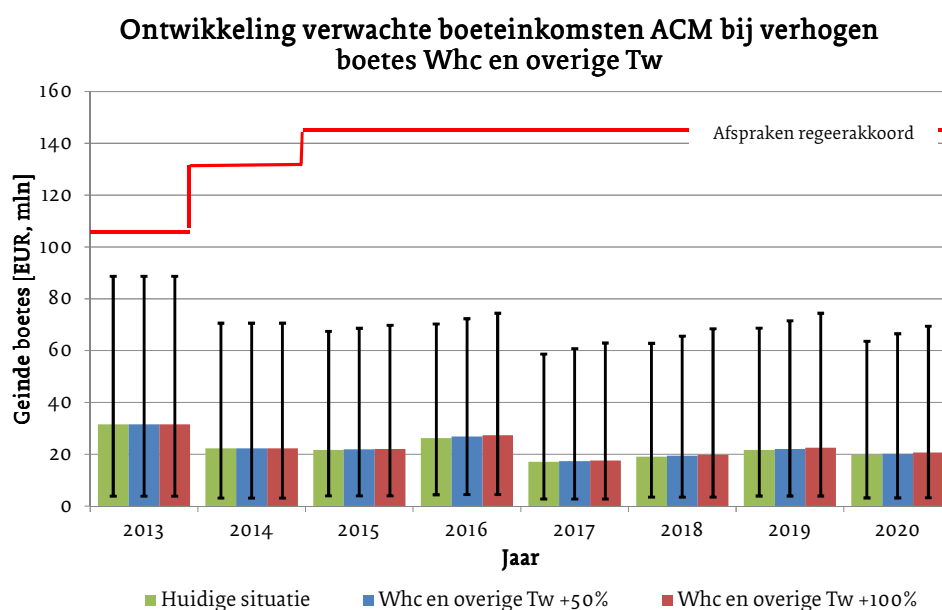
Het is denkbaar de bedragen van de vier boetecategorieën te verhogen voor boetes op grond van de Whc en de overige boetes op grond van de Tw. Om inzicht te krijgen in het effect van deze verhoging op de boete-inkomsten zijn analyses uitgevoerd met drie scenario's:

1. Geen verandering (huidige situatie)
2. Bedragen boetecategorieën Whc en overige overtredingen Tw +50%
3. Bedragen boetecategorieën Whc en overige overtredingen Tw +100%

De overige factoren in deze analyse blijven constant. Er is in de analyse geen rekening gehouden met de mogelijkheid om bij zware overtredingen vanuit het oogpunt van specifieke preventie hogere boetes op te leggen.

²¹ De verwachte boete-inkomsten zijn in 2013 relatief hoog. Dit wordt veroorzaakt door een bestaande zaak van de OPTA met een boetebesluit van € 32 miljoen. Deze wordt empirisch gezien waarschijnlijk in 2013 geïnd en zorgt daarmee voor een eenmalig positief effect op de verwachte boete-inkomsten.

Figuur 7 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij verhogen boetes Whc en overige Tw



De verhoging van de bedragen van de boetecategorieën van de Whc en overige Tw heeft een positief effect op de verwachte boete-inkomsten van € 0,4 tot 0,8 miljoen bij een boeteverhoging met factor 0,5 en € 0,7 tot 1,8 miljoen per jaar bij factor 1,0. Dit effect is beperkt doordat de boete-inkomsten op grond van de Whc en overige Tw in de periode 2008-2012 een klein deel van de totale boete-inkomsten betrof.

Conclusie

Vanuit juridisch perspectief zijn de beschreven aanpassingen van de boetebeleidsregels haalbaar indien daarvoor gerechtvaardigde argumenten bestaan. In dat verband is een belangrijk aandachtspunt dat de vergelijking met de EU-toezichthouders laat zien dat Nederland door een verhoging uit de pas zou gaan lopen in Europa. Hierbij is van belang dat het boetemaximum op grond van de Whc recentelijk is verhoogd. Bij het voorgaande kan nog worden opgemerkt dat naarmate een boete hoger is, de rechter indringender zal toetsen of de boete in het concrete geval evenredig is. Onderdeel van die toetsing zal zijn of de algemene argumenten die aan de maatregelen ten grondslag liggen ook in het concrete geval een hoge(re) boete kunnen rechtvaardigen. Reeds in de huidige boetesystematiek worden opgelegde boetes in bezwaar en beroep met regelmaat gematigd (zie paragraaf 5.4)

Nader onderzoek is aangewezen om te bepalen of er vanuit economisch perspectief ruimte is voor hogere boetes. Empirisch onderzoek wijst uit dat de afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland onvoldoende is, maar we hebben hierover geen informatie voor de boetes die de ACM oplegt.

Indien empirisch economisch onderzoek uitwijst dat er ruimte is voor hogere boetes, dan kan in de sectoren mededinging en telecommunicatie de basisboete worden verhoogd door verhoging van de boetegrondslag naar bijvoorbeeld 15%. Door deze maatregel zullen de gemiddelde verwachte totale boete-inkomsten waarschijnlijk stijgen naar ongeveer € 22 tot 30 miljoen per jaar. Voor de sector consumentenbescherming en telecommunicatie, voor zover het de overige overtredingen betreft, kunnen de boetecategorieën worden verhoogd (mits het wettelijke boetemaximum eveneens wordt aangepast). Het effect van hogere boetes voor consumentenbescherming en overige overtredingen telecommunicatie is naar verwachting € 0,4 tot € 1,8 miljoen per jaar extra boete-inkomsten. Deze ramingen kennen grote onzekerheidsmarges.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none"> • Afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland vaak onvoldoende • Aantal gevallen van recidive in het kader van Tw • Absolute boetemaxima sinds eind jaren negentig niet meer geïndexeerd • De (verhoogde) boetegrondslag wordt als uitgangspunt gehanteerd bij het opleggen van de boete, mits goed gemotiveerd 	<ul style="list-style-type: none"> • Boetes zijn recentelijk verhoogd • Huidige basisboete loopt in de pas met andere toezichhouders in EU • Mogelijkheid tot toeslag bij zware overtredingen • Rechter kan de opgelegde boetes matigen • Verhoging van boetegrondslag leidt op korte termijn niet tot hogere boete-inkomsten (overgangsrecht)

4.4.2. Boeteverhogende en boeteverlagende factoren

Ten tijde van het onderzoek gelden de volgende boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden:

- Mededinging:

Boeteverhogende omstandigheden zijn in ieder geval:

- In geval van recidive verhoogt de ACM de basisboete met 100%, tenzij dit gezien de omstandigheden van het concrete geval evident onredelijk zou zijn.
- De overtreder heeft het onderzoek van de ACM belemmerd.
- De overtreder heeft tot de overtreding aangezet of een leidinggevende rol gespeeld bij de uitvoering daarvan.
- De overtreder heeft gebruik gemaakt van, of voorzien in, controle- of dwangmiddelen ter handhaving van de verboden gedraging.

Boeteverlagende omstandigheden zijn in ieder geval:

- De overtreder heeft verdergaande medewerking aan de ACM verleend dan waartoe hij wettelijk gehouden was.
- De overtreder heeft de overtreding uit eigen beweging beëindigd, waarbij meer gewicht toekomt aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat de ACM een onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek is gestart.

- De overtreder heeft uit eigen beweging degenen aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos gesteld.
- Telecommunicatie: In geval van recidive verhoogt de ACM de bestuurlijke boete met 100%, tenzij dit percentage gezien de omstandigheden van het concrete geval evident onredelijk zou zijn. Een boeteverlagende omstandigheid is in ieder geval de omstandigheid dat er sprake is van een overtreding die de overtreder:
 - zelf heeft gesignaleerd;
 - uit eigen beweging onverwijld heeft beëindigd, en
 - op eigen initiatief bij de ACM heeft gemeld voordat de ACM met een onderzoek is begonnen.
- Consumenten:

Boeteverhogende omstandigheden zijn in ieder geval:

 - De overtreder werkt niet mee met het onderzoek van de ACM
 - Er is sprake van recidive.

Boeteverlagende omstandigheden zijn in ieder geval:

 - De overtreder heeft de overtreding uit eigen beweging beëindigd voordat de ACM een onderzoek is begonnen.
 - De overtreder heeft verdergaande medewerking aan de ACM verleend dan waartoe hij wettelijk gehouden was.
 - De overtreder uit heeft eigen beweging de consumenten aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos gesteld.

Economische haalbaarheid

Voor de economische overwegingen die positief zijn voor de haalbaarheid van het verruimen van de boeteverhogende en boeteverlagende factoren wordt verwezen naar wat hierover is opgemerkt in paragraaf 4.4.1. Daaruit volgt dat er vanuit economisch perspectief aanwijzingen zijn dat er ruimte is om hogere boetes op te leggen. Dit kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd door veranderingen door te voeren in de boeteverhogende of boeteverlagende factoren.

In aanvulling daarop merken we op dat het ongunstig is voor de haalbaarheid van deze maatregel dat de boetes voor recidive recentelijk nog zijn verhoogd: in 2009 voor de Mw en in 2010 voor de Tw. Gelet op de vertraagde doorwerking van verandering van de boetesystematiek (zie paragraaf 4.1.2), ligt het in de rede dat deze recente verhoging zich nog verder zal vertalen in een toename van de boetehoogte.²²

²² We hebben onvoldoende gegevens om de vertraagde effecten van deze beleidswijziging op de boete-inkomsten apart te kwantificeren. De vertraagde effecten komen tot uiting in de onzekerheidsmarge bij de kwantitatieve inschatting van de boete-inkomsten bij ongewijzigd beleid.

Juridische haalbaarheid

Boeteverlagende en boeteverhogende omstandigheden zijn in boetebeleidsregels meestal algemeen geformuleerd. Dat wil zeggen dat het voordoen van die omstandigheden niet is vertaald in een 'kwantitatieve' consequentie, zoals een indeling in een hogere boetecategorie, een verhoging met een bepaalde (ernst)factor of een matiging met een bepaald percentage.

Het staat de Minister vrij met kracht van argumenten aanvullende boeteverhogende omstandigheden in de boetebeleidsregels op te nemen, boeteverlagende omstandigheden te schrappen of aan omstandigheden een andere weging te geven.

Aanpassing van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden laat echter onverlet dat de daaruit voortvloeiende boete in het concrete geval de toets aan het evenredigheidsbeginsel moet kunnen doorstaan. Een overtuigende motivering voor de boetehoogte is vereist. Zo bestaat bij schrapping van een boeteverlagende omstandigheid de mogelijkheid dat de rechter de betreffende omstandigheid in het kader van de volle toets van de boetehoogte zelf in aanmerking zal nemen.

Een vergelijking van de boetebeleidsregels van de Minister van EZ voor de ACM en die van AFM en DNB (Besluit bestuurlijke boetes financiële sector) laat zien dat er geen boeteverhogende omstandigheden zijn, die de AFM en DNB wel, en de ACM niet in aanmerking neemt.

Effecten op boete-inkomsten

De invloed van het kwantitatieve effect van kwalitatief geformuleerde gezichtspunten op de boetehoogte is sterk afhankelijk van de toepassing door de betreffende toezichthouder. Derhalve is voor de beantwoording van de vraag of aanpassing van de boetebeleidsregels zal leiden tot het daadwerkelijk opleggen van hogere boetes een uitgebreide analyse van een groot aantal boetebesluiten (en de daarover gevormde jurisprudentie) vereist zijn. Alleen in de boetebesluiten zelf is immers terug te vinden tot welke boetehoogte de toepassing van de boetebeleidsregels leidt. Een dergelijk onderzoek valt buiten de reikwijdte van de aan ons verleende opdracht.

Om inzicht te krijgen in het effect van de verhoging van de boetes voor herhaalde recidive op de boete-inkomsten zijn analyses uitgevoerd met drie scenario's:²³

1. Boeteverhoging voor recidive ongewijzigd (huidige situatie – verhoging van 100%)

²³ Zoals vermeld hebben de experts aangegeven dat ze in een beperkt aantal op de wettelijke boetemaxima stuiten in zaken waarin sprake is van recidive. Deze factor dempt de effecten van de maatregel tot boeteverhoging voor recidive op de boete-inkomsten. De omvang van deze demping is onzeker en schatten we in paragraaf 5.2.

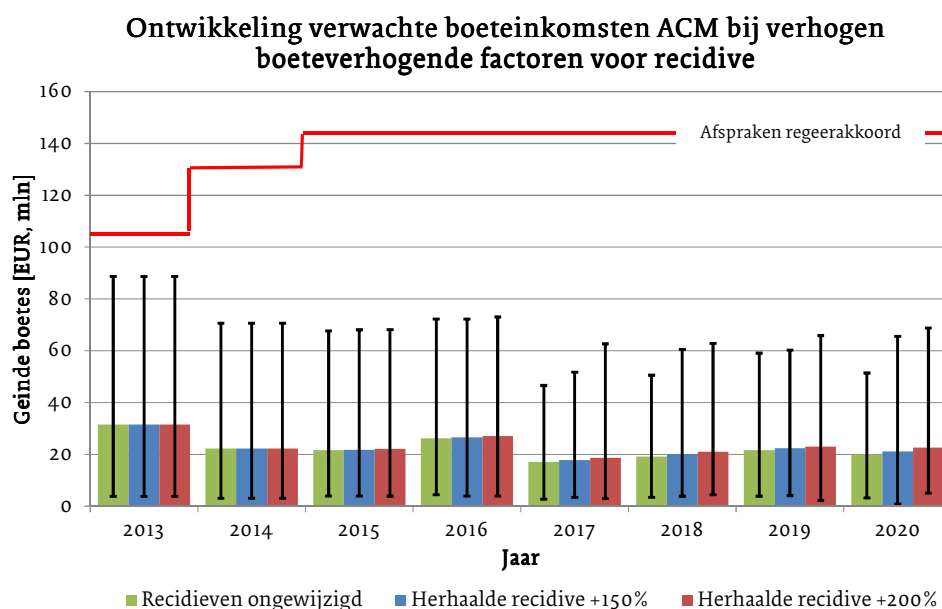
2. Boeteverhoging voor herhaalde recidive met 150%
3. Boeteverhoging voor herhaalde recidive met 200%

De overige factoren blijven in deze analyse constant. Deze analyse wordt uitgevoerd per onderdeel van de ACM. Het percentage herhaalde recidive verschilt volgens onze berekening namelijk sterk tussen Mw, Tw en Whc²⁴:

- Mw: 0%
- Tw: 28%
- Whc: 0%

Dit betekent dat het verhogen van de boetes ingeval van herhaalde recidive alleen effect heeft voor de sector telecommunicatie.

Figuur 8 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij verhogen boeteverhogende factoren voor recidive



De verwachting is dat door verhoging van de boetes voor recidive de verwachte boete-inkomsten licht stijgen. De stijging bedraagt € 0,2 tot € 2,5 miljoen per jaar. Dit effect is beperkt doordat bij een klein deel van de boetes sprake is van herhaalde recidive.

²⁴ Dit percentage is berekend door te turven hoe vaak een zelfde onderneming onder dezelfde wet is beboet. Deze berekening leidt mogelijk tot een overschatting van het werkelijke percentage recidive, omdat ervan kan worden uitgegaan dat niet alle door een onderneming begane overtredingen van de Tw als gelijksoortig zijn aan te merken.

Conclusie

Vanuit juridisch perspectief zijn aanpassingen in de boeteverhogende en boeteverlagende factoren in beginsel mogelijk. De aanpassingen mogen er echter niet toe leiden dat de opgelegde boetes in de regel de toets aan het evenredigheidsbeginsel niet kunnen doorstaan. Hoewel verhoging van de boete in de boetebeleidsregels met 200% ingeval herhaalde recidive verdedigbaar lijkt, is het onwaarschijnlijk dat een dergelijke verhoging in elk concreet geval de toets aan het evenredigheidsbeginsel zal kunnen doorstaan.

Op grond van bovenstaande overwegingen concluderen we dat er vanuit economisch perspectief aanwijzingen zijn dat er ruimte bestaat om hogere boetes op te leggen. Indien het hiervoor bedoelde nader economisch onderzoek dit bevestigt dan kan dit bijvoorbeeld worden gerealiseerd door veranderingen door te voeren in de boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden. We hebben alleen de effecten op de boete-inkomsten kunnen berekenen van een verhoging van de boetes voor herhaalde recidive. Die effecten zijn naar verwachting € 0,2 tot € 2,5 miljoen.

Op grond van dit onderzoek hebben we onvoldoende informatie over de mogelijkheid en de effecten van andere veranderingen in de boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none">• Afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland vaak onvoldoende• Aantal gevallen van recidive in het kader van Tw• De (aangepaste) boeteverhogende en -verlagende factoren worden als vertrekpunt gehanteerd bij het opleggen van de boete	<ul style="list-style-type: none">• Huidige boeteverhogende en -verlagende factoren lopen in de pas met AFM en DNB• Rechter kan de opgelegde boetes matigen• Aanpassing boeteverhogende en -verlagende factoren leidt op korte termijn niet tot hogere boete-inkomsten (overgangsrecht en tijd gemoeid met volledig toepassen aangepaste boetebeleidsregels)

4.4.3. Aanpassing boetevermindering bij clementieregeling

Ten tijde van het onderzoek geldt voor de ACM ten aanzien van kartelovertradingen de volgende clementieregeling: Het percentage boetevermindering voor een clementieverzoeker is afhankelijk van de additionele waarde van de informatie die de clementieverzoeker in het kader van zijn clementieverzoek aan de ACM heeft verstrekt.

Economische haalbaarheid

Vanuit economisch perspectief is het te overwegen dat de ACM meer zekerheid gaat bieden aan de klokkenluider en/of de boetereductie gaat vergroten. Het is te verwachten dat dit zal bijdragen aan een toename van het aantal meldingen, wat bijdraagt aan de pakkans van

een kartel. Ook leidt een toename van het aantal meldingen voor de regulator tot lagere kosten en een kortere duur van kartelonderzoek (Aubert, Rey & Kovacic, 2005; Motta & Polo, 2003).

- Het heeft naar verwachting een positief effect op het aantal clementieregelingen naarmate de ACM meer ex ante helderheid kan verschaffen over de behandeling waarop de klokkenluider kan rekenen. Voor een klokkenluider ontstaat namelijk op vele manieren een onzekere situatie wanneer hij of zij besluit om mee te werken met de ACM door bewijslast te verstrekken met betrekking tot een overtreding. De onzekerheid betreft zijn inkomsten uit loon (baanzekerheid) en sociale omgeving (voor zover die samenhangt met zijn werk). De boetereductie voor de klokkenluider wordt bij de ACM bepaald door de additionele waarde van de verstrekte informatie. De omvang van de boetereductie is derhalve onzeker.
- Mogelijk neemt de motivatie om een kartel aan te geven toe naarmate de boetereductie hoger is. De kracht van deze overweging is onzeker. Uit een empirisch onderzoek blijkt namelijk dat de clementieregeling van de EC niet van invloed is op het aantal klokkenluiders (Brenner, 2009). Uit een andere empirische onderzoeken blijkt die invloed er juist wel te zijn (Carree, Gunster & Schinkel, 2010; Veljanovski, 2010). Volgens Aubert, Rey & Kovacic (2005) dient de klokkenluider (indien deze ook karteldeelneemer is) zelfs een beloning te ontvangen. Spagnolo (2003) beargumenteert dat de hoogte van de beloning voor de deelnemende kartels de som van boetes van de overige deelnemers van het kartel moet bedragen (en een eventuele vermindering van de beloning met de kosten van het onderzoek en proces). Wel moeten we opmerken dat het toekennen van een hoge boetereductie een negatief effect heeft op de boete-inkomsten.

Juridische haalbaarheid

In algemene zin beschikt de Minister over een ruime beleidsvrijheid ter zake het vormgeven van de clementieregeling. Mits het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen zal een clementieregeling vanuit juridisch perspectief niet snel onaanvaardbaar zijn.

Het is verder verdedigbaar dat een wijziging van de clementieregeling direct kan worden toegepast, voor zover de melding van het kartel nog niet heeft plaatsgevonden.

Effect op boete-inkomsten

Op grond van de beschikbare data kunnen we geen inschatting maken wat de effecten van verandering van de clementieregeling op de boete-inkomsten zijn. Het is niet uitgesloten dat een andere clementieregeling naar verwachting bijdraagt aan het aantal boetes. Het mogelijke positieve effect hiervan op de boete-inkomsten zal worden gedempt naarmate

de boetereductie voor de klokkenluider toeneemt. Op grond van de beschikbare data kunnen we geen uitspraken doen over de omvang van deze tegengestelde effecten.

Conclusie

Op grond van dit onderzoek hebben we onvoldoende informatie om concrete suggesties te doen om veranderingen door te voeren in de clementieregeling en om een inschatting te maken van de effecten op de boete-inkomsten.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none">• Vergroten zekerheid voor klokkenluider draagt mogelijk bij aan het aantal meldingen• Stijging boetereductie resulteert mogelijk in stijging motivatie aangeven van kartel• Clementieregelingen kunnen direct toegepast worden• Mits het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen zal een clementieregeling juridisch niet snel onaanvaardbaar zijn	<ul style="list-style-type: none">• Geen

4.4.4. Conservatoir beslag

Conservatoir beslag is een maatregel tot bewaring van de rechten van de beslaglegger (de toezichthouder). Met het leggen van conservatoir beslag voorkomt de toezichthouder dat de overtreder zijn vermogensbestanddelen vervaemdt. Doel van het conservatoir beslag is dus om eventuele verhaalsmogelijkheden op voorhand veilig te stellen, zodat de opgelegde boete kan worden geïnd nadat die onherroepelijk is geworden. Een vrees voor vervaemding kan bijvoorbeeld bestaan indien de overtreder een onderneming betreft waarbij de verboden gedraging een substantieel deel van haar bedrijfsactiviteiten beslaat. Dit brengt het risico mee dat beëindiging van de verboden gedraging tot opheffing van de onderneming leidt. Indien tijdig conservatoir beslag wordt gelegd, kan de ACM de verhaalsmogelijkheden veilig stellen.

Economische haalbaarheid

Er is vanuit economisch perspectief geen op zichzelf staande aanleiding voor het leggen van conservatoir beslag.

Juridische haalbaarheid

Conservatoir beslag zal vaak mogelijk zijn op het moment dat het boetevoornemen aan de overtreder bekend wordt gemaakt en er een vrees voor vervaemding van vermogensbestanddelen bestaat. Het is verdedigbaar dat onder omstandigheden reeds in

een eerder stadium conservatoir beslag kan worden gelegd (zie de randnummers 2.3 tot en met 2.9 van bijlage 7.5).

Het leggen van conservatoir beslag brengt echter wel procesrisico's mee die het gevolg zijn van de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen die de overtreder tegen het boetebesluit kan aanwenden (bezwaar en beroep, voorlopige voorziening). Wanneer het boetebesluit in rechte geen stand houdt, zal de ACM de door betrokken als gevolg van het conservatoir beslag geleden schade moet vergoeden.

De ACM zal in het concrete geval de procesrisico's moet afwegen tegen het risico dat op een later moment geen verhaalsmogelijkheden meer aanwezig zijn. In deze doelmatigheidsoverwegingen zal de ACM ook moet betrekken dat het leggen van conservatoir beslag zelf en de eventuele daaruit voortvloeiende extra (bestuursrechtelijke) procedures de nodige kosten meebrengen.

Effect op boete-inkomsten

Uit de data blijkt dat 90 % van de onherroepelijk geworden boetes in de regel worden geïnd. Het effect van het leggen van conservatoir beslag op het verhogen van de boete-inkomsten moet daarom als beperkt worden ingeschat. In een concreet geval kan het leggen van conservatoir beslag aangewezen zijn, maar in algemene zin zal deze maatregel niet tot significant hogere boete-inkomsten leiden.

Conclusie

Op grond van bovenstaande overwegingen is de conclusie dat het leggen van conservatoir beslag in algemene zin geen maatregel betreft die leidt tot significant hogere boete-inkomsten.

Positief voor haalbaarheid	Negatief voor haalbaarheid
<ul style="list-style-type: none">• Maatregel conservatoir beslag kan direct worden uitgevoerd	<ul style="list-style-type: none">• Procesrisico's• Er is geen reden om in de regel conservatoir beslag op te leggen, omdat boetes in de regel worden geïnd

4.4.5. Conclusie aanpassing van de boetebeleidsregels

In paragraaf 4.4 is uiteengezet dat implementatie van de volgende maatregelen tot hogere boete-inkomsten zal leiden:

- Verhoging van de boetegrondslag naar bijvoorbeeld 15% van de betrokken omzet voor mededinging en telecommunicatie
- Verhoging van de boetecategorieën (en absolute boetemaxima) in de sector consumenten en telecommunicatie (overige overtredingen)

- Verdere verhoging van de boete ingeval van (herhaalde) recidive

Indien deze maatregelen tezamen worden geïmplementeerd, dan leidt dit naar verwachting tot een stijging van de boete-inkomsten. De totale extra boete-inkomsten per jaar als gevolg van deze maatregelen variëren tussen € 1 en € 9 miljoen. Deze raming bevat grote onzekerheidsmarges. Aanpassing van de boetegrondslag (Mw en Tw) in de boetebeleidsregels draagt bij aan 72 % van deze hogere boete-inkomsten. De bijdrage van aanpassing van de boetecategorieën (Tw en Whc) dragen bij aan 15 % van de boete-inkomsten en de boeteverhoging voor herhaalde recidive dragen ieder bij aan 13 % van deze hogere boete-inkomsten.

Bij deze inschatting gaan we er van uit dat de maatregelen per 1 januari 2015 in werking treden, maar dit is onzeker. We merken op dat we deze schattingen waarschijnlijk moeten corrigeren voor enkele onzekere factoren die ook van invloed zijn op de boetehoogte, namelijk de financiële draagkracht van ondernemingen. De effecten van deze correcties op de totale boete-inkomsten berekenen we daarom met aparte scenario's door in hoofdstuk 5.

4.5. CONCLUSIE

Vanuit juridisch perspectief zijn de beschreven aanpassingen van de boetebeleidsregels haalbaar indien daarvoor gerechtvaardigde argumenten bestaan. In dat verband is een belangrijk aandachtspunt dat de vergelijking met de EU-toezichthouders laat zien dat Nederland door een verhoging uit de pas zou gaan lopen in Europa. Hierbij is van belang dat het boetemaximum op grond van de Whc recentelijk is verhoogd. Bij het voorgaande kan nog worden opgemerkt dat naarmate een boete hoger is de rechter indringender zal toetsen of de boete in het concrete geval evenredig is. Onderdeel van die toetsing zal zijn of de algemene argumenten die aan de maatregelen ten grondslag liggen ook in het concrete geval een hoge(re) boete kunnen rechtvaardigen. Ook in de huidige boetesystematiek worden opgelegde boetes in bezwaar en beroep veelvuldig gematigd (zie paragraaf 5.4).

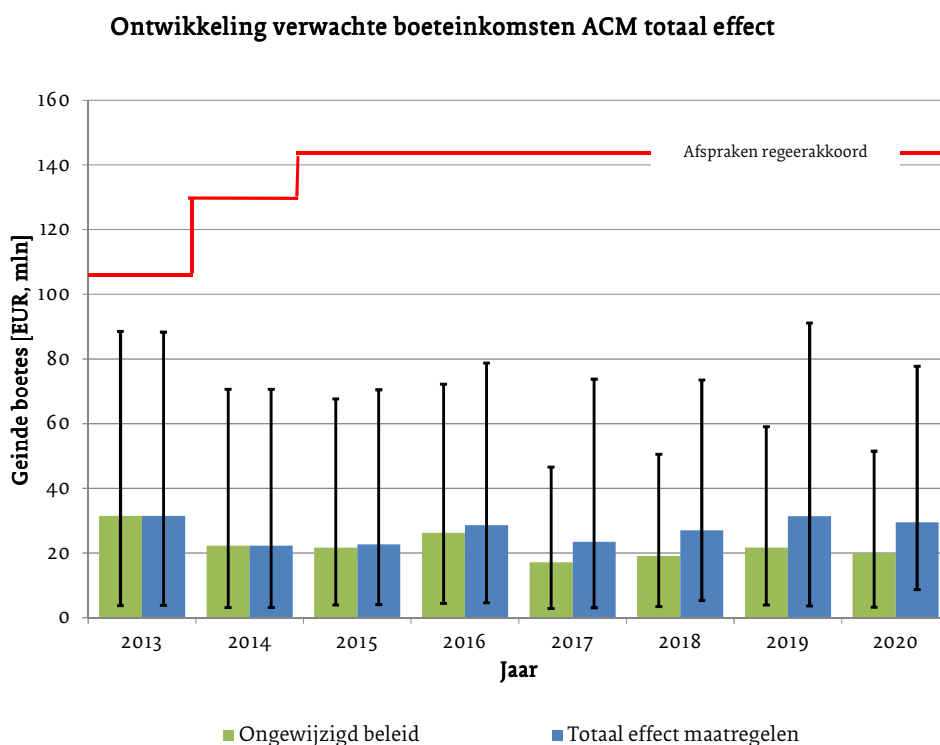
Nader onderzoek is aangewezen om te bepalen of er vanuit economisch perspectief ruimte is voor hogere boetes. Empirisch onderzoek wijst uit dat de afschrikwekkende werking van boetes voor mededinging in sommige landen buiten Nederland onvoldoende is, maar we hebben hierover geen informatie voor de boetes die de ACM oplegt.

Indien empirisch economisch onderzoek uitwijst dat er ruimte is voor hogere boetes, dan komen de volgende aanpassingen in aanmerking, die desgewenst tezamen kunnen worden geïmplementeerd:

- Verhoging van de boetegrondslag naar bijvoorbeeld 15% van de betrokken omzet voor de sectoren mededinging en telecommunicatie, voor zover het gaat om overtredingen waarvoor mede een wettelijk relatief boetemaximum geldt van 10% van de omzet.
- Verhoging van de boetecategorieën met bijvoorbeeld een factor 0,5 (en absolute boetemaxima) voor de sector consumentenbescherming en overige overtredingen voor de sector telecommunicatie.
- Aanpassing van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden, voor zover dat leidt tot hogere boetes. Bijvoorbeeld verhoging van de basis in het geval van herhaalde recidive.

De boete-inkomsten als gevolg van deze maatregelen stijgen naar verwachting (en met grote onzekerheidsmarges) met € 1 miljoen in 2015, oplopend tot € 10 miljoen in 2020. De totale boete-inkomsten worden daarmee naar verwachting tussen € 23 en € 32 miljoen per jaar. Dit is ruimschoots minder dan de in het regeerakkoord afgesproken stijging van de boete-inkomsten die varieert tussen € 75 en € 125 miljoen (Figuur 9).

Figuur 9 Ontwikkeling totaal effect maatregelen verwachte boete-inkomsten ACM



5. ENKELE ANDERE FACTOREN DIE BOETE-INKOMSTEN BEPALEN

In dit hoofdstuk schetsen we enkele andere factoren die effect hebben op de boete-inkomsten, naast verandering van de boetebeleidsregels en boetemaxima. Daarbij gaat het om het aantal boetes, de financiële draagkracht van de beboete ondernemingen, de tijd die nodig is om boeteregels te veranderen en schorsende werking. Deze factoren zijn naar voren gekomen tijdens onderhavig onderzoek en beogen geen volledige opsomming te zijn.²⁵

We hebben de effecten van deze factoren niet meteen meegewogen in hoofdstuk 4 omdat de omvang van deze factoren onzeker is. In dit hoofdstuk rekenen we daarom van elke factor meerdere scenario's door.

5.1. INVLOED AANTAL BOETES OP BOETE-INKOMSTEN

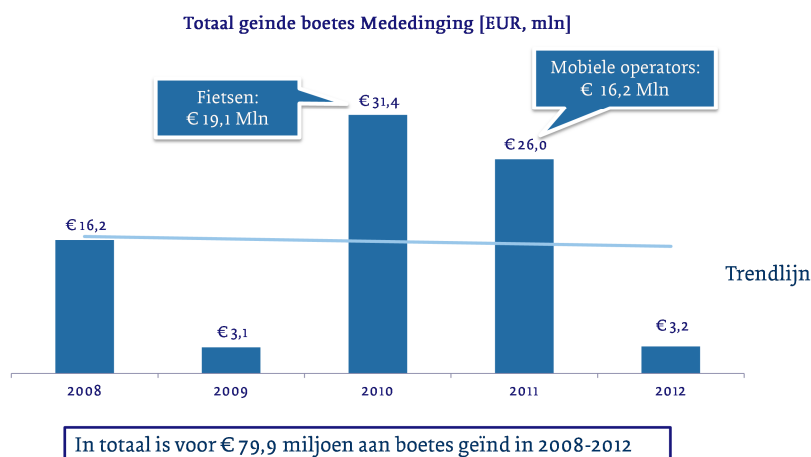
De boete-inkomsten van de ACM zijn het resultaat van het aantal boetes maal de gemiddeld geïnde boetehoogte. Vanuit dat perspectief is ook het aantal boetes relevant, naast de in hoofdstuk 4 geanalyseerde maatregelen om de boetes te verhogen.

Uit de analyse van de in 2008 t/m 2012 geïnde boetes blijkt dat de totaalomvang van de geïnde boetes in een jaar sterk afhankelijk is van individuele zaken. Niet alleen de omvang van de boete per zaak (waar dit onderzoek zich op richt), maar ook het aantal boetes bepaalt de totale hoogte van de boete-inkomsten in een jaar. Mede hierdoor verschilt de omvang van de geïnde boetes sterk van jaar op jaar. Zie Figuur 10 over de sector mededinging.

²⁵ Uit de expertmeeting is naar voren gekomen dat in consumentenzaken de problematiek rondom het innen van boetes van niet in Nederland gevestigde ondernemers eveneens van invloed is op de boete-inkomsten. Vanwege het beperkte effect op de totale boete-inkomsten is deze factor verder buiten beschouwing gelaten. Afgelopen jaren heeft de CA in totaal € 250.000 aan boetes niet kunnen innen; het is voor de onderzoekers niet bekend welk deel hiervan niet in Nederland gevestigde ondernemers betreft.

Figuur 10 Totaal geïnde boetes Mededinging 2008-2012, in miljoenen

DE HOOGTE VAN DE GEÏNDE BOETES IS STERK AFHANKELIJK VAN INDIVIDUELE ZAKEN



Bron: Data NMa (2008-2012)

Daarnaast kwam in paragraaf 4.4.1 naar voren dat het niet is uitgesloten dat het aantal overtredingen (en daarmee het aantal boetes) afneemt bij stijging van de boetehoogte. We hebben geen literatuur gevonden over de omvang van dit effect. Ter illustratie berekenen we de effecten wanneer het aantal boetes 10% of 20% zou dalen.²⁶

Gevolg is dat de raming van de boete-inkomsten gepaard gaat met grote onzekerheden. Daarom hanteren we een grote onzekerheidsmarge bij de berekening van de te verwachten effecten van de diverse maatregelen.

Om nader inzicht te krijgen in het effect van het verhogen van het aantal boetes op de boete inkomsten zijn de volgende analyses uitgevoerd, uitgaande van het totaal effect van de maatregelen hoofdstuk 4:

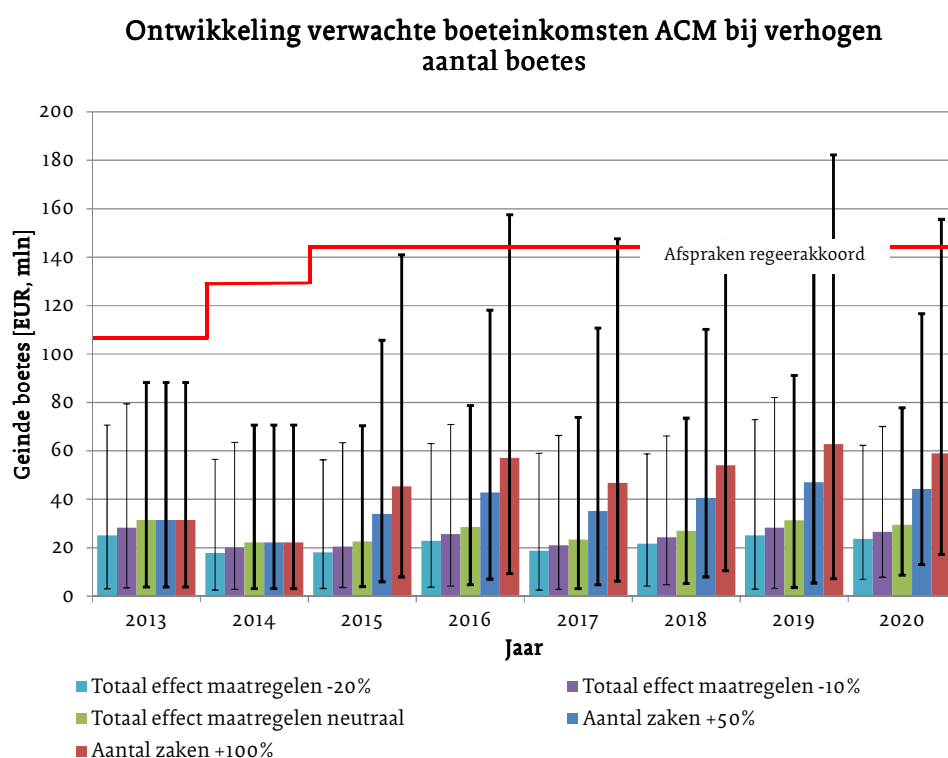
1. Verlaging aantal boetes met 20%
2. Verlaging aantal boetes met 10%
3. Gelijk blijvend aantal boetes (totaal effect maatregelen hoofdstuk 4)
4. Verhoging aantal boetes met 50%

²⁶ Op basis van logica verwachten we dat de minst winstgevendste kartels zullen komen te vervallen indien de boetehoogte stijgt, in geval de huidige boetes al afschrikwekkend zijn. Smuda (2012) toont op basis van empirische gegevens aan dat kartels die in de Europese Unie zijn opgespoord sterk variëren in de omvang van de kartelwinst. Bij 33% van de opgespoorde kartels was de kartelwinst lager dan de boete. Onze grove inschatting is dat bij verhoging van de boete een deel van deze kartels komt te vervallen, doordat de kosten-batenanalyse ongunstig wordt.

5. Verhoging aantal boetes met 100%

Verhoging van het aantal boetes wordt gesimuleerd door de kansverdeling voor het aantal zaken per jaar te verhogen met het percentage in het scenario. De overige factoren blijven in deze analyse constant.

Figuur 11 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij verhogen aantal boetes



De verwachting is dat door het verhogen van het aantal boetes de totale boete-inkomsten per jaar stijgen van gemiddeld ongeveer € 27 miljoen naar € 37 miljoen (verhoging aantal boetes +50%) en € 47 miljoen (verhoging aantal boetes +100%). Daarentegen zal door verlaging van het aantal boetes de totale boete-inkomsten per jaar dalen naar gemiddeld ongeveer € 22 miljoen (verlaging aantal boetes -20%) en € 24 miljoen (verlaging aantal boetes -10%). Zie Figuur 11.

De effecten van het aantal boetes komen in dit onderzoek alleen tot uiting in de onzekerheidsmarges bij de ramingen en niet als maatregel om de boete-inkomsten te verhogen.

5.2. INVLOED FINANCIËLE DRAAGKRACHT VAN ONDERNEMINGEN OP BOETE-INKOMSTEN

In hoofdstuk 4 hebben we bij de inschatting van de financiële effecten van de maatregelen verondersteld dat, hoewel de boetehoogte omhoog gaat, de financiële draagkracht van de beboete ondernemingen zodanig kan zijn dat deze verhoging geen invloed heeft op de boetematiging als gevolg van de draagkracht van de overtreder. Dit is mogelijk geen realistische veronderstelling. De maatregelen (verhoging van de boetegrondslagen/of de boeteopslag bij recidive) zullen leiden tot hogere boetes waardoor de ACM naar verwachting vaker boetes zal moeten matigen vanwege de financiële draagkracht van de overtreder (hardheid).²⁷

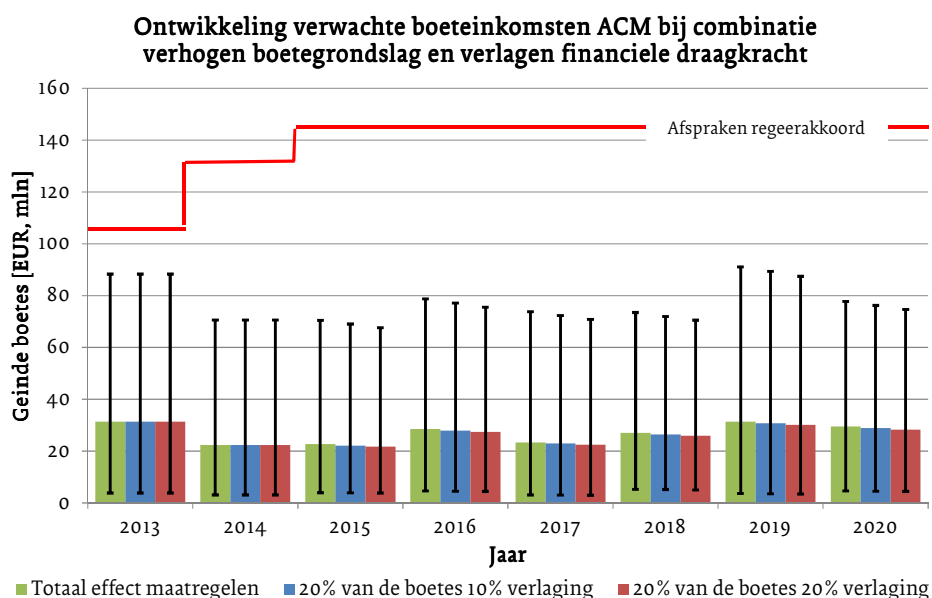
Om deze redenen hebben we geanalyseerd wat de gevolgen zijn indien de ACM de boetehoogte na aanpassing van de boetebeleidsregels vaker neerwaarts moet aanpassen met het oog op financiële draagkracht van de onderneming. Voor de analyse werken we met de volgende scenario's:

1. Totaal effect maatregelen hoofdstuk 4 (geen verlaging financiële draagkracht)
2. 20% van de boetes krijgt 10% verlaging
3. 20% van de boetes krijgt 20% verlaging

De overige factoren blijven in deze analyse constant.

²⁷ De aanpassing in deze paragraaf heeft betrekking op de uiteindelijk geïnde boetes – bij de berekening van de boete-inkomsten is het niet relevant of de aanpassing met het oog op financiële draagkracht door de ACM of door de rechter wordt gedaan.

Figuur 12 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM bij combinatie verhogen boetegrondslag en verlagen financiële draagkracht



Door inclusie van de financiële draagkracht liggen de verwachte boete inkomsten lager dan in een scenario van enkel uitbreiding van de boetegrondslag. De boetes liggen gemiddeld een € 0,5 tot € 1,4 miljoen lager per jaar (Figuur 12).

5.3. INVLOED BENODIGDE TIJD VERANDERING BOETEREGELS OP BOETE-INKOMSTEN

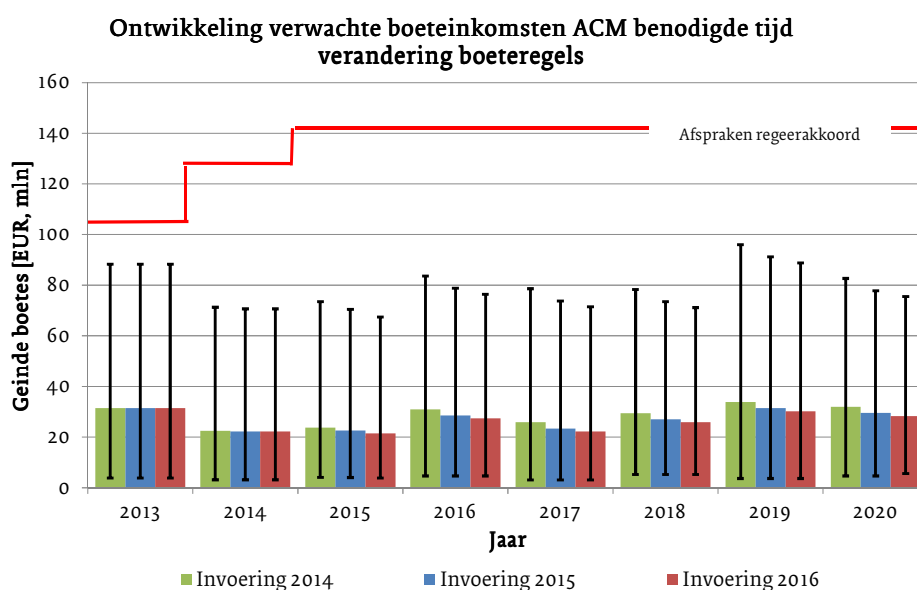
In hoofdstuk 4 hebben we bij de inschatting van de financiële effecten van de maatregelen verondersteld dat de maatregelen per 1 januari 2014 worden ingevoerd. Dit is mogelijk een haalbare termijn voor implementatie van marginale veranderingen in de boetebeleidsregels.

Een langere termijn voor verandering van de boeteregels is nodig wanneer de veranderingen van de boetebeleidsregels niet worden gezien als marginaal. Verandering van formele wetgeving voor aanpassing van de absolute boetemaxima duurt bovendien naar verwachting ongeveer 1,5 á 2 jaar. Tijdswinst is mogelijk indien kan worden aangehaakt bij een lopend wetgevingstraject. Ook dan is het echter nog nodig om de wetwijziging langs de Raad van State te laten gaan, gelet op de impact van aanpassing van de boeteregels.

Om nader inzicht te krijgen in het effect van de tijd die nodig is om de boeteregels te veranderen zijn de volgende analyses uitgevoerd:²⁸

1. Invoering van de in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen per 1 januari 2014
2. Invoering van de in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen per 1 januari 2015 (veronderstelling die ook gebruikt is in hoofdstuk 4)
3. Invoering van de in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen per 1 januari 2016

Figuur 13 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM benodigde tijd verandering boeteregels



Het gevolg van deze vertraging is dat de toename van de boete-inkomsten evenredig later optreedt. Daarnaast is er ook een na-ijlend effect doordat een maatregel alleen effect heeft op overtredingen die zijn begaan na invoering van een maatregel. Later invoeren van de genoemde maatregelen zorgt er daardoor voor dat de boete-inkomsten ook in de jaren daarna lager zijn.

5.4. INVLOED BEPERKING SCHORSENDE WERKING OP BOETE-INKOMSTEN

Er is een gemiddelde tijds kloof van bijna 4 jaar tussen het opleggen en het innen van een boete. De meeste beboete ondernemingen gaan namelijk in bezwaar en beroep tegen de

²⁸ Omdat het databestand alleen gegevens over hele jaren bevat kunnen we alleen de effecten berekenen van invoering van maatregelen per 1 januari van een bepaald jaar, niet van invoering van maatregelen in de loop van een bepaald jaar.

boete. Gedurende die procedure wordt de betalingsverplichting opgeschort, althans zal niet tot betaling van de boete worden overgegaan.

In deze paragraaf worden de effecten geanalyseerd wanneer de schorsende werking van de ACM-boetes in de sectoren mededinging en telecommunicatie wordt beperkt.²⁹ Veronderstelling is dat de schorsingstermijn gefixeerd wordt op 24 weken te rekenen met ingang van de dag na bekendmaking van het primaire boetebesluit. De termijn van 24 weken geldt in alle gevallen, dus ongeacht of daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van een bezwaaradviescommissie of daadwerkelijk verdaagd wordt. De schorsingstermijn eindigt eerder dan na 24 weken indien geen bezwaar wordt gemaakt (dan eindigt de schorsing op het moment dat de bezwaartermijn eindigt) of indien wel bezwaar wordt gemaakt en de beslissing op bezwaar voor het einde van de genoemde 24 weken termijn wordt genomen (dan eindigt de schorsing als op bezwaar is beslist).

Naar verwachting zal een deel van de beboete ondernemingen een voorlopige voorziening aanvragen en op die manier trachten de betalingsverplichting alsnog te schorsen. Het is moeilijk in te schatten welk deel van de ondernemingen deze aanvraag zal doen en welk deel van die verzoeken zal worden toegewezen. Een en ander zal met name afhangen van de kwaliteit en complexiteit van de boetebesluiten in combinatie met de boetehoogte.

Door beperking van de schorsende werking kunnen boetes eerder worden geïnd. Om inzicht te krijgen in het effect van het beperkingen van de schorsende werking op de boete inkomsten zijn analyses uitgevoerd met drie scenario's:

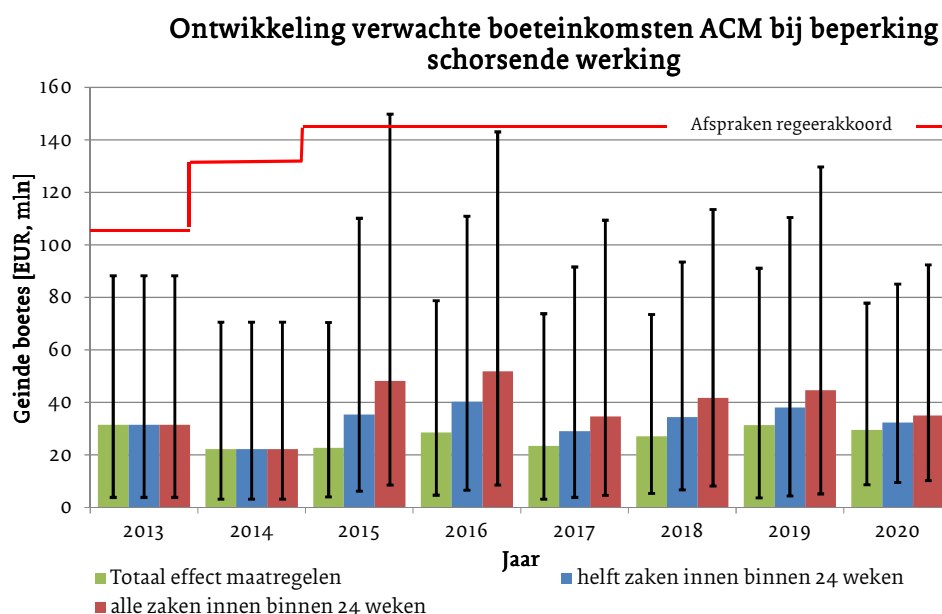
1. Totaal effect maatregelen hoofdstuk 4 (geen verandering tijdsduur innen)
2. Alle zaken innen binnen of direct na afloop van de 24 weken termijn
3. De helft van de zaken innen binnen of direct na afloop van de 24 weken termijn

Dit betekent dat na vaststelling van het boetebesluit bij alle of de helft van de nieuwe zaken het boetebedrag binnen of direct na afloop van de 24 weken termijn wordt geïnd.³⁰ De overige factoren blijven in deze analyse constant.

²⁹ In het geval van boetes op grond van de Whc is geen sprake van schorsende werking bij bezwaar en beroep tegen het boetebesluit.

³⁰ Hierbij is er vanuit gegaan dat na afloop van de termijn van 24 weken de schuldenaar in verzuim is en invorderingsmaatregelen kunnen worden genomen.

Figuur 14 Ontwikkeling verwachte boete=inkomsten ACM bij beperking schorsende werking



Door beperking van de schorsende werking stijgen op korte termijn de verwachte boete=inkomsten. Dit effect wordt kleiner naarmate men langer vooruit kijkt en tendeert uiteindelijk naar nul. De oorzaak hiervan is dat de schorsende werking alleen voor nieuwe zaken van toepassing is, hierdoor worden in de eerste jaren zowel de boetes van de nieuwe zaken als de bestaande geïnd. Naarmate men langer vooruit kijkt, wordt het aantal bestaande zaken kleiner (Figuur 14).

De consequentie van beperking van de schorsende werking is wel dat bij het verlagen van de boete bij beroep en bezwaar betaalde bedragen zullen moeten worden teruggestort.³¹ Gemiddeld worden jaarlijks 41 boetes opgelegd met een gemiddelde boetehoogte van € 1,3 miljoen, waarvan gemiddeld € 690 duizend resteert na bezwaar en beroep. Indien bijvoorbeeld de helft van de zaken binnen 24 weken wordt betaald, dient naar verwachting jaarlijks gemiddeld ongeveer € 12,5 miljoen terugbetaald te worden. Indien bij alle zaken binnen 24 weken wordt betaald, verdubbelt dit bedrag.³²

Het beperken van de schorsende werking zorgt voor een stijging van de verwachte boete=inkomsten die afhankelijk van het gekozen scenario varieert tussen de € 2,8 en € 26 miljoen per jaar, maar tendeert op de lange termijn naar nul.

³¹ De experts merken op dat dit risico's kan geven voor de bedrijfsvoering van een onderneming. Daarnaast moet volgens de experts rekening worden gehouden met mogelijke schadeclaims als boetebesluiten van de ACM geheel worden vernietigd. In financiële wetgeving is beperking van aansprakelijkheid AFM en DNB opgenomen. Voor de ACM geldt een dergelijke beperking niet.

³² De weergegeven inkomsten in de grafiek zijn al gesaldeerd met de terugbetalingen aan boetes.

5.5. TOTAAL EFFECT BOETE-INKOMSTEN

In deze paragraaf berekenen we de kwantitatieve effecten van de in hoofdstuk 4 voorgestelde maatregelen om de boetebeleidsregels aan te passen, in combinatie met andere factoren die effect hebben op de boete-inkomsten: beperking van de schorsende werking en correcties omtrent financiële draagkracht en tijd nodig voor verandering van boeteregels.

Omdat de omvang van de andere factoren onzeker is, werken we met een neutraal, pessimistisch en optimistisch scenario (zie Figuur 15).

In het neutrale scenario veronderstellen we:

- De in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen worden per 1 januari 2015 ingevoerd
- De huidige schorsende werking blijft gehandhaafd
- De ACM moet de boetes voor 20% van de zaken met 10% extra matigen vanwege financiële draagkracht

In het pessimistische scenario veronderstellen we:

- De in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen worden per 1 januari 2016 ingevoerd
- De huidige schorsende werking blijft gehandhaafd
- De ACM moet de boetes voor 20% van de zaken met 20% extra matigen vanwege financiële draagkracht

In het optimistische scenario veronderstellen we:

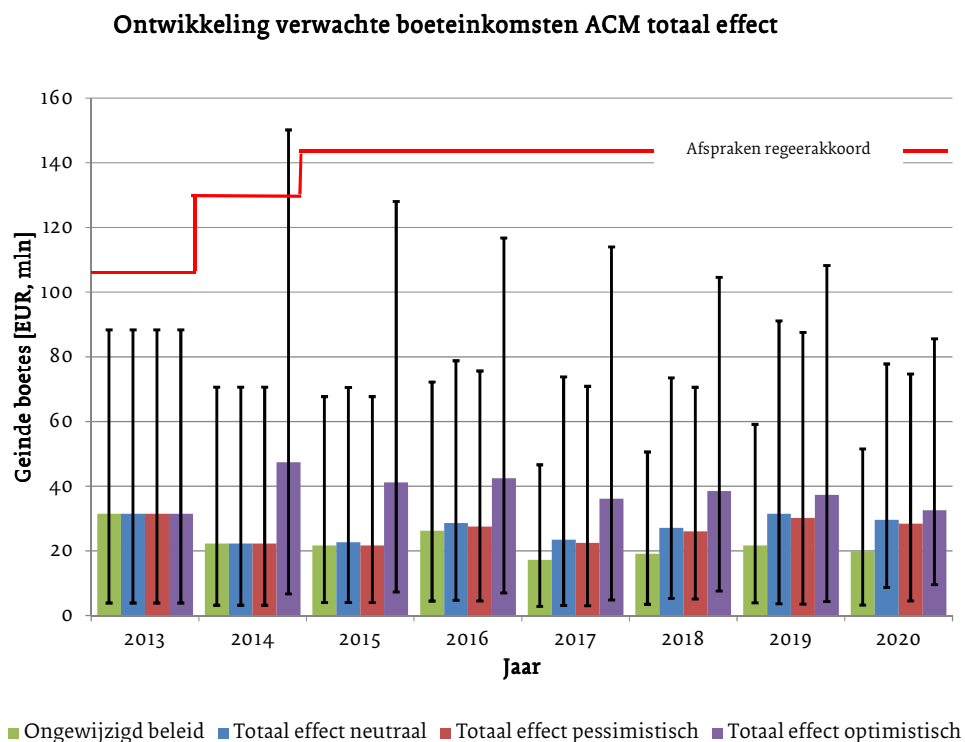
- De in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen worden per 1 januari 2014 ingevoerd
- Door beperking van de schorsende werking kan de ACM alle boetes binnen 24 weken innen
- De ACM hoeft boetes niet extra te matigen vanwege financiële draagkracht

Uit de berekening blijkt dat de boete-inkomsten van de in hoofdstuk 4 voorgestelde maatregelen veranderen wanneer we rekening houden met andere factoren die invloed hebben op de boete-inkomsten. In het neutrale scenario stijgen de boete-inkomsten ten opzichte van ongewijzigd beleid naar verwachting met € 1 miljoen in 2015, oplopend tot € 10 miljoen in 2020. De totale boete-inkomsten komen daarmee tussen € 23 en 32 per jaar. In het pessimistische scenario variëren de verwachte totale inkomsten tussen € 22 en 32 miljoen per jaar. In het optimistische scenario variëren de verwachte totale inkomsten tussen € 31 en 47 miljoen per jaar.

Voor alle scenario's gelden grote onzekerheidsmarges, omdat het aantal boetes en de omvang van de overtreding sterk wisselt van jaar op jaar en moeilijk is te voorspellen. Ondanks dat de boete-inkomsten na doorvoering van alle maatregelen hoger zijn dan de

huidige boete-inkomsten is het hoogst onwaarschijnlijk dat de in het regeerakkoord afgesproken boete-inkomsten worden gehaald.

Figuur 15 Ontwikkeling verwachte boete-inkomsten ACM totaal effect



6 LITERATUURVERWIJZINGEN

- Allain, M.L. Boyer, M Kotchoni, R Ponsard P.J. (2011) The Determination of Optimal Fines in Cartel Cases – The Myth of Underdeterrence, Cirano Working Paper.
- Aubert, C Kovacic, W Rey, P (2006) The impact of Leniency and Whistle blowing Programs on Cartels, *International Journal of Industrial Organisation*, Vol. 24, Number 6, pp 1241-1266
- Brenner, S (2009) An empirical study of the European corporate leniency program, *International Journal of Industrial Organisation*, 27, pp 639 - 645
- Broek, S van de, Kemp, R, Verschoor W en Vries A-C de (2012) reputational penalties to firms in antitrust investigations, *Journal of Competition Law & Economics*, 8(2), 231-258
- Bröring, H.E., *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005
- Bröring, H.E. e.a., *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen – Faculteit Rechtsgeleerdheid – vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012 (in opdracht van het WODC)
- Carree, M., Günster, A., & Schinkel, M. P. (2010). European antitrust policy 1957-2004: an analysis of commission decisions. *Rev. Ind organ.*, 36, 97-131.
- Connor, J. M., & Bolotova, Y. (2005). Cartel overcharges: survey and meta-analysis. information for presentation ENCORE network University of Amsterdam.
- Combe, E., Monnier, C. & Legal, R. (2008). Cartels: the probability of getting caught in the European Union, *Burges European Economic Research papers* 12
- Combe, J Monnier, C (2011) Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement, *Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, Summer
- Ginsburg, D Wright, J (2010) Antitrust Sanctions, *CPI International*, Vol. 6, Number 2, Autumn
- Harding, C., & Joshua, J. (2010). *Regulating cartels in europe*. (2 ed.). New York: Oxford University press Inc.
- Harrington, J. E. J. (2006). *Foundation and trends in microeconomics: How do cartels operate*. (1 ed., Vol. 2, pp. 1-105). Hanover USA: Now publishers.

- Hinloopen, J (2006) International cartel stability with time-dependent detection probability, *International Journal of Industrial Organisation*, 24, pp 1213-1229
- Hinloopen, J en Onderstal S (2013), Going Once, Going Twice, Reported! Cartel Activity and the Effectiveness of Antitrust Policies in Experimental Auctions
- Janssen, M (2013), Financiële taakstelling voor ACM, *Markt & Mededinging* juni 2013, nr. 3, pag. 88-89
- Motta, M., Polo, M (2003) Leniency programs and cartel prosecution, *International Journal of Industrial Organisation*, 21, pp 347-379
- SEO (2011) Noll, R., Baarsma, B., Rosenboom, N., & Weda, J. Anticipatie op kartel- en concentratietoezicht. Seo economisch onderzoek.
- Smuda, F. (2012), Cartel overcharges and the deterrent effect of EU Competition Law, discussion paper no. 12-050 Centre for European Economic Research (ZEW).
- Spangolo, G. (2003). Divide et impera: Optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime. University of Mannheim C.E.P.R.
- Veljanovski, C. (2007). The economics of cartel. Case associates: competition and regulatory economics
- Veljanovski, C (2010), European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2006 – An updated statistical analysis of fines under the 1998 Penalty Guidelines, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1016014>
- Veljanovski, C (2011), Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines, *Journal of Competition Law and Economics*, Nov. 2011. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1758639>

7 BIJLAGEN

7.1. ALGEMEEN JURIDISCH KADER

1. INLEIDING

1.1 In deze bijlage komt het juridische kader aan de orde aan de hand waarvan wij zullen beoordelen of de voorgestelde maatregelen om de boete-inkomsten te verhogen juridisch haalbaar zijn.

1.2 De vraag naar de haalbaarheid van de voorgestelde maatregelen ziet op de volgende aspecten:

de aanvaardbaarheid van de voorgestelde maatregelen; wanneer is er nog sprake van een juridisch aanvaardbare hoogte van het (wettelijke) boetemaximum en inrichting van de boetebeleidsregels? Bij de beantwoording van deze vraag staat bij zowel de wettelijke boetemaxima als de boetebeleidsregels het evenredigheidsbeginsel centraal. Voor de boetebeleidsregels geldt daarbij dat de beleidsruimte van de Minister wordt beperkt door wettelijke boetemaxima.

het effect in de tijd van de voorgestelde maatregelen; binnen welk tijdsbestek kunnen de voorgestelde maatregelen een effect hebben op de hoogte van de boete-inkomsten? Hierbij spelen voornamelijk overgangsrechtelijke vraagstukken (die samenhangen met het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel).

1.3 In het navolgende zal eerst worden beschreven op welke wijze het evenredigheidsbeginsel een rol speelt bij de vraag naar de aanvaardbaarheid van de hoogte van de (wettelijke) boetemaxima en de inrichting van de boetebeleidsregels (onderdeel 2). Daarbij bespreken wij ook andere (niet-) juridische gezichtspunten die daarbij van belang (kunnen) zijn (onderdeel 3). Daarna zullen wij ingaan op het effect in de tijd en de juridische vraagstukken die daarbij van belang zijn (onderdeel 4).

Opmerking vooraf

1.4 De in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen voor het verhogen van de boete-inkomsten, betreffen onder meer een aanpassing van de wettelijke boetemaxima en de basisbedragen in de boetebeleidsregels. Het onderhavige juridische kader is dan ook hierop toegesneden. Een en ander laat onverlet dat een boete in het concrete geval onevenredig zal kunnen zijn.

2. AANVAARDBARE WETTELIJKE BOETEMAXIMA EN BOETEBELEIDSREGELS: EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

2.1 INLEIDING: ARTIKEL 5:46 VAN DE AWB

2.1.1 Bij het opleggen van bestuurlijke boetes speelt het evenredigheidsbeginsel een centrale rol. Met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is de toepasselijkheid van dit beginsel bij het opleggen van boetes expliciet in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb gecodificeerd.

“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

2.1.2 Uit deze bepaling volgt dat een bestuursorgaan bij het opleggen van een bestuurlijke boete rekening moet houden met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en zo nodig met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. De bepaling van artikel 5:46, tweede lid, van de Awb is in het bijzonder gericht op de in een concreet geval op te leggen boete. Dit komt tot uitdrukking in de indringende wijze waarop de bestuursrechter een door een bestuursorgaan in het concrete geval opgelegde boete toets aan het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb.

2.1.3 Dit betekent echter niet dat artikel 5:46, tweede lid, van de Awb zonder betekenis is bij de vormgeving van wettelijke voorschriften en boetebeleidsregels die tezamen het boetestelsel vormen. De rechterlijke toetsing vormt immers het sluitstuk van de oplegging van een boete. Een boetestelsel dat zodanig is vormgegeven dat het in de regel leidt tot onevenredig hoge boetes zal bij de rechterlijke toetsing steeds op bezwaren stuiten en daarmee niet leiden tot verwezenlijking van het met de voorgestelde maatregelen beoogde doel (verhoging van de boete-inkomsten).

In theorie is voorts denkbaar, dat de rechter tot het oordeel moet komen dat de door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel zo onevenredig is, dat de wet wegens strijd met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) of het communautaire evenredigheidsbeginsel buiten toepassing moet worden gelaten.

Vgl:

- *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142:

- EHRM 23 september 1998, NJCM-bull. 2000, blz. 873 e.v. (Malige v. Frankrijk).

2.1.4 Vanwege de relatie tussen het door de wetgever vastgestelde boetebeleid en de toetsing door de rechter van een opgelegde boete, zal eerst nader uiteen worden gezet op welke wijze de bijzondere wetgeving en daarop gebaseerde beleidsregels van invloed zijn op de rechterlijke toetsing van de boetehoogte aan het evenredigheidsbeginsel. Daarna wordt aangegeven wat dit betekent voor de (nadere uitwerking van) de in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen.

2.2 RECHTERLIJKE TOETSING: INVLOED VAN WETTELIJKE BOETEMAXIMA EN BOETEBELEIDSREGELS

2.2.1 In de rechtspraak en ook in de literatuur is onomstreden dat de bestuursrechter, vanwege het punitieve karakter, de hoogte van een boete vol moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel (zie de rechtspraak waar in het vervolg naar wordt verwezen).

2.2.2 Dit neemt niet weg dat de wettelijke boetemaxima en de inrichting van de boetebeleidsregels van invloed zijn op de wijze waarop de rechter de hoogte van een bestuurlijke boete toetst. Dit laat zich toelichten aan de hand van het (theoretisch) onderscheid tussen (i) een stelsel enerzijds waarin de wet voorziet in een boetemaximum waarbij het bestuursorgaan binnen dit boetemaximum tot een afstemming van de boete in het concrete geval dient te komen en (ii) een stelsel anderzijds waarin de wetgever heeft voorzien in een vast boetetarief voor een bepaalde overtreding (wettelijk gefixeerde boetebedragen).

2.2.3 In het stelsel van wettelijk gefixeerde boetebedragen heeft de wetgever zelf reeds de afweging gemaakt welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. In de regel is de rechter daaraan gebonden, waarbij in bijzondere gevallen toepassing kan worden gegeven aan de hardheidsclausule van artikel 5:46, derde lid, van de Awb. De omstandigheden die een reden kunnen vormen om met toepassing van de hardheidsclausule van het wettelijk voorgeschreven boetetarief af te wijken, zijn de omstandigheden waarmee de wetgever niet reeds bij de vaststelling van het boetebedrag rekening heeft gehouden. Dit betekent dat een door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel wel evenredig is, maar dat niet kan worden uitgesloten dat deze sanctie in een concreet geval onevenredig uitwerkt.

Zie:

- *Kamerstukken II* 29 702, nr. 3, p. 142-143.

En:

- CBB 15 december 2006, LJN: AZ5869

- CBB 1 september 2011, LJN: BS7874

- CBB 15 juni 2012, LJN: BW9248

In de onderzoeksopdracht zijn minimum boetebedragen en derhalve wettelijk gefixeerde boetes niet als te onderzoeken maatregelen genoemd. Gelet op de aard van de overtredingen die de ACM beboet, is een dergelijk systeem ook minder goed werkbaar.

- 2.2.4 In het kader van dit onderzoek is van belang op te merken dat niet alleen de wettelijk gefixeerde boetebedragen, maar ook de door de wetgever vastgestelde wettelijke boetemaxima moeten worden beschouwd als een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel. Immers, er moet vanuit worden gegaan dat de wetgever bij het vaststellen van de wettelijke boetemaxima een afweging heeft gemaakt tussen de hoogte van de boete en de boetewaardigheid van een onrechtmatige gedraging. Gelet op de verhouding tussen de wetgever en de rechter zal de rechter deze afweging van de wetgever moeten betrekken bij de beoordeling in hoeverre een opgelegde boete in verhouding staat tot de overtreding.

Vgl:

- H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 198

- 2.2.5 Hoewel in de parlementaire geschiedenis van de Vierde Tranche van de Awb door de wetgever als uitgangspunt is geformuleerd dat de rechter niet is gebonden aan eventuele boetebeleidsregels, lijkt de rechter in de praktijk ook de boetebeleidsregels en de daarin opgenomen basisbedragen als vertrekpunt te nemen bij de beoordeling van de boetehoogte in concreto, mits de boetebeleidsregels in algemene zin de toets aan het evenredigheidsbeginsel kunnen doorstaan.
- 2.2.6 Bij de toetsing of de opgelegde boete evenredig is, gaat de rechter in de regel eerst na of de vastgestelde boetebeleidsregels (i) redelijk zijn en (ii) door het bestuursorgaan juist zijn toegepast. Vervolgens wordt (uitvoeringgevend aan de volle toetsing) nog wel bezien of er (iii) bijzondere omstandigheden zijn die noodzaken tot matigen van de boete en derhalve van de boetebeleidsregels moet worden afgeweken (al dan niet met toepassing van artikel 5:46, tweede lid, van de Awb).

Twee recente uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 19 juli 2012 (LJN: BY8133) en 14 januari 2013, (LJN: BY9426) zijn mooie voorbeelden waarin deze wijze van toetsen door de rechter uitvoerig is beschreven.

Zie ook:

- CBB 4 april 2012, LJN: BW2271, r.o. 7.4.2.

- CBB 28 februari 2012, LJN BV6805, r.o. 5.3.

- CBB 23 februari 2011, LJN: BO5215, r.o. 5.5.

- CRvB 27 mei 2010, LJN: BM5914, r.o. 5.2.1.

- ABRvS 17 februari 2010, LJN: BL4163, r.o. 2.5.1.

2.2.7 Tot slot kan in dit verband worden opgemerkt dat naarmate de boetebeleidsregels wat betreft de boetehoogte minder onderscheid maken naar de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, een indringender toets door rechter op zijn plaats is (zie ABRvS 14 maart 2012, LJN: BV8810). Deze benadering vertoont gelijkenis met de hiervoor in randnummer 2.7 genoemde rechtspraak over de wettelijk gefixeerde boetes.

2.2.8 Als algemeen uitgangspunt geldt dat naarmate de wetgever of een bestuursorgaan vooraf meer inzichtelijk maakt hoe de hoogte van een boete zal worden vastgesteld, de rechter dit eerder als vertrekpunt zal nemen bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

2.3 CONCLUSIE

2.3.1 Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de rechter de hoogte van een boete in concreto niet marginaal, maar indringend toetst aan het evenredigheidsbeginsel. Bij de toetsing neemt de rechter in de regel het boetebeleid van het bestuursorgaan als vertrekpunt. Indien de toepassing van het beleid naar het oordeel van de rechter in het concrete geval leidt tot een onevenredig hoge boete zal hij de boete, in afwijking van het boetebeleid, naar beneden bijstellen. De conclusie is dan ook verdedigbaar dat het bestuursorgaan bij de vaststelling van boetebeleidsregels over de hoogte van de boete enige mate van beleidsvrijheid toekomt, die in beginsel door rechter wordt gerespecteerd.

Zie:

- Rechtbank Rotterdam 26 mei 2011, LJN: BQ6210, r.o. 2.8 (OPTA)

- Rechtbank Rotterdam 9 juni 2011, LJN: BQ7633, r.o. 2.4.14 (NMa)

- Rechtbank Rotterdam 14 juni 2012, LJN: BW8407, r.o. 9.4 (CA)

- CBB 15 juni 2012, LJN: BW9248, r.o. 2.4.1 (DNB)

2.3.2 Voorwaarde is wel dat de boetebeleidsregels in algemene zin de toets aan het evenredigheidsbeginsel kunnen doorstaan. In het geval dat toepassing van het boetebeleid in veel gevallen tot onevenredig hoge boetes leidt, betekent dit dat de rechter veelvuldig tot matiging zal overgaan; of mogelijk zelfs de boetebeleidsregels in het geheel buiten toepassing zal laten. Echter, naarmate (i) het boetebeleid fijnmaziger is, (ii) uit het

boetebeleid blijkt dat relatief veel omstandigheden bij het opstellen van het beleid in de afweging zijn betrokken, en (iii) en het boetebeleid zorgvuldig is gemotiveerd, zal de rechter eerder geneigd zijn het boetebeleid van het bestuurorgaan te respecteren.

2.4 AANDACHTSPUNTEN

2.4.1 Hieruit vloeien naar onze opvatting de volgende aandachtspunten voort die van belang zijn bij de uitwerking van de in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen:

De uitwerking van de voorgestelde maatregelen mag er niet toe leiden dat het boetestelsel (waaronder de wettelijke maxima en de boetebeleidsregels) in de regel leiden tot onevenredig hoge boetes;

2.4.2 Het is niet eenvoudig te bepalen wanneer het boetestelsel (wettelijke boetemaxima en boetebeleidsregels gezamenlijk) in de regel wel en niet tot onevenredig hoge boetes zal leiden.

2.4.3 In de literatuur kunnen echter wel uitgangspunten worden gevonden die de wetgever kan gebruiken bij het bepalen van de hoogte van een *aanvaardbaar boetemaximum* (zie nader: onderdeel 3 van deze bijlage). Verder kan worden aangesloten bij de boetemaxima die door andere (buitenlandse) toezichthouders worden gehanteerd voor de overtreding van vergelijkbare normen.

In bijlage 7.3 van dit onderzoeksrapport is een dergelijke vergelijking gemaakt. De boetemaxima van de ACM en de boetemaxima die door andere toezichthouders in Nederland en binnen de Europese Unie worden gehanteerd, zijn tegen elkaar afgezet.

2.4.4 Voorts is het van belang dat ook de afzonderlijke componenten in de boetebeleidsregels, die de hoogte van de boete bepalen, gezamenlijk in de regel niet tot onevenredig hoge boetes leiden. Indien meerdere elementen van de boetebeleidsregels worden gewijzigd, moet het totale effect van de gezamenlijke wijzigingen in ogenschouw worden genomen.

Om een fictief voorbeeld te geven van een combinatie van wijzigingen: indien het niet tijdig aanleveren van informatie op dit moment wordt beboet in categorie 1 met een bandbreedte van € 500 - 1.000,- en het dit wordt verhoogd naar categorie 2 met een nieuwe bandbreedte van € 2.000 - 4.000,- (voorheen: € 1.000 - 2.000,-) dan betekent dit een verhoging met factor 4 (in abstracto) voor dezelfde overtreding.

De Minister zal een gemotiveerde afweging (in abstracto) moet maken ten aanzien van de evenredigheid van de boetemaxima, althans een verhoging van de boetemaxima van een deugdelijke motivering moeten voorzien.

2.4.5 De motivering moet betrekking hebben op het doel van het opleggen van boetes (handhavend optreden), zoals de bevordering van normconform gedrag, bestraffing, vergelding, generale en speciale preventie, en de maatschappelijke opvatting over de ongewenstheid van het gedrag en daarmee de boetewaardigheid van een overtreding. Er moeten gerechtvaardigde argumenten bestaan voor het verhogen van de boetes. Het verhogen van de wettelijke boetemaxima of het aanscherpen van de boetebeleidsregels om uitsluitend de boete-inkomsten te vergroten, is geen juridisch houdbare overweging. Dit zal er naar verwachting toe leiden dat opgelegde boetes veelvuldig door de rechter zullen worden gematigd.

In dit verband merken wij op dat de Minister tijdens de behandeling van de Instellingswet ACM in de Eerste Kamer het volgende heeft gezegd:

Zie:

- *Handelingen I* 2012/13, 17-3, p. 15:

“Alleen de ACM bepaalt dat. Als de ACM een sanctie wil toepassen, bepaalt de ACM zelfstandig welke sanctie dat is. Als men kiest voor het opleggen van een boete, bepaalt men geheel zelfstandig de hoogte daarvan. Bovendien zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de keuzes die de ACM maakt. Deze keuzes kunnen worden onderworpen aan een rechterlijke toetsing. Deze beginselen vormen de laatste, extra waarborg dat de ACM zich bij haar keuzes niet laat leiden door de inschatting van boete-inkomsten. (...) De heer Backer vroeg mij of er in de boetebeleidsregels van de ACM geen opgelegde boetebedragen komen te staan vanuit de taakstelling in het regeerakkoord. Ook hem kan ik dus bevestigen dat dit niet het geval zal zijn. De boetebeleidsregels geven enkel nadere invulling aan het boete-instrumentarium dat de ACM op grond van de wet heeft. Daar blijft het bij. Er is geen enkele link met wat er op dit punt in het regeerakkoord staat.”

2.4.6 De motivering is aldus belangrijk bij de rechterlijke toetsing of het boetebeleid redelijk is en derhalve als vertrekpunt kan dienen bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van de opgelegde boetes.

Zie bijvoorbeeld:

- CBB 4 oktober 2011, LJN: BT6521, r.o. 4.9.3 waarin het College bij de beoordeling of het boetebeleid van de NMa in strijd is met het recht in aanmerking neemt dat het doel dat met het boetebeleid wordt nagestreefd, te weten generale en speciale preventie, niet onredelijk is.

- 2.4.7 Bij de motivering van de in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen kunnen de conclusies uit het onderzoeksrapport *Referentiekader geldboetes* worden betrokken (zie onderdeel 3 van deze notitie).³³ Voorts zou in aanmerking moeten worden genomen dat de boetebeleidsregels van de NMa reeds in 2009 zijn gewijzigd met de bedoeling voor overtredingen van de Mw hogere boetes op te leggen. De achtergrond en motivering van deze wijzigingen was dat de Minister het high trust-beleid meer tot uitdrukking wilde brengen in het boetebeleid van de NMa (Stcrt. 2009, nr. 14079, p. 13).
- 2.4.8 Ten behoeve daarvan zijn toen de volgende wijzigingen aangebracht:³⁴
- Introductie van een verhoogde toeslag voor zeer zware overtredingen van ten hoogste 25% van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding;
 - Verhoging van de ernstfactor van maximaal 3 naar maximaal 5.
 - Voor recidive is geëxpliciteerd dat de basisboete met 100% wordt verhoogd.
- 2.4.9 De boetebeleidsregels van OPTA zijn in 2010 om dezelfde reden gewijzigd. De drie genoemde elementen zijn toen eveneens in de beleidsregels van OPTA opgenomen en in de thans voor overtreding van de Tw geldende boetebeleidsregels overgenomen (Stcrt. 2013, nr. 11214).
3. GEZICHTSPUNTEN BIJ DE VASTSTELLING VAN DE WETTELIJKE BOETEMAXIMA EN INRICHTING VAN BOETEBELEIDSREGELS
- 3.1 In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) heeft de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde onderzoek gedaan naar de hoogte van boetes en de vormgeving van boetestelsels. Een van de centrale vragen in het onderzoek was hoe de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht worden vastgesteld. De uitkomsten van het onderzoek kunnen enig houvast bieden bij de vaststelling van wettelijke boetemaxima en de inrichting van boetebeleidsregels.
- 3.2 De onderzoekers concluderen dat lang niet altijd duidelijk is waarom voor een bepaalde boetehoogte is gekozen. In de parlementaire geschiedenis van de bijzondere wetten waarin de boetemaxima zijn neergelegd of de toelichtingen op de diverse boetebeleidsregels is de

³³ H.E. Bröring, *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen - Faculteits Rechtsgeleerdheid - vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012 (in opdracht van het WODC)

³⁴ De Minister van Economische Zaken heeft er destijds uitdrukkelijk vanaf gezien de wettelijke boetemaxima te verhogen, omdat de bestaande wettelijke boetemaxima in de praktijk niet werden gehaald en het omzetcriterium van 10%, zoals opgenomen in de wet, gelijk is aan de maximumboete in Europese mededingingsregelgeving (Kamerstukken II 30 125, nr. 2, p. 2).

keuze voor een bepaalde boetehoogte lang niet altijd gemotiveerd. In het onderzoek is aan de hand van een representatieve steekproef van de in het bestuursrecht bestaande boetestelsels gereconstrueerd welke factoren een significante invloed hebben op de boetehoogte. De onderzoekers concluderen dat de volgende factoren steeds van invloed zijn op de boetehoogte:

- *De aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed*; Overtredingen van administratieve voorschriften worden verhoudingsgewijs met een lagere boete bedreigd dan de overige voorschriften. Bij de laatste categorie kan een nader onderscheid worden gemaakt tussen de bescherming van de markt (zeer hoge boete) en van andere rechtsgoederen (minder hoge boete).
- *De aard van de overtreder*; natuurlijke personen worden met lagere boete geconfronteerd dan rechtspersonen of personen die een overtreding begaan in de uitoefening van hun bedrijf;
- *Behaald profijt, herstel van de gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden*; Het wegnemen van profijt, bijvoorbeeld door onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen, resulteert gemiddeld genomen in lagere boetes. Indien echter een dergelijke terugvorderingsmogelijkheid ontbreekt, zijn de boetes hoger.
- *Recidive*; in veel van de onderzochte boetestelsels is recidive een factor voor de boetehoogte. In een aantal gevallen is recidive in de wet aangemerkt als strafverzwarende omstandigheid en in andere gevallen bevat het beleid een recidivebepaling.

3.2.1 In aanvulling op deze algemene uitgangspunten doen de onderzoekers verder nog de volgende meer specifieke waarnemingen:

1. Bij een vergelijking van de wettelijke boetemaxima en de basisbedragen in de boetebeleidsregels is sprake van een omgekeerde verhouding, wanneer wordt gekeken naar het betrokken rechtsgoed: waar het gaat om de bescherming van individuele vrijheid en integriteit zijn de *wettelijke boetemaxima* hoger dan waar het gaat om de bescherming van collectieve vrijheid en integriteit.
2. Opvallend hoog zijn de bestuurlijke boetes waar het gaat om de bescherming van de werking van de vrije markt. Boetes van € 450.000,- of meer (indien omzet gerelateerd) zijn mogelijk. Daarbij is het Europees recht van invloed dat sterk is gericht op de bescherming van de werking van de vrije markt.
3. In een beperkt – maar toenemend – aantal boetestelsels is er ook een relatie met de toezicht intensiteit. Waar het bestuur erop vertrouwt dat de betrokken normadressanten het recht naleven, en het bestuur daarom minder vaak dan gebruikelijk zijn controlebevoegdheden toepast, is het beleid dat in geval van

schending van het vertrouwen een extra hoge boete wordt opgelegd (high-trust beleid).

4. Het is van belang het boetestelsel als geheel te beoordelen. Indien de overtreding van een norm, naast een bestuurlijke boete, ook wordt bedreigd met aanvullende maatregelen of sancties, zoals voordeelontneming of een gevangenisstraf, dan is afstemming nodig. Bijvoorbeeld: een afzonderlijke bevoegdheid tot voordeelontneming kan reden zijn een lager wettelijke boetemaximum vast te stellen.
- 3.3 De voorgaande conclusies uit het *Referentiekader Geldboetes* moeten wel met enig voorzichtigheid worden benaderd of toegepast. Het zijn geen dwingende voorschriften bij de vaststelling van nieuwe wettelijke boetemaxima. Het zijn echter wel gezichtspunten die de wetgever bij de uitwerking van de voorgestelde maatregelen kan gebruiken voor de beantwoording van de vraag of een wettelijk boetemaximum of een basisbedrag in de boetebeleidsregels aanvaardbaar is of kan worden verhoogd.
4. EFFECT IN DE TIJD: OVERGANGSRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN
- 4.1 Voor een overtreder moet, voordat hij de overtreding begaat, duidelijk zijn welke gedraging strafbaar is en welke straf daarop is gesteld. Deze notie is van belang voor de vraag in welke gevallen de ACM de eventuele gewijzigde wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels mag toepassen. Evident is dat de ACM het gewijzigde boetebeleid kan toepassen op beboetbare gedragingen die zich na de bekendmaking van het gewijzigde boetebeleid hebben voorgedaan. Dit is echter anders indien de wet- en regelgeving is gewijzigd nadat het beboetbare feit is gepleegd.
 - 4.2 Van belang is dat artikel 5:46, vierde lid, van de Awb bepaalt dat artikel 1, tweede lid, van het wetboek van strafrecht (Sr) van overeenkomstige toepassing is. Dit artikel bepaalt dat bij *verandering van wetgeving* na het tijdstip waarop het beboetbare feit is begaan de voor de verdachte gunstigste bepalingen moet worden toegepast. De achtergrond van deze bepaling is het legaliteitsbeginsel.
 - 4.3 TOEPASSING VAN VERHOOGDE WETTELIJKE BOETEMAXIMA
 - 4.3.1 Voor zover de voorgestelde maatregelen betrekking hebben op de wijziging van de bijzondere wetgeving (formele dan wel lagere wetgeving) heeft het volgende te gelden. De voorgestelde maatregelen hebben een boeteverhogend effect. Op grond van artikel 1, tweede lid, Sr zal de ACM - voor zover de beboetbare gedraging heeft plaatsgevonden voor de verhoging - de meest gunstige boetemaxima moeten toepassen.
 - 4.3.2 De verhoogde wettelijke boetemaxima kunnen daarom slechts worden toegepast indien de beboetbare gedraging na de wetswijziging heeft plaatsgevonden.

4.4 TOEPASSING VAN GEWIJZIGDE BOETEBELEIDSREGELS

4.4.1 De vraag is of een wijziging van de boetebeleidsregels ook onder de reikwijdte van artikel 1, tweede lid, Sr valt. Met andere woorden: kan een wijziging van de *boetebeleidsregels* juridisch gezien gelijk worden gesteld met de in artikel 1, lid 2 Sr bedoelde verandering van *wetgeving*?

4.4.2 Voor beleidsregels geldt in het algemeen dat die een bestuursorgaan via het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel binden. Bij boetebeleidsregels geldt dat in versterkte mate, aangezien dergelijke regels nauw verbonden zijn met het in artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel. Met boetebeleidsregels wordt immers in feite de hoogte van de straf bepaald en het legaliteitsbeginsel strekt zich ook uit tot de hoogte van de straf. Artikel 7 EVRM bepaalt in dit verband dat niemand een zwaardere straf mag worden opgelegd dan die ten tijde van het strafbare feit van toepassing was. Daarbij wordt in de praktijk aan (boete)beleidsregels veelal een werking toegekend die vergelijkbaar is met algemeen verbindende voorschriften (wetgeving).

Vgl:

- ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/178 en CRvB 17 oktober 2012, *AB* 2013/48, LJN: BY0616.

- Hof van Justitie 28 juni 2005, *NJ* 2006, 130 waarin het Hof overwoog dat de boeterichtsnoeren van de Commissie in beginsel onder het begrip “recht” vallen in de zin van artikel 7, lid 1 EVRM.

4.4.3 In lijn met het voorgaande heeft de rechtbank Rotterdam in een uitspraak van 26 november 2002 (LJN: AR4219) aangenomen dat artikel 15 IVBPR ook gevolgen heeft voor de toepassing van boetebeleidsregels (artikel 5:46 van de Awb was toen nog niet van toepassing). De rechtbank heeft in dit verband het volgende overwogen.

“Ten slotte overweegt de rechtbank omtrent de hoogte van de boete nog het volgende. Volgens vaste jurisprudentie brengt art. 15 lid 1 derde volzin IVBPR mee dat de rechter in het kader van het beroep tegen een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, moet bezien of dat besluit in overeenstemming is met een na het begaan van de overtreding tot stand gekomen (wettelijke) regeling waarbij is voorzien in het opleggen van een lichtere straf. Dat geldt ook, indien de strafverlichting tot stand is gekomen tijdens de beroepsprocedure. Hoewel art. 15 lid 1 derde volzin IVBPR naar de letter slechts ziet op verandering van wetgeving (regelgeving), volgt naar het oordeel van de rechtbank uit het aan die bepaling ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel, dat zulks ook heeft te gelden indien - zoals in het onderhavige geval - nadat een bestuurlijke boete is opgelegd ter zake beleidsregels worden vastgesteld, of eerder vastgestelde beleidsregels worden

gewijzigd. In een dergelijk geval dient de rechter na te gaan of toepassing van de (actuele) beleidsregels tot de oplegging van een lagere boete zou (moeten) leiden. (...)” (Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385).

In de memorie van toelichting van de Vierde Tranche van de Awb wordt door de wetgever ook naar deze uitspraak verwezen (Kamerstukken 29702, nr. 3, p. 144)

Zie ook:

- ABRvS 13 april 2008, LJN: BD0232, *JB* 2008/127, m.nt. CLGFHA.

- CRvB 17 oktober 2012, LJN: BY0616, AB 2013, 48 (toepassing artikel 5:46, vierde lid, van de Awb op beleidsregels).

- 4.4.4 Derhalve geldt dat artikel 1, tweede lid, Sr in beginsel ook van toepassing is op een wijziging in de boetebeleidsregels. Indien de nieuwe boetebeleidsregels voor de overtreder tot een hogere boete leiden, zal derhalve het uitgangspunt moeten zijn dat bij de oplegging van een bestuurlijke boete wordt uitgegaan van de ten tijde van de overtreding geldende boetebeleidsregels.

Een uitzondering op voorgaande regel is denkbaar indien de wijziging niet direct betrekking heeft op de voor de betreffende overtreding geldende concrete boetehoogte, maar veeleer een wijziging van berekeningsmethodiek inhoudt. Onder die omstandigheden is denkbaar dat de nieuwe gewijzigde boetebeleidsregels bij de boeteoplegging worden gehanteerd. De redenering is dan dat de overtreder er niet op mocht vertrouwen dat een bestuursorgaan tot in lengte van dagen dezelfde berekeningsmethode zou hanteren bij het opleggen van bestuurlijke boetes. De overtreder kon op het moment van het begaan van de overtreding redelijkerwijs voorzien dat het bestuursorgaan mogelijk de methode van berekening van zijn boetes zou wijzigen, waarbij – vanzelfsprekend – geldt dat in beide gevallen binnen de maximaal toelaatbare boete wordt gebleven.

Zie:

- Hof van Justitie 28 juni 2005, *NJ* 2006, 130, rov. 222 – 232;

- Hof van Justitie 8 februari 2007, *NJ* 2007, 370, rov. 87-93.

Verdedigbaar is dat het voorgaande ook geldt ingeval de wijziging van de berekeningsmethodiek in algemene zin tot een verhoging van de boetes leidt. Ook in dat geval lijkt het Hof van Justitie geen strijd met het legaliteitsbeginsel aan te nemen. Bij het voorgaande past wel de opmerkingen dat het niet zeker is in

hoeverre de bestuursrechter met bovenstaande lijn van het Hof van Justitie zal willen meegaan.

4.4.5 Over een eventuele wijziging van de clementieregeling merken wij op dat de Minister ter zake in algemene zin beschikt over een ruime beleidsvrijheid. Mits het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen zal een clementieregeling vanuit juridisch perspectief niet snel onaanvaardbaar zijn.

4.4.6 Voorts achten wij verdedigbaar dat een wijziging van de clementieregeling direct kan worden toegepast, voor zover de melding van het kartel nog niet heeft plaatsgevonden.

5. CONCLUSIE

5.1.1 Uit het voorgaande volgt dat het artikel 5:46, vierde lid, van de Awb jo. artikel 1, tweede lid, Sr er aan in de wegstaat dat boeteverhogende beleidswijzigingen onmiddellijk worden toegepast op overtredingen die voor de inwerkingtreding van de gewijzigde boetebeleidsregels zijn begaan.

5.1.2 Dit betekent dat de beoogde verhoging van de boete-inkomsten juridisch gezien niet op korte termijn haalbaar is. Het effect zal eerst na enige jaren zichtbaar worden in de hoogte van de boete-inkomsten, er vanuit gaande dat de gemiddelde duur van het begaan van de overtreding tot aan de invordering van de boete enige jaren in beslag neemt, waar het de door de ACM op te leggen boetes betreft.

6. TOEPASSING OP DE ONDERZOEKSGBIEDEN

6.1 In het voorgaande is het juridisch kader geschetst aan de hand waarvan de juridische haalbaarheid van de door de Minister voorgestelde maatregelen kan worden beoordeeld. In het bovenliggende rapport is bij de beantwoording van de onderzoeksvragen voor de juridische haalbaarheid steeds naar het juridische kader worden verwezen.

7.2 ALGEMEEN ECONOMISCH KADER

Door middel van literatuuronderzoek hebben we onderzocht welke inzichten er bestaan in de recente economisch-wetenschappelijke literatuur over het optimaliseren van boete-inkomsten.

Er is geen literatuur over het verhogen van boete-inkomsten en de boetemaatregelen die daarbij passen. De logica zegt dat er een optimale boetehoogte is waarbij boete-inkomsten worden gemaximaliseerd. Immers, bij stijging van de boetehoogte zullen in eerste instantie de boete-inkomsten stijgen doordat het voor veel ondernemers winstgevend blijft om een overtreding te begaan. Naarmate de boetehoogte verder stijgt wordt het minder aantrekkelijk voor ondernemingen om een overtreding te begaan. Het is dus zeker niet zo dat een hogere boete altijd tot hogere boete-inkomsten leidt (Janssen, 2013).

De insteek van de literatuur en de boetebeleidsregels voor de ACM (zie artikel 1.2) is dat toezichthouders een boetehoogte nastreven waarbij het aantal overtredingen wordt geminimaliseerd. Aangezien een laag aantal overtredingen (bij de nu gebruikelijke boetemaxima) leidt tot beperkte boete-inkomsten, is het verhogen boete-inkomsten tot op zekere hoogte strijdig met de insteek van de boetebeleidsregels en de doelstelling van de ACM (aantal overtredingen verminderen).

Theoretische onderzoeken bieden informatie over factoren die van invloed zijn op boete-inkomsten. Daarbij zijn onderzoeken naar het optimaliseren van de boetehoogte en naar de effecten van veranderingen in clementieregelingen relevant om de haalbaarheid van maatregelen te beoordelen. Deze onderzoeken hebben betrekking op kartels. We hebben nagenoeg geen onderzoek gevonden over andere overtredingen, maar we verwachten dat de bevindingen tot op grote hoogte ook relevant zijn voor niet-kartelboetes. Hierover zegt David Friedman (1995, geciteerd vanuit Van den Broek et al, 2012) "If the benefits of a profession decrease or its costs increase, fewer people will enter it – whether the profession is plumbing or burglary. If it becomes sufficiently unprofitable, nobody will do it."

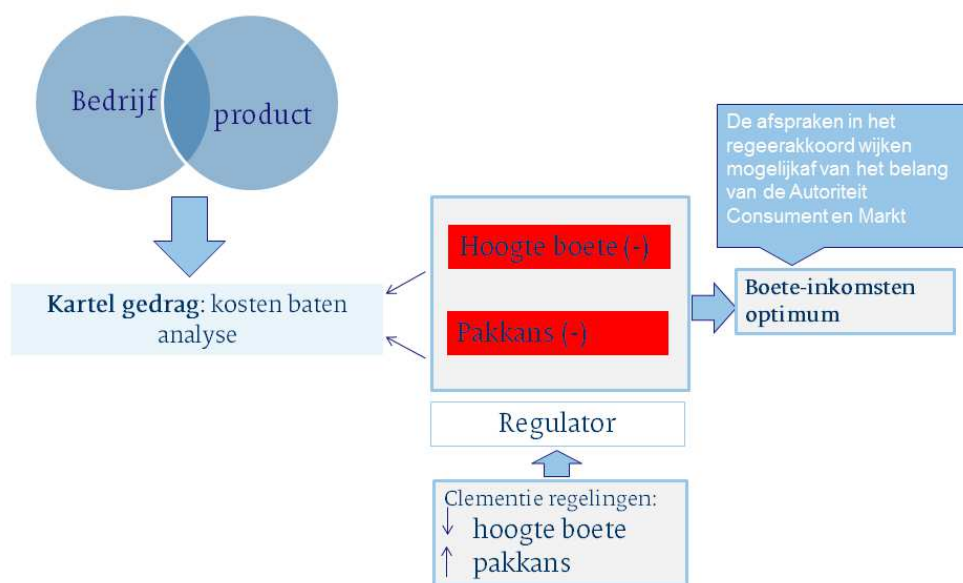
Empirische bevindingen over de verhouding van de boetehoogte in kartelbesluiten en in bezwaar/beroep zijn relevant voor de kwantitatieve analyse.

In het vervolg van deze bijlage beschrijven we eerst de belangrijkste bevindingen over de factoren die van invloed zijn op boete-inkomsten. Vervolgens beschrijven we de empirische bevindingen over de ontwikkeling van de boetehoogte in Nederland en van de Europese Commissie.

Factoren van invloed op boete-inkomsten

Om te analyseren of de boete-inkomsten verhoogd kunnen worden, is het van belang de factoren die van invloed zijn op de boete-inkomsten in kaart te brengen. De uiteindelijke boete-inkomsten vanuit kartelovertradingen worden beïnvloed door het gedrag van marktpartijen enerzijds en (de uitvoering van) de wetgeving anderzijds. Figuur 16 geeft een schematisch overzicht van de factoren die van invloed zijn op de boete-inkomsten van de ACM. Belangrijk is om de relatie van deze factoren te bezien. We beschrijven de in figuur 16 geschetste factoren en de relatie ertussen van links naar rechts.

Figuur 16 factoren van invloed op de boete-inkomsten van de ACM



De onderneming en het product

Ondernemingen en hun producten in de markt zijn van invloed zijn op de boete-inkomsten van de ACM. De invloed is er bij kartelzaken op twee manieren:

- Karakteristieken van een onderneming en de structuur van de markt beïnvloeden de mogelijkheden voor ondernemingen om een kartel aan te gaan en in stand te houden (Harrington, 2006; Veljanovski, 2007;).³⁵ Economisch-wetenschappelijke literatuur hierover kan de ACM ondersteunen om de inzet van capaciteit te richten op sectoren met een relatief grote kans op kartelvorming, wat kan

³⁵ Bedrijfskarakteristieken die de kans op deelname kartel vergroten: Lage elasticiteit voordat het kartel gevormd wordt, lage concentratie bedrijven, hoge toetredingsdrempel, hoog aantal verschillende kopers, hoog risico faillissement, vaste of afnemende vraag, contact buiten de markt, geschiedenis van kartel. Productkarakteristieken: mogelijkheid tot legale prijsafspraken, stilzwijgende prijsafspraken, prijsafspraken met communicatie nodig.

bijdragen aan de kans dat een kartel wordt opgespoord (pakkans). Deze literatuur gaat echter niet in op boetemaatregelen en is daardoor niet relevant voor onderhavig onderzoek.

- Ondernemingen maken een kosten-batenanalyse voordat ze besluiten deel te nemen aan een kartel en/of een kartel te handhaven. De belangrijkste bevindingen uit deze literatuur werken we hieronder uit. We verwachten dat deze literatuur ook relevant is voor andere overtredingen (naast kartels), omdat ondernemingen ook bij andere overtredingen een kosten-batenanalyse zullen maken.

Karteldeelname zal blijven bestaan zolang deelname winstgevend is. Ondernemingen maken een kosten- batenanalyse voordat zij besluiten deel te nemen aan een kartel. Indien ondernemingen op een rationele wijze opereren, zullen zij de kosten en baten van eventueel kartelgedrag afwegen. De kosten van deelname aan een kartel worden gevormd door de ervaren pakkans maal de gemiddelde kosten van de boete (Figuur 16). De baten bestaan uit extra winst die gegenereerd wordt door deelname aan het kartel (kartelwinst). De kosten van een boete bestaan uit de hoogte van de boete en eventueel verlies aan aandeelhouderswaarde en reputatie. Een meta-analyse met meer dan 800 observaties van verschillende kartelstudies wereldwijd gedurende de afgelopen 250 jaar, laat zien dat gemiddeld genomen ongeveer 30% van de prijs van kartelgoederen boven de eigenlijke marktwaarde is. Daarnaast bleek dat de prijzen van internationale kartels hoger boven de eigenlijke marktwaarde liggen vergeleken met nationale kartels; voor nationale kartels ligt de mediaan tussen 17 en 19% (Connor & Bolotova, 2005). Dit betekent dat karteldeelname zal blijven bestaan zolang winst uit deelname gecreëerd kan worden. Daarom is het van belang dat de het boetebedrag en de gerealiseerde pakkans de prikkel tot karteldeelname af laten nemen.

De pakkans

De regulator oefent invloed uit op de kans dat een kartel wordt opgespoord (pakkans) en de hoogte van de boete. Combe et al (2008) schatten de pakkans voor kartels in Europa op ongeveer 13%. Schattingen over Nederland en overige overtredingen ontbreken. De literatuur over de pakkans spitst zich toe op twee punten:

- De pakkans wordt vergroot door verbetering van de effectiviteit in opsporing van het kartel (zie bijvoorbeeld Hinlopen, 2006). De economisch-wetenschappelijke literatuur over dit punt gaat niet in op boetemaatregelen en is daardoor niet relevant voor onderhavig onderzoek.
- De pakkans kan verhoogd worden door (aangepaste) toepassing van clementieregelingen. De belangrijkste bevindingen uit deze literatuur werken we hieronder uit.

Onderzoek geeft geen eenduidig bewijs of clementieregelingen in Europa (nationale en internationale wetgeving) de pakkans van kartels hebben vergroot. Enerzijds zijn er empirische onderzoeken die er op wijzen dat clementieregelingen van invloed zijn op de pakkans (Carree, Gunster & Schinkel, 2010; Veljanovski, 2010). Anderzijds zijn er ook empirische onderzoeken die op het tegendeel bewijzen (Brenner, 2009).

Volgens theoretisch onderzoek verlaagt een clementieregeling de boete voor de partij die melding maakt van het kartel (Aubert, Rey & Kovacic, 2005). Clementieregelingen hebben twee tegengestelde effecten op het initiële gedrag van marktpartijen om deel te nemen aan een kartel. Enerzijds verlaagt (verruiming van) een clementieregeling de verwachte kosten van het kartel, want de clementieregeling leidt tot lagere boetekosten. Anderzijds vergroot (verruiming van) een clementieregeling de pakkans van het kartel, omdat er meer klokkenluiders zullen komen. Clementieregelingen verlagen voor de regulator bovendien de kosten van kartelonderzoek (Aubert, Rey & Kovacic, 2005; Motta & Polo, 2003).

We hebben in de economische literatuur analyses gevonden van twee opties om de clementieregelingen te verruimen:

- Belonen van de klokkenluider van het kartel. Dit dient het doel van de regulator, namelijk het laten stijgen van het aantal meldingen. Volgens Aubert, Rey & Kovacic (2005), moet de hoogte van de boete van de klokkenluider (indien deze ook karteldeelnemer is) niet verlaagd worden, maar moet deze partij juist een beloning ontvangen. Spagnolo (2003) beargumenteert dat de hoogte van de beloning voor de deelnemende kartels de som van boetes van de overige deelnemers van het kartel moet bedragen (en een eventuele vermindering van de beloning met de kosten van het onderzoek en proces). Het toepassen van beloningen binnen clementieregelingen heeft ook invloed op de gemiddelde verwachte hoogte van de boete, deze zal dalen. De intrinsieke motivatie van het aangeven van het kartel zal ook stijgen, omdat deze gepaard gaat met een winst in plaats van een kleiner verlies. Wel moeten we concluderen dat het toekennen van een beloning een negatief effect op de boete-inkomsten heeft en daarmee niet voldoet aan de doelstelling van dit onderzoek.
- Belonen wanneer een onderneming volledige medewerking geeft aan onderzoek nadat het onderzoek is geopend. Deze optie verlaagt de kosten van kartelonderzoek. Als de betreffende partijen volledige medewerking verschaffen nadat het onderzoek is geopend wordt het onderzoek vergemakkelijkt en verkleint de kans op een type II fout (fout-negatief). Aan de ander kant heeft dit het effect dat de gemiddelde verwachte hoogte van de boete daalt, wat de kans op kartel deelname verhoogt. Beargumenteerd wordt, dat het toepassen van clementieregelingen nadat het onderzoek al is geopend

voornamelijk goed functioneert als de spankracht van de regulator beperkt is (Motta & Polo, 2003).

De hoogte van de opgelegde boetes

Naast de pakkans, oefent de regulator grote invloed uit op de hoogte van de boete. Vanuit drie invalshoek kan worden gezien of de boetehoogte optimaal is:

Er bestaat ruimte om de boete te verhogen als deze niet afschrikwekkend genoeg is (Combe & Monnier, 2009; Connor, 2011). De insteek is dat een boete afschrikwekkend genoeg is, als de boete een compensatie is van de geleden schade voor de consument (= de excessieve winst voor de karteldeelnemers), mogelijk tezamen met een vergeldingscomponent (Harding & Joshua, 2010). Wanneer de boete lager is dan de excessieve winst van deelname aan een kartel, dan loont het bij een pakkans van 100% nog steeds om deel te nemen in het kartel. Empirisch onderzoek over de afschrikwekkende werking van boetes die zijn opgelegd door de ACM ontbreekt. Uit onderzoeken over kartelzaken van de Europese Commissie blijkt dat de afschrikwekkende werking van boetes toeneemt, maar dat de hoogte van de boete over het algemeen lager is dan de kartelwinst:

- Connor (2011) analyseerde 21 kartelzaken van de Europese Commissie na de revisie van de boetebeleidsregels. Connor concludeert dat de Europese Commissie voor het eerst gedurende langere tijd boetes oplegt die de door de onderzoekers berekende kartelwinsten significant afnemen: gemiddeld rooft een boete 66% van de kartelwinst af. De mate waarin kartelwinsten afnemen wisselt evenwel sterk van zaak tot zaak (tussen 10% en 412%) en tussen de deelnemers van een individueel kartel. De opgelegde boete is in een minderheid van de gevallen hoger dan de berekende kartelwinst.³⁶
- Met een andere onderzoeksaanpak komt Veljanovski (2011) tot vergelijkbare bevindingen. Hij concludeert dat de door de Europese Commissie opgelegde boetes dicht bij die voor optimale afschrikking liggen dan tot nu toe gedacht. Merk op dat het in die onderzoeken betrekking hebben op de door de Europese Commissie opgelegde boetes en niet om de boetes die resteren na bezwaar en beroep.
- Combe & Monnier (2009), analyseerden 64 kartelzaken binnen de Europese Unie in de periode 1957-2009. Ze concludeerden dat de boetes sinds de midden jaren negentig sterker zijn gestegen dan gedurende de periode

³⁶ Connor onderzoekt de ratio van de beïnvloede omzet en de hoogte van de boete. Hij noemt dit de ernstfactor (dus een andere definitie dan ernstfactor in de Nederlandse context). Zijn conclusie is dat binnen de Europese Unie met de wijziging van het beleid in 2006, de ernstfactor van de boetebedragen verhoogd is (2011). Binnen de scope van onderhavig onderzoek bestaat niet de mogelijkheid om de ontwikkeling van de ernstfactor te onderzoeken, omdat informatie omtrent de beïnvloede omzet van karteldeelname niet beschikbaar is.

daarvoor. Over de hele periode was in ongeveer de helft van de gevallen de boete lager dan de behaalde kartelwinst. In een (regressie) analyse verwerken zij excessieve winst, mark up, elasticiteit, de markt, de duur van het kartel en de pakkans om de optimale boete te bepalen (2009).

Een andere, meer observerende wijze om te onderzoeken of er nog ruimte is om de boetes te verhogen zijn indicaties vanuit de markt, namelijk het aantal recidive, de duur van kartels en (herstellen van) de aandelenprijzen na beboeting. Volgens Ginsburg & Wright (2010) herstellen aandelenprijzen relatief snel nadat een kartel beboet is, wat een teken is dat de boetes eigenlijk aan de lage kant zijn. Ginsburg & Wright beargumenteren daarnaast dat de optimale boete zeker niet bereikt wordt als het aantal recidive in een markt hoog is. Bovendien komt een groot aantal kartels pas boven water na een groot aantal jaren. Dit is een teken dat de pakkans klein is. Ook moet een boete een afschrikwekkend effect hebben in de vorm van reputatieschade. Uit onderzoek van Nederlandse bodem blijkt echter dat ondernemingen bij kartelvorming vooral kijken naar de boetehoogte. De verwachte financiële schade na detectie heeft een effect op beslissingen over kartelvorming. Voor reputatieschade, de vermelding op de NMa-Agenda (pakkans) en de clementieregeling is geen effect aangetoond. De financiële schade die de bestuurder zelf raakt, heeft een groter effect dan de financiële schade voor de onderneming (SEO, 2011).

Van den Broek, Kemp, Verschoor en de Vries (2012) benadrukken dat een onderneming niet alleen door de boete wordt gestraft, maar ook door verlies aan aandeelhouderswaarde en reputatie. Uit hun onderzoek naar kartels van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen in de periode 1998 – 2008 blijkt dat de beurswaarde van de ondernemingen sterker daalde dan alleen het bedrag van de boete. De opgelegde boetes was gelijk aan 12% van het verlies aan beurswaarde. Daarnaast verklaren de onderzoekers dat 55% van het verlies aan beurswaarde werd veroorzaakt door het wegvallen van kartelwinst en 33% door reputatieschade. Op die manier worden overtreders ook door de markt gestraft, naast de boete van de toezichthouder.

De invalshoek van onderhavig onderzoek is het verhogen van boete-inkomsten. Hierover hebben we geen literatuur gevonden. De logica zegt dat er een boetehoogte is waarbij boete-inkomsten (boetehoogte maal aantal opgespoorde overtredingen) worden gemaximaliseerd. Het is dus niet zo dat een hogere boete altijd tot hogere boete-inkomsten leidt (Janssen, 2013). Immers, bij stijging van de boetehoogte zullen in eerste instantie de boete-inkomsten stijgen doordat het voor veel ondernemers winstgevend blijft om een overtreding te begaan. Naarmate de boetehoogte verder stijgt, zal het aantal overtredingen (en ceteris paribus het aantal opgespoorde overtredingen) dalen. Een laag aantal opgespoorde overtredingen leidt (bij de nu gebruikelijke boetemaxima) tot lage boete-inkomsten. In die zin kunnen de afspraken uit het regeerakkoord (verhogen boete-inkomsten) en de (boetebeleids)regels van de Minister van EZ voor de ACM (aantal

overtredingen verminderen) strijdig worden indien stijging van de boetehoogte leidt tot afname van de boete-inkomsten.

Verskil tussen opgelegde en geïnde boetes

De omvang van de geïnde boete-inkomsten van de ACM zijn voor de eerstkomende jaren grotendeels in te schatten op basis van bestaande zaken, onder meer doordat ondernemingen tegen de boete in bezwaar en beroep gaan. Vanuit dat oogpunt is het relevant in welke mate een bezwaar en beroepsprocedure leidt tot verlaging van de boete. Onderzoek hierover is beschikbaar voor de kartelzaken van de Europese Commissie. Belangrijkste bevindingen:

- Na de introductie van de nieuwe boeteregels in 1998 is het aandeel mededingingszaken waarin ondernemingen in beroep gaan gestegen: van 45% in de periode 1957-1998 naar 86% in de periode 1998-2004. Onderzoekers wijzen er op dat de wijziging van het boetebeleid van de Europese Commissie hierbij een rol speelt (Carree, Günster en Schinkel, 2010; Veljanovski, 2010).
- Effect bezwaar en beroep:
 - Het gemiddelde percentage in boetereductie is 45% na hoger beroep in de periode 1957-2004 (Carree, Günster en Schinkel, 2010).
 - Van de 111 hoger beroep besluiten in kartelzaken (in de periode 1998-2006), werd in 47% van de gevallen de boete verlaagd. De omvang van de verlaging varieerde tussen 2% en 63% (gemiddeld 21,5%). Drie boetes werden volledig kwijtgescholden en 50 beroepen werden niet aanvaard. In 1 geval werd de boete verhoogd (Veljanovski, 2010).
- De kenmerken zijn onderzocht van de zaken waarin ondernemingen in hoger beroep gaan. Probit regressie van 267 mededingingszaken onder 1435 ondernemingen laat zien dat er een positief verband bestaat tussen de kans op beroep en de hoogte van de boete. Daarnaast wordt de lengte van het proces vaak geassocieerd met de complexiteit van de zaak. Maar, de lengte van het proces wordt ook positief geassocieerd met de kans op hoger beroep (Carree, Günster en Schinkel, 2010).

7.3 VERGELIJKING MET ANDERE TOEZICHTHOUDERS

1 Inleiding

- 1.1 In deze notitie wordt een vergelijking gemaakt tussen de (wettelijke) boetemaxima en indien beschikbaar de boetebeleidsregels die door drie andere toezichthouders binnen de Europese Unie worden gehanteerd. In de vergelijking zijn de Britse, Belgische en Duitse toezichthouders (hierna gezamenlijk: EU-toezichthouders) betrokken die op dezelfde terreinen als de ACM hun toezichtsactiviteiten uitoefenen.
- 1.2 Aan de hand van de vergelijking kan worden bepaald in hoeverre de wettelijke boetemaxima die voor de ACM gelden, afwijken van de elders in Europa gehanteerd boetemaxima. Indien de boetemaxima van de ACM lager liggen, kan daarin een argument zijn gelegen die te verhogen. Daarnaast kan de vergelijking mogelijk een indicatie geven voor een antwoord op de vraag tot welke hoogte de boetemaxima realistisch gezien kunnen worden verhoogd.
- 1.3 De vergelijking is gemaakt voor een drietal sectoren of rechtsgebieden: mededinging, telecommunicatie en consumentenbescherming (Wet oneerlijke handelspraktijken). De keuze van de drie deelsectoren is in de eerste plaats ingegeven door de wetgeving waarop de toezichtsactiviteiten van de ACM betrekking hebben. Daarnaast is gekozen voor wet- en regelgeving die voor een deel tot stand is gekomen op grond van Unierechtelijke regelgeving. Dit maakt dat de sectoren van de afzonderlijke landen beter te vergelijken zijn.
- 1.4 De vergelijking is gemaakt op de volgende niveaus:
- de hoogte van wettelijke boetemaxima (absoluut en relatief) (paragraaf 2);
 - boetebeleidsregels die in abstracto bepalen hoe een toezichthouder binnen de wettelijke boetemaxima de boetehoogte vaststelt (voor zover beschikbaar) (paragraaf 3).
 - de in aanmerking te nemen omzet (omzetcriterium) bij de vaststelling van het wettelijke boetemaxima en de basisboete op grond van de boetebeleidsregels (paragraaf 4);

2 Wettelijke boetemaxima (absoluut en relatief)

- 2.1 Voor de vergelijking van de wettelijke boetemaxima is voor de drie sectoren eerst bekeken welke wetten in Nederland vergelijkbaar zijn met de wet- regelgeving van de drie genoemde landen. Vervolgens is op basis van de verschillende wetten vastgesteld welke wettelijke boetemaxima door de andere EU-toezichthouders worden gehanteerd.

- 2.2 In het navolgende zullen wij per sector de belangrijkste waarnemingen en bevindingen bespreken.

Opmerking vooraf: In de paragrafen 2 en 3 worden ook de omzetcriteria (relatieve boetemaxima) genoemd. Wij beperken ons in deze paragrafen tot het noemen van het toepasselijke omzetcriterium of het omzetpercentage dat in het betreffende land in een bepaalde sector wordt gehanteerd. Wat precies onder 'omzet' moet worden verstaan (bijv. wereldwijd of nationaal) bespreken wij afzonderlijk in paragraaf 4.

Mededinging

- 2.3 De vergelijking in de sector mededinging laat zien dat de wettelijke boetemaxima in Nederland over het algemeen in lijn zijn met die van de andere toezichthouders in België, Duitsland en Groot-Brittannië.
- 2.4 Een wettelijk boetemaximum van 10% van de omzet (wereldwijd of nationaal) wordt ook in de andere landen gehanteerd bij overtreding van het verbod op mededingingsafspraken en misbruik van economische machtspositie. In de Nederlandse wetgeving wordt daarnaast voor andere overtredingen, afhankelijk van de norm, een omzetcriterium van 1% of 10% gehanteerd. Dit onderscheid wordt in de wetgeving van de andere landen niet teruggevonden.
- 2.5 In Groot-Brittannië en België wordt in de wet alleen een omzetcriterium genoemd en niet (zoals in Nederland) de combinatie van een absoluut en een relatief wettelijk boetemaximum. Duitsland kent een dergelijke combinatie wel.
- 2.6 Het noemen waard is dat het gehanteerde absolute boetemaximum, (afgezien van het relatieve boetemaximum van 10% van de omzet) voor overtreding van het verbod op mededingingsafspraken en misbruik van economische machtspositie in Duitsland hoger ligt, dan het Nederlandse boetemaximum (DL € 1.000.000,-; NL € 450.000,-). Voor de overige overtredingen is dit beeld 'omgekeerd'. In Nederland geldt het absolute boetemaximum van € 450.000,- voor alle overtredingen van de Mw, terwijl in Duitsland voor de overige overtredingen een maximum van € 100.000,- geldt (zonder een omzetcriterium).
- 2.7 De vergelijking laat zien dat de wettelijke boetemaxima in de Nederlandse mededingingswetgeving redelijk in de pas lopen met de wettelijke boetemaxima in Groot-Brittannië, België en Duitsland. Slechts in Duitsland is op de overtreding van het verbod op mededingingsafspraken en misbruik van economische machtspositie een hoger absoluut boetemaximum gesteld van € 1.000.000,-. Aangezien daarbij tegelijkertijd een relatief boetemaximum van 10% geldt, is in vergelijking met Nederland sprake van een hoger boetemaximum in de gevallen waarbij het gaat om een overtreder met een omzet tot € 10 miljoen euro.

Telecommunicatie

- 2.8 De vergelijking in de sector telecommunicatie laat een meer gedifferentieerd beeld zien.
- 2.9 De wettelijke boetemaxima in de Nederlandse Tw (€ 450.000,- en indien hoger 1 of 10% van de omzet) zijn vergelijkbaar met de in de andere landen gehanteerd wettelijke boetemaxima.
- 2.10 In de Duitse Telekommunikationsgesetz zijn absolute boetemaxima opgenomen die een verschillende hoogte kennen (variërend van € 10.000,- tot en met € 500.000,-). Voor alle boetemaxima geldt dat daarvan kan worden afgeweken indien het met de overtreding behaalde wederrechtelijke verkregen voordeel groter is.
- 2.11 In Groot-Brittannië (Communications Act 2003) variëren de wettelijke boetemaxima van £ 1.000,- tot £ 250.000,- (€ 1.200,- tot € 297.000,-). Verder zijn er overtredingen waarop een boetemaximum van 5 of 10% van de omzet is gesteld. Voor één overtreding geldt een boetemaximum van £ 2.000.000,- (€ 2,4 miljoen) (artikel 130 van de CA 2003 – voortdurend misbruik een elektronisch communicatie netwerk of dienst).
- 2.12 De wettelijke boetemaxima liggen in België op een lager niveau (5% of 1% van de omzet en in andere gevallen een maximum van € 5.000,-).
- 2.13 De vergelijking laat zien dat in Nederland de wettelijke boetemaxima in de sector telecommunicatie in vergelijking met de wettelijke boetemaxima in de door ons onderzochte landen aan de hoge kant zijn. Uitzondering hierop is dat, anders dan in Nederland, de Duitse Telekommunikationsgesetz de mogelijkheid kent om het wederrechtelijk verkregen voordeel als boetemaximum te hanteren in plaats van het in de wet opgenomen boetemaximum. Indien het voordeel groter is dan € 450.000,- of 10% van de omzet, staat de Telekommunikationsgesetz een hogere boete toe dan onder het Nederlandse recht mogelijk is.
- 2.14 Verder merken wij op dat Nederland in tegenstelling tot de andere landen voor alle overtredingen eenzelfde boetemaximum kent van € 450.000,- (met voor sommige overtredingen als aanvulling of alternatief een omzetcriterium van 1% of 10%). In Duitsland en Groot-Brittannië daarentegen is wat betreft de wettelijke boetemaxima meer gedifferentieerd in de wet zelf.

In Nederland is deze differentiatie aangebracht in de boetebeleidsregels van de Minister van EZ voor de ACM. In de boetebeleidsregels heeft de Minister van EZ voor overtreding van de Tw per norm aangegeven of sprake is van een zeer ernstige, ernstige of minder ernstige overtreding. Daaraan zijn respectievelijk de boetecategorieën verbonden van € 450.000-300.000,-; € 300.000-100.000,- en € 100.000 of minder.

Consumentenbescherming

- 2.15 Voor de sector consumentenbescherming is onderzocht hoe de wettelijke boetemaxima die zijn gesteld op overtreding van de Wet oneerlijke handelspraktijken zich verhouden tot die in Duitsland, België en Groot-Brittannië.
- 2.16 De vergelijking laat zien dat het wettelijk boetemaximum, dat voor overtreding van de Wet oneerlijke handelspraktijken is opgenomen in de Whc, in vergelijking met de wettelijke boetemaxima in de andere landen aanzienlijk hoger is. Het Nederlandse boetemaximum is € 450.000,- en dat van Duitsland, België en Groot-Brittannië is maximaal € 50.000,- dan wel £ 50.000,-.

Conclusie

- 2.17 Op basis van de voorgaande vergelijking van de wettelijke boetemaxima (absoluut en relatief) is onze conclusie dat de wettelijke boetemaxima in Nederland in de pas lopen met de wettelijke boetemaxima in Duitsland, Groot-Brittannië en België. Het is in ieder geval niet zo dat de wettelijke boetemaxima in Nederland significant lager zijn. Dit geldt zowel voor de absolute boetemaxima als de relatieve boetemaxima (omzetpercentage). De vergelijking van de wettelijke boetemaxima van de ACM met de wettelijke boetemaxima die elders in Europa worden gehanteerd, biedt derhalve geen argumenten voor het verhogen van de wettelijke boetemaxima in Nederland.

3 Boetebeleidsregels (mededinging)

- 3.1 Het tweede niveau van vergelijking betreft de boetebeleidsregels. De boetebeleidsregels formuleren de uitgangspunten die de toezichthouder toepast om in het concrete geval binnen de wettelijke boetemaxima tot de vaststelling van een boete te komen. De daadwerkelijk op te leggen boete is derhalve afhankelijk van de inrichting van de boetebeleidsregels.
- 3.2 Voor het mededingingsrecht hebben de andere EU-toezichthouders alle drie boetebeleidsregels gepubliceerd. Voor de sectoren telecommunicatie en consumentenbescherming waren echter geen boetebeleidsregels beschikbaar. Dit kwam ook naar voren in de expertbijeenkomst. Een vergelijking van de boetebeleidsregels met die van de andere EU-toezichthouders op het terrein van het telecommunicatierecht en de consumentenbescherming is dan ook niet mogelijk. De vergelijking van de boetebeleidsregels is dan ook beperkt tot de sector mededinging.
- 3.3 Voor de beboeting van overtredingen van het mededingingsrecht hebben de andere EU-toezichthouders wel boetebeleidsregels gepubliceerd:
- Office of Fair Trading (UK), OFT's guidance as to the appropriate amount of penalty (OFT423, september 2012)

- Raad voor de Mededinging (België), Mededeling betreffende de berekening van de geldboeten

- Bundeskartellamt (Duitsland), Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bußgeldleitlinien (15 september 2006)

- 3.4 De overeenkomst in de boetebeleidsregels is dat zij allemaal de systematiek kennen waarbij eerst een basisbedrag (of basisboete) wordt berekend waarin de betrokken omzet en de ernst en de duur van de overtreding een factor vormen. Het berekende basisbedrag kan vervolgens nog worden aangepast op grond van boeteverhogende of verlagende omstandigheden. In het navolgende wordt in het bijzonder vergeleken op welke wijze de basisboete wordt berekend.

Groot-Brittannië

- 3.5 In Groot-Brittannië is het basisbedrag maximaal 30% van de relevante omzet. Het percentage in het concrete geval is afhankelijk van de ernst van de overtreding.

De relevante omzet is 'the turnover of the undertaking in the relevant product market and relevant geographic market affected by the infringement in the undertaking's last business year' (zie: paragraaf 4)

- 3.6 De duur van de overtreding wordt in de berekening van het basisbedrag betrokken door het percentage van de relevante omzet te vermenigvuldigen met het aantal jaar dat de overtreding heeft geduurd (afgerond naar kwartjaren). Bij een overtreding die minder dan een jaar heeft geduurd, wordt in beginsel uitgegaan van één jaar. In uitzonderlijke omstandigheden kan de factor worden verlaagd.
- 3.7 Het basisbedrag dat op deze manier wordt berekend, kan worden aangepast door boeteverhogende en verlagende omstandigheden. De wettelijke bovengrens van de boete is overigens "10 per cent of the worldwide turnover of the undertaking in its last business year."

België

- 3.8 De Belgische toezichthouder bepaalt bij het vaststellen van de basisboete eerst 'de betrokken omzet'.
- 3.9 Daarna wordt, door de betrokken omzet met een bepaald percentage te vermenigvuldigen, voor zowel de ernst als de duur van de overtreding een afzonderlijke boetecomponent bepaald (uitgedrukt in geld). De boetecomponent 'ernst' wordt vastgesteld door de betrokken omzet te vermenigvuldigen met een bepaald percentage dat afhankelijk is van de ernst van de

overtreding. Voor ernstige en zeer ernstige inbreuken ligt dit percentage tussen de 15% en 30%. Voor andere inbreuken is het percentage 15% of lager.

- 3.10 Voor de boetecomponent 'duur' wordt de vastgestelde component voor 'ernst', afhankelijk van de omstandigheden van het geval, vermenigvuldigd met een percentage tussen 10 tot 30%. De uitkomst daarvan wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de overtreding heeft geduurd.

Rekenvoorbeeld

De betrokken omzet is €1.000.000,-; het percentage voor de 'ernst' is 20%, het percentage voor de 'duur' is 30% en de duur van de overtreding 5 jaar.

De hoogte van de boete wordt met deze gegevens als volgt berekend:

'Ernst'-component = $20\% \times € 1.000.000,- = € 200.000,-$

'Duur'-component = $30\% \times € 200.000,- \times 5 \text{ jaar} = € 300.000,-$

Boetebedrag = $€ 200.000,- + € 300.000,- = € 500.000,-$.

- 3.11 Het basisbedrag kan vervolgens nog worden verhoogd of verlaagd. Voor zowel de boeteverhogende als de boeteverlagende omstandigheden wordt een afzonderlijk percentage van het basisbedrag bepaald dat respectievelijk bij het basisbedrag wordt opgeteld of van het basisbedrag wordt afgehaald.

Duitsland

- 3.12 De wijze waarop de Duitse toezichthouder het basisbedrag berekend, is in de boetebeleidsregels minder expliciet uitgewerkt. Evenals in België en Groot-Brittannië kan de basisboete maximaal 30% van de betrokken omzet bedragen. Dit percentage geeft uitdrukking aan zowel de duur als de ernst van de overtreding.
- 3.13 De boetebeleidsregels bevatten weinig richtlijnen over de hoogte van het omzetpercentage in het concrete geval. Wel wordt aangegeven dat bij ernstige horizontale inbreuken op de mededinging in de regel het hoogste percentage van 30% moet gelden. Vervolgens geven de boetebeleidsregels een aantal boeteverhogende en verlagende omstandigheden. Opmerkelijk is wel dat de boete kan worden verhoogd met maximaal 100% om de afschrikwekkende werking te vergroten (vermoedelijk ter voorkoming van herhaalde overtreding).

Europese Commissie

- 3.14 In de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, tweede lid, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, heeft de Commissie uiteengezet hoe zijn binnen de boetemaxima van Verordening (EG) nr. 1/2003 in een concreet geval de boetehoogte zal bepalen. Het basisbedrag van de op te leggen boete stelt de Commissie vast op basis van de waarde van de op desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk. De Commissie gaat daarbij uit van de verkopen van de onderneming in het laatste volledig jaar waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen.

Het percentage van de omzet dat in aanmerking wordt genomen is afhankelijk van de ernst van de overtreding. Het maximale percentage bedraagt 30%. Dit bedrag wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de overtreding heeft geduurd (naar boven afgerond in halve jaren) en vormt het basisbedrag van de op te leggen boete. Om ondernemingen van deelname aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking te weerhouden, kan de Commissie, onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan de inbreuk, aan het basisbedrag een bedrag toevoegen van tussen 15 % en 25 % van de waarde van de verkopen. De Commissie kan ook bij andere inbreuken een dergelijk extra bedrag toevoegen.

Nederland

- 3.15 De Nederlandse boetebeleidsregels die betrekking hebben op het opleggen van boetes voor overtreding van de mededingingsregels zijn veel fijnmaziger. De boetebeleidsregels kennen een afzonderlijke systematiek voor (i) overtreding van de artikelen 6 en 24 Mw en 101 en 102 van het VWEU en (ii) overige overtredingen.

Artikel 6 en 24 van de Mw

- 3.16 Bij overtreding van artikel 6 en 24 van de Mw geldt bij de vaststelling van de boetegrondslag een vast percentage van 10% van de betrokken omzet. De duur van de overtreding is hierin verdisconteerd, omdat niet wordt gekeken naar de jaaromzet, maar naar de betrokken omzet over de hele periode dat de overtreding heeft geduurd. Het percentage van 10% van de betrokken omzet wordt vervolgens vermenigvuldigd met een ernstfactor van ten hoogste 5 waardoor de basisboete maximaal 50% van de betrokken omzet bedraagt.
- 3.17 Verder kan de ACM vanuit het oogpunt van specifieke preventie voor zeer zware overtredingen (i) een toeslag op de basisboete toepassen van maximaal 25% van de *betrokken* omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding, of (ii) de basisboete aanpassen, uitgedrukt in de totale *jaaromzet* van de overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking. De laatste mogelijkheid is bedoeld voor de situatie dat de activiteiten of diensten waarop de overtreding ziet slechts een

klein deel is van de totale activiteiten van de onderneming. De bij de overtreding betrokken omzet is dan vele malen lager dan de totale omzet van de onderneming, zodat van een boete op basis van betrokken omzet een weinig specifieke preventieve werking uitgaat.

Zie de artikelen 2.4 tot en met 2.7 van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM (Stcrt. nr. 11214, 22 september 2009).

Overige overtredingen

3.18 De overige overtredingen zijn verdeeld over zes categorieën. Per categorie is aangegeven welk percentage van de omzet wordt gebruikt voor de berekening van het basisbedrag. Dit percentage varieert van 0,25 tot 15 promille van de *jaaromzet*. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt dit bedrag vermenigvuldigd met een factor van ten hoogste 5.

3.19 Wanneer de indeling in een boetecategorie in het concrete geval naar het oordeel van de ACM geen passend beboeting toelaat, kan de ACM de naast hogere of naast lagere categorie toepassen.

Zie de artikelen 2.8 tot en met 2.10 van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM (Stcrt. nr. 11214, 22 september 2009).

Vergelijking

3.20 De vergelijking van de boetebeleidsregels in het mededingingsrecht leidt tot de volgende waarnemingen.

3.21 Een overeenkomst is dat in alle boetebeleidsregels een systematiek wordt toegepast, waarbij eerst een basisboete wordt berekend die op grond van boeteverlagende of -verhogende omstandigheden kan worden aangepast. Bij de vaststelling van de basisboete speelt de ernst en duur van de overtreding een rol.

3.22 Een verschil tussen de boetebeleidsregels van de EU-toezichthouders en de ACM is dat de andere EU-toezichthouders bij de bepalingen van de basisboete geen afzonderlijke ernstfactor toepassen. In de systematiek van de ACM is de boetegrondslag 10% van de betrokken omzet. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een ernstfactor van maximaal 5. De basisboete in Nederland voor overtreding van artikel 6 en 24 van de Mw in het geval van een zeer ernstige overtreding kan daarmee oplopen tot 50% van de betrokken omzet (10% van de betrokken omzet x ernstfactor 5). De duur van de overtreding is hierin reeds verdisconteerd, omdat de ACM rekent met de betrokken omzet die is behaald in de periode dat de onderneming aan de overtreding heeft deelgenomen

- 3.23 De boetebeleidsregels van de andere EU-toezichthouders kennen geen afzonderlijke ernstfactor en boetegrondslag. In de boetebeleidsregels van de Britse en Duitse toezichthouders en de Richtsnoeren van de Europese Commissie is de boete maximaal 30% van de omzet, waarin de ernst van de overtreding reeds is verdisconteerd. De Britse toezichthouder en de Europese Commissie rekenen met de omzet die in het laatste volledige jaar van de overtreding is begaan. De basisboete wordt bepaald door deze jaaromzet te vermenigvuldigen met de duur van de overtreding. De Duitse toezichthouder echter rekent, evenals de ACM, met de betrokken omzet over de gehele duur van de overtreding. Dit verschil in de wijze waarop de duur van overtreding in de berekening van de basisboete wordt betrokken, kan bij toepassing in het concrete geval tot verschillende boetehoogtes leiden. Bijvoorbeeld, in het geval dat de betrokken omzet in het laatste volledig jaar hoger is dan omzet in de jaren die daaraan vooraf zijn gegaan.

Conclusie

- 3.24 De vergelijking van de boetebeleidsregels in de mededingingssector laat naar onze opvatting zien dat de wijze waarop de ACM de basisboete berekend in de regel niet tot significante lagere boetes zal leiden in vergelijking met de andere EU-toezichthouders. Derhalve kan ook hierin geen argument worden gevonden voor het aanpassen van de boetebeleidsregels zodanig dat dit tot het opleggen van hogere zal leiden.

Recidive

In de boetebeleidsregels zijn ook recidivebepalingen opgenomen. In de boetebeleidsregels van de Belgische toezichthouder is recidive een boeteverhogende omstandigheid. Daar is echter geen (maximale) in een percentage uitgedrukte verhoging aan verbonden. Dit geldt ook voor de Britse toezichthouder. In een voetnoot verwijst zij wel naar een percentage van maximaal 100% dat door de Europese Commissie wordt toegepast. Onder omstandigheden acht de Britse toezichthouder denkbaar dat zij ook tot een dergelijk verhoging (verdubbeling) komt. In de boetebeleidsregels van de Duitse toezichthouder is geen recidivebepaling opgenomen.

4 Omzetcriteria

- 4.1 In de voorgaande paragrafen 2 en 3 hebben wij de in Nederland, België, Duitsland en Groot-Brittannië toepasselijke wettelijke boetemaxima met elkaar vergeleken voor de sectoren mededinging, telecommunicatie en consumentenbescherming. Daarnaast is voor de sector mededinging onderzocht hoe de boetebeleidsregels van de andere EU-toezichthouders zich verhouden tot die voor de ACM.
- 4.2 In deze paragrafen zijn onder meer de wettelijke relatieve boetemaxima en de omzetcriteria in de boetebeleidsregels met elkaar vergeleken. De vergelijking liet zien dat Nederland wat betreft de *percentages* van de omzet die het wettelijke boetemaximum bepalen iets uit de pas loopt met de andere EU-toezichthouders.

4.3 Verder bleek dat uit de vergelijking van de boetebeleidsregels dat de systematiek (en de daarin opgenomen omzetpercentages) die de ACM toepast bij de berekening van de basisboete in ieder geval niet leidt tot significant lagere boetes. De maximale basisboete (10% van de betrokken omzet x factor 0-5 voor ernst) kan juist hoger uitvallen dan bij de andere EU-toezichthouders. Op grond van de boetebeleidsregels van de andere toezichthouders is de boete maximaal 30% van de omzet. Anders dan de boetebeleidsregels voor de ACM is de ernst van de overtreding daarin reeds verdisconteerd en wordt het percentage van de omzet niet met een afzonderlijke ernstfactor vermenigvuldigd.

4.4 Naast het percentage is echter van belang welke omzet als grondslag wordt gebruikt bij het bepalen van het wettelijke boetemaximum en het vaststellen van de basisboete op grond van de boetebeleidsregels. Bij de vergelijking van de wettelijke boetemaxima (paragraaf 2) en boetebeleidsregels in het mededingingsrecht (paragraaf 3) hebben wij wisselend gebruik gemaakt van termen als ‘*betrokken omzet*’, ‘*jaaromzet*’ en ‘*relevante omzet*’ (afhankelijk van het criterium dat in het betreffende land wordt gehanteerd). In het navolgende zullen wij nader beschrijven welke omzet door de andere EU-toezichthouders en de ACM in de berekening van de basisboete wordt meegenomen. Aan de hand daarvan kan worden gezien in hoeverre in de vergelijking met andere EU-toezichthouders een argument kan worden gevonden om het omzetcriterium in de wet of boetebeleidsregels “uit te breiden”.

De vergelijking is beperkt tot het telecommunicatierecht en mededingingsrecht, omdat in Nederland alleen in deze sectoren een percentage van de omzet wordt gebruikt als boetemaximum of als grondslag voor de basisboete. De sector consumentenbescherming blijft dan ook buitenbeschouwing.

Mededinging

Tabel 1 Wettelijk boetemaximum en grondslag basisboete in de onderzochte lidstaten in de sector mededinging

Lidstaat	Wettelijk boetemaximum	Grondslag basisbedrag in boetebeleidsregel
NL	<u>Wereldwijde omzet</u> van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding	‘betrokken omzet’ = de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft
BE	<u>Nationale omzet</u> (incl. export) van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de	‘betrokken omzet’ = de totale waarde van de verkoop van producten en diensten die in verband staat met vastgestelde inbreuk(en)

overtreding		
UK	<u>Wereldwijde omzet</u> van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding	'relevant turnover' = The relevant turnover is the turnover of the undertaking in the relevant product market and relevant geographic market affected by the infringement in the undertaking's last business year
DL	<u>Wereldwijde omzet</u> van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding	'Tatbezogener Umsatz' = ist der von dem betroffenen Unternehmen mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielte inländische Umsatz
EC	<u>Totale omzet</u> van de onderneming in boekjaar voorafgaande aan de overtreding	'waarde van de verkopen' = 'waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect (1) verband houden met de inbreuk.'

- 4.5 Het wettelijke relatieve boetemaximum in de Mw wordt vastgesteld aan de hand van de wereldwijde omzet van de overtreder in het jaar voorafgaande aan de overtreding. Het bovenstaande overzicht laat zien dat Nederland daarmee aansluit bij Groot-Brittannië, Duitsland en de Europese Commissie. België hanteert een beperkter criterium en rekent met de nationale omzet.
- 4.6 Ook wat betreft de omzet die wordt gebruikt voor de berekening van de basisboete loopt Nederland in de pas met de andere EU-toezichthouders. Voor alle toezichthouders geldt dat zij rekenen met de omzet die in verband staat met de overtreding (de betrokken omzet). Uit oogpunt van evenredigheid ligt dit ook voor de hand.

Telecommunicatie

Tabel 2 Wettelijk boetemaximum en grondslag basisboete in de onderzochte lidstaten sector telecommunicatie.

Lidstaat	Wettelijk boetemaximum	Grondslag basisbedrag (in bb)
NL	De nationale omzet die de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding in elektronische communicatiesector heeft behaald.	“b. betrokken omzet: de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen.”
BE	De nationale omzet die de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding in elektronische communicatiesector heeft behaald.	Geen boetebeleidsregels
UK	De omzet die overtreder heeft behaald met zijn activiteiten in de elektronische communicatiesector over de periode van overtreding (tot maximaal een jaar).	Geen omzetcriterium in de boetebeleidsregels.
DL	Geen omzetcriterium	Geen omzetcriterium

- 4.7 Het wettelijke relatieve boetemaximum in de Tw wordt vastgesteld aan de hand van de nationale omzet die de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding in elektronische communicatiesector heeft behaald. Het bovenstaande overzicht laat zien dat Nederland daarmee aansluit bij België en Groot-Brittannië.

Conclusie

- 4.8 De voorgaande vergelijking laat zien dat de omzetcriteria die de ACM hanteert niet uit de pas lopen met de omzetcriterium die de andere EU-toezichthouders hanteren voor de vaststelling van het wettelijke boetemaximum (telecommunicatie en mededinging) en de basisboete (mededinging).

5 Conclusies

5.1 In het voorgaande hebben wij aan het einde van elke paragraaf onze bevindingen en conclusie beschreven. Samengevat, leidt dit tot de volgende drie conclusies:

- De relatieve en absolute boetemaxima lopen in de pas met de wettelijke boetemaxima in Groot-Brittannië, Duitsland en België.
- De systematiek op basis waarvan de ACM in het mededingingsrecht de basisboete berekent (neergelegd in haar boetebeleidsregels), leidt in de regel niet tot lagere boetes in vergelijking met de systematiek die andere EU-toezichthouders toepassen.
- De omzetcriteria die de ACM hanteert, lopen niet uit de pas met de omzetcriteria die de andere EU-toezichthouders hanteren voor de vaststelling van het wettelijke boetemaximum en de basisboete.

7.4 CASE STUDY AFM EN DNB

1 Inleiding

- 1.1 Deze bijlage betreft de case study naar de wijziging van het boetestelsel voor de financiële toezichtsector. Aan de hand van door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) opgelegde boetes van voor en na de wijziging van het boetestelsel wordt onderzocht wat het effect is van deze wijziging op de hoogte van de opgelegde boetes.
- 1.2 Eerst zal worden beschreven welke wijzigingen in het boetestelsel zijn aangebracht (onderdeel 2). Daarna zal een vergelijking worden gemaakt van boetes die onder het nieuwe en onder het oude boetestelsel zijn opgelegd (onderdeel 3). Daartoe zijn eerst de door de AFM en DNB op hun websites gepubliceerde boetebesluiten geanalyseerd die onder het nieuwe boetestelsel zijn genomen. Vervolgens zijn deze onder het nieuwe boetestelsel opgelegde boetes vergeleken met de meest recente door de AFM en DNB gepubliceerde boetebesluiten die onder het oude boetestelsel zijn genomen en die wat betreft de overtreden norm en de overtreder het meest overeenkomen met de gepubliceerde boetebesluiten onder het nieuwe stelsel. Aan het slot bespreken wij onze conclusie en geven wij aan in hoeverre die toepasbaar zijn op een eventuele verhoging van de boetemaxima van de ACM (onderdeel 4).

2 Beschrijving wijzigingen in het boetestelsel

- 2.1 De kern van de wijziging van het boetestelsel voor het toezicht op de financiële wetgeving is een overgang van een systeem van vaste bestuurlijke boetes naar een gecombineerd systeem van gefixeerde boetebedragen voor lichtere overtredingen en een flexibele boetesystematiek voor zwaardere overtredingen. Verder zijn de wettelijke boetemaxima aanzienlijk verhoogd.

Het oude boetestelsel

In het boetestelsel (Besluit boetes Wft) werd een systematiek toegepast waarbij iedere afzonderlijke overtreding werd ingedeeld in een bepaalde boetecategorie met daaraan gekoppeld een vast boetetarief. De indeling in een boetecategorie was afhankelijk van de zwaarte van de overtreding. De op te leggen boete werd vastgesteld door het boetetarief te vermenigvuldigen met een draagkrachtfactor. De toepasselijke factor was afhankelijk van de financiële situatie van de onder toezicht staande instelling, zoals balanstotaal, eigen vermogen, omzet of de opbrengst.

De mogelijke maximum boete die op grond van het Besluit boetes Wft kon worden opgelegd bedroeg € 480.000,-. Op grond van de Wft gold echter een wettelijk boetemaximum van € 900.000,-. Het wettelijk maximum kon dan ook niet worden gehaald.

- 2.2 Het nadeel van deze systematiek - die zowel in het Besluit boetes Wft als daaraan voorafgaande wet- en regelgeving was neergelegd - was dat de hoogte van boetes niet altijd goed aansloten bij alle omstandigheden die bij een overtreding aan de orde waren. Met omstandigheden als recidive of het door de overtreding verkregen wederrechtelijk voordeel kon weinig tot geen rekening worden gehouden. Hierdoor viel in een deel van de gevallen de boete (te) laag uit.
- 2.3 De wijziging van het boetestelsel was daarom mede ingegeven om te komen tot een boetestelsel waarbij beter rekening kon worden gehouden met de omstandigheden van het geval en voorts om hogere boetes te kunnen opleggen. Volgens de wetgever was de mogelijke maximum boete van € 480.000, - "*absoluut onvoldoende om een geloofwaardig handhavingsinstrument te zijn*". (vgl. *Kamerstukken II* 30 125, nr. 2, p. 8).

Het nieuwe boetestelsel

- 2.4 Met het nieuwe boetestelsel is aan deze nadelen tegemoet gekomen door te kiezen voor een meer flexibele systematiek en de wettelijke boetemaxima fors te verhogen. In het nieuwe boetestelsel heeft de toezichthouder een grotere discretionaire bevoegdheid, waarbij de toezichthouder anders dan onder het oude stelsel meer rekening kan houden met de concrete omstandigheden van het geval. Het nieuwe boetestelsel ziet er als volgt uit.
- 2.5 In artikel 1:81, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) is bepaald dat de maximaal op te leggen boete € 4.000.000,- bedraagt en dat het bedrag in geval van recidive kan worden verdubbeld (tot maximaal € 8.000.000,-). Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat in een algemene maatregel van bestuur moet worden uitgewerkt met welke bestuurlijke boete een overtreding zal worden beboet. Er wordt voorgeschreven dat de overtredingen in de algemene maatregel van bestuur worden gerangschikt in drie categorieën naar gelang de zwaarte van de overtreding met daarbij behorende, basisbedragen, minimumbedragen en maximumbedragen.

Tabel 3 Rangschikking boetebedragen naar categorie met basisbedrag, minimumbedrag en maximumbedrag

Categorie	Basisbedrag	Minimumbedrag	Maximumbedrag
1	€ 10.000,-	€ 0,-	€ 10.000,-
2	€ 500.000,-	€ 0,-	€ 1.000.000,-
3	€ 2.000.000,-	€ 0,-	€ 4.000.000,-

- 2.6 In afwijking van deze systematiek kunnen de AFM en DNB de hoogte van de bestuurlijke boete ook vaststellen op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, indien dit voordeel groter is dan € 2.000.000,- (artikel 1:81, derde lid, van de Wft).
- 2.7 De genoemde algemene maatregel van bestuur is het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna: Besluit boetes). Daarin is nader uitgewerkt op welke wijze de toezichthouders tot vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete komt.
- 2.8 *1^e categorie* - In de eerste categorie (maximum van € 10.000,-) geldt een vaste boetesystematiek. Dat wil zeggen, een vaste boete zonder rekening te houden met boeteverhogende of verlagende factoren; uitgezonderd recidive, waarvoor een dubbel wettelijk maximum geldt. De toezichthouder dient bij het vaststellen van de hoogte van het boetebedrag wel rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder en de hardheidsclausule van artikel 5:46, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).
- 2.9 *2^e en 3^e categorie* - Artikel 2, eerste lid, van het Besluit boetes bepaalt dat de toezichthouders de bestuurlijke boete vaststelt op het basisbedrag. Vervolgens kan de toezichthouders op grond van de *ernst en de duur* van de overtreding de boete met maximaal 50% van het basisbedrag verhogen of verlagen (artikel 2, tweede lid, van het Besluit boetes). Verder kan de toezichthouder het boetebedrag eveneens met maximaal 50% van het basisbedrag verhogen of verlagen indien de mate van *verwijtbaarheid* een dergelijke verhoging of verlaging rechtvaardigt. Tot slot bepalen artikel 4, eerste en tweede lid, van het Besluit boetes dat de toezichthouder rekening moet houden met de draagkracht van de overtreder en de bestuurlijke boete om die reden met maximaal 100% kan verlagen. Schematisch ziet de systematiek er als volgt uit:

Boete = basisbedrag -> ernst of duur (max. +/- 50%) + verwijtbaarheid (max. +/- 50%) -> draagkracht (matiging tot max. € 0,-)

Rekenvoorbeeld

Er is sprake van een overtreding van een wettelijk voorschrift waarvoor boetecategorie 2 geldt. Voorts kan de overtreding als ernstig en duurzaam worden aangemerkt en is sprake van een beperkte mate van verwijtbaarheid. Het basisbedrag is € 500.000. Vanwege de boeteverhogende omstandigheden (ernst en duur) wordt dit bedrag met 50% verhoogd (€ 250.000,-) verhoogd zodat het boetebedrag (€ 500.000,- + € 250.000,- =) € 750.000,- bedraagt. Vanwege de beperkte verwijtbaarheid wordt het boetebedrag met € 250.000 verminderd, waarmee het boetebedrag (€ 750.000,- - € 250.000,- =) € 500.000,- bedraagt. Vervolgens vermindert de toezichthouder het boetebedrag indien de draagkracht van betrokkene of een andere omstandigheid daartoe aanleiding geeft.

3 Vergelijking boetestelsel onder het oude en nieuwe stelsel

- 3.1 Voor de vergelijking tussen de door de AFM en DNB opgelegde boetes onder het nieuwe en het oude stelsel is gebruik gemaakt van de boetes die zijn gepubliceerd op de websites van DNB en de AFM.

Over de boetes die onder het nieuwe boetestelsel zijn opgelegd, heeft zich nog weinig gepubliceerde jurisprudentie gevormd.³⁷ Derhalve is de matiging door de rechter in onderstaande vergelijking nauwelijks meegenomen.

Boetes onder het nieuwe boetestelsel

- 3.2 Van de AFM hebben wij zeventien boetes gevonden die zijn opgelegd onder het nieuwe stelsel en voor DNB gaat het om drie boetes die op de website zijn gepubliceerd.
- 3.3 De beoordeling van de gepubliceerde boetebesluiten onder het nieuwe boetestelsel leidt tot de volgende waarnemingen:
- De hoogte van de opgelegde boetes vallen binnen een bandbreedte van (€ 500,- tot € 250.000,-).
 - Het wettelijk boetemaximum van € 4.000.000,- is tot op heden niet opgelegd.
 - Ten opzichte van het basisbedrag in de tweede en derde categorie (€ 500.000,- respectievelijk € 2.000.000,-) worden de boetes door de AFM en DNB zelf fors gematigd.
 - In veel gevallen (6 van de 20 boetebesluiten) is de boete fors gematigd vanwege de beperkte *draagkracht* van de overtreder. Het betreft matiging tot € 500,- en in een enkel geval € 2.500,-. Overigens gaat het in alle gevallen om boetes die de AFM heeft opgelegd.

³⁷ Het gaat om een beperkt aantal uitspraken, waaronder Rechtbank Rotterdam 8 maart 2012, LJN: BV8637 en Rechtbank Rotterdam (vzr.) 21 juni 2011, LJN: BQ8872

- In de andere gevallen wordt vanuit oogpunt van evenredigheid een lagere boete dan het voorgeschreven basisbedrag passend geacht. De opgelegde boetes liggen in die gevallen binnen een bandbreedte van € 31.250,- tot en met € 250.000,-. Het betreft zowel boetes van DNB als van de AFM. Veelal is de omvang van de onderneming of het vermogen van de natuurlijke persoon een belangrijke factor voor het opleggen van een lagere boete.

Boetes onder het oude boetestelsel

- 3.4 De in de vergelijking te betrekken boetebesluiten die onder het oude boetestelsel zijn opgelegd, zijn geselecteerd met in achtneming van de onder het nieuwe boetestelsel opgelegde boetes. Daarbij is gezocht naar gepubliceerde boetebesluiten die wat betreft de overtreden norm en de overtreder op hoofdlijnen vergelijkbaar zijn met de boetebesluiten die onder het nieuwe boetestelsel zijn genomen.
- 3.5 Door de AFM zijn op haar website 11 boetebesluiten gepubliceerd waarin het oude boetestelsel is toegepast en waarvan de overtreden norm overeenkomt met een aantal boetes onder het nieuwe stelsel zijn opgelegd. Op de website van DNB is een beperkt aantal boetebesluiten gepubliceerd die onder het oude stelsel zijn opgelegd. Om deze reden is op rechtspraak.nl gezocht naar beroepsprocedure over boetes die onder het oude stelsel zijn opgelegd.³⁸
- 3.6 Op basis hiervan zijn de volgende type boetebesluiten in de vergelijking betrokken:

AFM

- 8 boetebesluiten voor overtreding van artikel 4:23 van de Wft.
- 2 boetebesluiten voor overtreding van artikel 4:9 van de Wft.
- 1 boetebesluit voor overtreding van artikel 5:57 van de Wft.

DNB

- 6 boetebesluiten voor overtreding van artikel 82 lid 1 Wet toezicht kredietwezen 1992
 - 2 boetebesluiten voor overtreding van artikel 3:7 Wft
 - 1 boetebesluit voor overtreding van artikel 3:5 lid 1 Wft
- 3.7 Een analyse van de boetebesluiten onder het oude stelsel leidt tot de volgende waarnemingen.

³⁸ Vanwege het beperkte aantal kenbare boetebesluiten van DNB waarin met toepassing van het Besluit boetes Wft een boete is opgelegd, is er voor gekozen om voor DNB een aantal boetebesluiten in de vergelijking te betrekking die zijn opgelegd met toepassing van het boetestelsel dat gold voor de inwerkingtreding van het Besluit boetes Wft

- De hoogte van de opgelegde (en onherroepelijke) boetes vallen binnen een bandbreedte van € 5.400,- tot € 87.125,-.
- De boetes zijn door de AFM zelf niet tot weinig gematigd ten opzichte van het wettelijk voorgeschreven boetetarief op grond van draagkracht of andere omstandigheden. De in de primaire besluiten opgelegde boetes blijven in de meeste gevallen in stand. Voor zover al sprake is van bezwaar of beroep leidt dit (op een enkel geval na) niet tot matiging van de boete uit oogpunt van evenredigheid. In 2 van de 11 gevallen is de boete in beroep of hoger beroep gematigd wegens overschrijding van de redelijke termijn.
- DNB legt in 4 van de 10 gevallen (na bezwaar) het maximum wettelijk tarief op. In de andere helft van de gevallen matigt DNB de boete tot € 25.000,- (4x), € 45.210,- of € 10.000,-. In 3 van de 10 gevallen heeft de bestuursrechter de boete gematigd tot € 10.000 of minder.

4 Conclusies

4.1 Op grond van de voorgaande vergelijking komen wij tot de volgende conclusies.

4.2 Er kan worden vastgesteld dat een verhoging van de wettelijke boetemaxima in het geval van DNB en de AFM heeft geleid tot het opleggen van hogere boetes en daarmee naar verwachting ook tot hogere boete-inkomsten (wij beschikken niet over gegevens over de daadwerkelijk geïnde boete-inkomsten). De vergelijking laat zien dat onder het oude boetestelsel de boetes binnen een bandbreedte van € 1.000,- tot en met € 87.125,- vallen en onder het nieuwe boetestelsel binnen een bandbreedte van € 500,- tot € 250.000,-. Uitgedrukt in een cijfer is de bovengrens met een factor 3 toegenomen.

Opmerking verdient dat deze conclusie een indicatie betreft, omdat alleen de gepubliceerde boetebesluiten onder het nieuwe boetestelsel en een beperkte selectie van de boetebesluiten onder het oude stelsel in de vergelijking zijn betrokken.

4.3 Verder is van belang er op te wijzen dat de genoemde bandbreedte onder het nieuwe boetestelsel weliswaar een hogere bovengrens kent, maar ook een lage ondergrens van € 500,- die vergelijkbaar is met de situatie onder het oude boetestelsel met een ondergrens van € 1.000,-. Deze lage ondergrens wordt verklaard door het fors matigen van een aantal boetes wegens de beperkte draagkracht van de overtreder tot en symbolisch bedrag.³⁹

4.4 Tot slot moet worden gemerkt dat de wettelijke boetemaxima fors zijn verhoogd tot maximaal € 4.000.000,- en indien sprake is van recidive het tweevoudige daarvan. De hoogst

³⁹ Uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 januari 2013 (LJN: BY9417) blijkt dat de AFM het bedrag van € 500,- als een 'symbolisch bedrag' beschouwd in het geval sprake is van zeer beperkte draagkracht van de overtreder

gepubliceerde boete die onder het nieuwe stelsel is opgelegd bedraagt € 250.000,-. Evenals onder het oude stelsel wordt het wettelijke boetemaximum niet gehaald.

5 Toepassing op de onderzoeksgebieden

- 5.1 Met enige voorzichtigheid kan de conclusie, dat verhoging van de wettelijke boetemaxima leidt hogere boete-inkomsten, ook worden toegepast op de in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen.
- 5.2 Uitgangspunt is - zoals ook uiteen is gezet in het algemeen juridisch kader - dat de rechter de keuze van de formele wetgever om de wettelijke boetemaxima te verhogen en de invulling daarvan in boetebeleidsregels door de lagere wetgever of toezichthouder zal respecteren en tot vertrekpunt zal nemen bij de beoordeling van de evenredigheid van de boete. Zolang het boetestelsel in de regel niet onevenredig uitpakt, zal een wijziging daarvan (zodanig dat overtredingen met hogere boetes worden bedreigd) tot het daadwerkelijk opleggen van hogere boetes leiden en daarmee naar verwachting ook tot hogere boete-inkomsten.
- 5.3 Wij merken wel op dat het oude boetestelsel voor de financiële toezichtsector, als vertrekpunt voor het aanbrengen van wijzigingen, geheel anders is dan het huidige boetestelsel voor de ACM. Waar het boetestelsel voor de ACM op dit moment al de mogelijkheid geeft aanzienlijke boetes op te leggen, was dat bij de oude boetestelsels van AFM en DNB in minder mate het geval. Met andere woorden: het vertrekpunt is anders. De wijziging van het boetestelsel voor de financiële sector heeft er juist toe geleid dat de boetestelsels voor de ACM en die voor DNB en de AFM meer met elkaar in overeenstemming zijn gebracht wat betreft de flexibele systematiek en de hoogte van de boetemaxima.
- 5.4 Dit betekent dat niet zonder meer kan worden gezegd dat het implementeren van de voorgestelde maatregelen in dezelfde mate zal leiden tot hogere boetes als bij de AFM en DNB het geval is geweest. De huidige boetemaxima die de ACM toepast, zijn immers aanzienlijk hoger dan de boetemaxima die golden voor de financiële toezichtssector voor de wijziging van het boetestelsel. Wel ondersteunen de uitkomsten van deze case study de analyse dat de rechter de wettelijke boetemaxima en de boetebeleidsregels als vertrekpunt zal nemen bij de beoordeling van de evenredigheid van een in concrete opgelegde boete.

7.5 CONSERVATOIR BESLAG

1. Inleiding

- 1.1 In de offerte hebben SiRM en Pels Rijcken, naast de in de onderzoeksopdracht voorgestelde maatregelen, op verzoek van de opdrachtgever tot slot nog de mogelijkheid van het leggen van conservatoir beslag en het effect daarvan op de boete-inkomsten in het onderzoek betrokken.
- 1.2 Hierna wordt eerst ingegaan op de vraag in hoeverre en op welk moment in het boetetraject het leggen van conservatoir beslag mogelijk is (onderdeel 2). Daarna beschrijven wij wat de inbreng is geweest van de experts tijdens de bijeenkomst op 2 mei 2013 over dit onderwerp (onderdeel 3). Tot slot zullen wij onze conclusies beschrijven en de vraag beantwoorden in hoeverre het leggen van conservatoir beslag kan bijdragen aan de verhoging van de boete-inkomsten (onderdeel 4).

2 Conservatoir beslag in het boetetraject

- 2.1 Conservatoir beslag is een maatregel tot bewaring van de rechten van de beslaglegger. Deze voorkomt door het leggen van conservatoir beslag dat de beslagene het in beslag genomen goed vervreemdt. Doel van het conservatoir beslag is dus met name om eventuele verhaalsmogelijkheden op voorhand veilig te stellen.
- 2.2 Voor het leggen van conservatoir beslag is verlof nodig van de voorzieningenrechter. Artikel 700 lid 1 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) geeft een regeling met betrekking tot de relatief bevoegde voorzieningenrechter. Om dat verlof te verkrijgen dient een verzoekschrift te worden ingediend. Hierop zijn de gewone regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing (artikel 261 e.v. Rv). Daaronder valt de bepaling dat het verzoekschrift door een advocaat dient te worden ondertekend (artikel 278 lid 3 Rv). Voorts moet in het verzoekschrift uiteen worden gezet waarop de vordering op de partij in kwestie berust.

Moment waarop conservatoir beslag kan worden gelegd

- 2.3 In algemene zin geldt dat conservatoir beslag kan worden gelegd als de vordering opeisbaar is, oftewel als sprake is van een betalingsverplichting. Zou dit anders zijn, dan zou al te eenvoudig beslag kunnen worden gelegd op de vermogensbestanddelen van een ander. Men kan zich bovendien afvragen waarom een beslag gerechtvaardigd zou zijn op een moment dat er voor de overtreder nog geen betalingsverplichting bestaat. In beginsel verleent de voorzieningenrechter dan ook geen verlof voor niet opeisbare vorderingen (bv. Rb. Assen 8 december 2011, LJN: BU8227).

- 2.4 Het is echter niet uitgesloten dat beslag wordt gelegd voordat een betalingsverplichting bestaat. In het kader van handhaving is dat zelfs goed voorstelbaar, omdat de opeisbaarheid van de vordering (de boete) eerst ontstaat na afloop van de betalingstermijn van zes weken (artikel 4:87, eerste lid, van de Awb). Juist als de vrees bestaat dat een overtreder vermogensbestanddelen gaat verduisteren, kan het zaak zijn beslag te leggen voordat een boete is opgelegd (en de betalingstermijn van zes weken is verstreken).
- 2.5 Voor de vraag of het leggen van conservatoir beslag voor een toekomstige vordering mogelijk is, moet worden gekeken naar:
- 1) de (on)zekerheid van de toekomstige vordering, en
 - 2) de aannemelijkheid dat de vermoedelijke overtreder niet aan zijn toekomstige verplichting zal voldoen.
- 2.6 In het algemeen geldt dat naar mate meer zekerheid bestaat over de toekomstige vordering en het risico groter is dat de vermoedelijke overtreder zijn vermogensbestanddelen zal vervreemden, in een eerder stadium conservatoir beslag kan worden gelegd. De zekerheid over de toekomstige vordering is afhankelijk van de mate waarin de toezichthouder beschikt over concreet en overtuigend bewijs voor de overtreding.
- 2.7 Uit het vereiste dat de vordering voldoende zeker moet zijn, vloeit voort dat de onderbouwing van de overtreding in het verzoekschrift moet worden opgenomen. Voorts moet worden onderbouwd waarom aannemelijk is dat de schuldenaar (overtreder) niet aan zijn betalingsverplichting zal voldoen (bijv. dreigend faillissement, uitschrijving uit het register van de Kamer van Koophandel, gedrag in het verleden, etc.)
- 2.8 Ons inziens is het leggen van conservatoir beslag in beginsel mogelijk met de bekendmaking van het boetevoornemen. De praktijk laat zien dat de voorzieningenrechter bij het boetevoornemen de toekomstige vordering voldoende zeker acht om het gevraagde conservatoir beslag toe te wijzen. Het is verdedigbaar dat onder omstandigheden reeds voor de bekendmaking van het boetevoornemen conservatoir beslag kan worden gelegd. Voorwaarde is wel dat er op dat moment concreet en overtuigend bewijs is voor de overtreding en concrete aanwijzingen bestaan dat de overtreder, als gevolg van vervreemding van zijn vermogensbestanddelen, niet aan de verplichting tot betaling van het boetebedrag zal kunnen voldoen. In het algemeen geldt hoe verder het boetetraject is gevorderd, hoe meer zekerheid bestaat over de toekomstige vordering.

In dit verband merken wij op dat het verdedigbaar is dat de schorsende werking bij het maken van bezwaar (zie artikel 63 Mw en artikel 15.12 Tw) niet afdoet aan de (on)zekerheid van de toekomstige vordering en de aannemelijkheid dat de vermoedelijke overtreder niet aan zijn betalingsverplichting zal kunnen voldoen. Niet uitgesloten is echter dat een

voorzieningenrechter in de schorsende werking (eerder) aanleiding zal zien geen verlof te verlenen of een gelegd beslag op te heffen.

Dit moet overigens onderscheiden worden van de schorsing van het boetebesluit door de voorzieningenrechter op verzoek van de overtreder (zie randnummers 2.10 tot en met 2.14). Bij schorsing van het boetebesluit is de voorzieningenrechter naar zijn voorlopig oordeel niet zeker over de rechtmatigheid van de opgelegde boete, waarmee onzekerheid bestaat over de toekomstige vordering. Indien in de Stroomlijningswet de schorsende werking wordt opgeheven, is dit probleem vanzelfsprekend niet meer aan de orde.

Termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak

- 2.9 Wordt het verlof verleend, dan zal de voorzieningenrechter een termijn bepalen voor het indienen van de “eis in hoofdzaak”. Verstrekt deze termijn zonder dat een eis in hoofdzaak is ingediend, dan vervalt het beslag (artikel 700, derde lid, Rv). Doorgaans bedraagt de door de voorzieningenrechter te bepalen termijn 14 dagen.
- 2.10 Het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete heeft te gelden als een “eis in hoofdzaak”.

In de zgn. beslagsyllabus (van januari 2013) – de handleiding die door rechtbanken wordt gebruikt ter beoordeling van beslagrekesten - staat op pagina 11.

“(…). Art. 5:10 lid 2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan een geldsom die op grond van een bestuurlijke sanctie (bijv. last onder bestuursdwang of onder dwangsom of bestuurlijke boete) moet worden betaald, kan invorderen bij dwangbevel. Het dwangbevel levert op grond van art. 4:116 Awb een executoriale titel in de zin van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op. Aan het dwangbevel gaat het terugvorderingsbesluit of het besluit tot het invorderen van de kosten van bestuursdwang of de dwangsommen of tot het opleggen van een bestuurlijke boete vooraf, welke besluiten geen executoriale titel opleveren. Voor deze besluiten gelden de betalingstermijn van zes weken (art. 4:87 Awb) en de aanmaningstermijn van twee weken (art. 4:112 Awb). Deze besluiten hebben wel te gelden als eis in de hoofdzaak (vergelijk president rechtbank Amsterdam 22 november 2001; LJN: AH8533; KG 2001, 298 en zie m.b.t. een belastingaanslag Hoge Raad 3 oktober 2003, LJN: AI0347; NJ 2004, 557). Voor het nemen van een dergelijk besluit kan een langere termijn worden gegeven dan de voor het instellen van de eis in de hoofdzaak gebruikelijke 14 dagen.”

- 2.11 De praktijk laat zien dat de voorzieningenrechter in concrete gevallen, waarbij het een boetebesluit betreft, een termijn van drie maanden voor het instellen van de eis in hoofdzaak toewijst. Wanneer er vanuit wordt gegaan dat conservatoir beslag wordt gelegd op het moment dat het boetevoornemen aan de overtreder wordt bekendgemaakt, dan resteert een termijn van drie maanden voor het vragen van de zienswijze van de overtreder op het

boetevoornemen (artikel 5:50, eerste lid, van de Awb) en het nemen van het definitieve boetebesluit (de eis in hoofdzaak). Deze termijn is in lijn met de beslistermijn voor het nemen van een definitief boetebesluit van dertien weken na dagtekening van het boeterapport (artikel 5:51, eerste lid, van de Awb). Ook hier geldt dat, indien daarvoor overtuigende argumenten zijn, de voorzieningenrechter een langere termijn kan geven voor het instellen van de eis in hoofdzaak (het opleggen van een boete), zodat ook voor het toezenden van het boeterapport conservatoir beslag kan worden gelegd of een langere termijn kan worden genomen tussen het boeterapport en het opleggen van de definitieve boete.

Procesrisico's

- 2.12 Dat conservatoir beslag in beginsel kan worden gelegd, neemt niet weg dat een goede timing vereist blijft, juist omdat de mogelijkheid van bezwaar en beroep (en daaraan connexe voorlopige voorzieningen) tegen de boetebeschikking kan zorgen voor complicaties als inmiddels conservatoir beslag is gelegd.
- 2.13 Het leggen van conservatoir beslag brengt het procesrisico met zich dat, wanneer het boetebesluit wordt vernietigd of herroepen, het conservatoir niet had mogen worden gelegd. Voorts kan de overtreder, als conservatoir is gelegd terwijl de boetebeschikking nog niet rechtens onaantastbaar is geworden, bezwaar maken tegen het boetebesluit en in een voorlopige voorziening vragen om schorsing van het boetebesluit.
- 2.14 Conservatoir beslag, zeker als dat de bedrijfsvoering van de overtreder hindert, zal het instellen van rechtsmiddelen (bezwaar, voorlopige voorziening) tegen boetebeschikkingen zelfs in de hand werken als laagdrempelige voorziening om – in het verlengde van de discussie over de vraag of überhaupt wel een boete had mogen worden opgelegd – over de rechtmatigheid van een gelegd beslag te debatteren. Als de bestuursrechtelijke procedure leidt tot schorsing, herroeping of vernietiging van het boetebesluit, moet worden vastgesteld dat het conservatoir beslag – achteraf beschouwd – ten onrechte is gelegd.
- 2.15 Als de toezichthouder naar aanleiding van een schorsing of een herroeping het beslag niet eigener beweging opheft, kan in een (civielrechtelijk) kort geding om opheffing worden gevraagd. Ook zal een discussie kunnen volgen over de onrechtmatigheid van het gelegde beslag en de gehoudenheid tot het vergoeden van de met het beslag samenhangende kosten en schade. De toezichthouder zal derhalve de omvang van dit (bestuursrechtelijke) procesrisico moeten vaststellen en afwegen tegen de belangen die pleiten voor het leggen van conservatoir beslag.

3 Bevindingen expertbijeenkomst

- 3.1 Tijdens de bijeenkomst op 2 mei 2013 is aan de experts de vraag voorgelegd in hoeverre het niet kunnen invorderen van de boetebedragen een probleem is. Voorts is aan de orde geweest

of het niet kunnen invorderen het gevolg is van het feit dat geen verhaalsmogelijkheden meer bestaan door vervreemding van vermogensbestanddelen.

- 3.2 De experts gaven aan dat een en ander slechts in beperkte mate het geval is. Deelnemers die voorheen werkzaam waren voor de Consumentautoriteit en OPTA geven aan dat de inning wegens een gebrek aan verhaalsmogelijkheden slechts in een klein aantal gevallen niet mogelijk is. Veelal betreft het ondernemingen die relatief klein zijn en waarbij de overtreding het 'verdienmodel' is, met andere woorden: de ondernemingen zijn opgericht met het doel geld te verdienen met het overtreden van de wet (bijvoorbeeld overtreding van het spamverbod). Zodra een boeteonderzoek is gestart of het opleggen van een boete dreigt, houdt de onderneming veelal op te bestaan. Het beboeten van de feitelijk leidinggevendenden behoort dan nog tot de mogelijkheden.

4 Conclusies

- 4.1 Het is mogelijk conservatoir beslag te leggen voordat het boetebesluit onherroepelijk is. Het leggen van conservatoir beslag brengt echter wel de nodige procesrisico's mee die het gevolg zijn van de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen die de overtreder tegen het boetebesluit kan aanwenden (bezwaar en beroep, voorlopige voorziening). Wanneer de voorzieningenrechter hangende bezwaar of beroep het boetebesluit schorst of de bestuursrechtelijke bodemprocedure leidt tot vernietiging van het boetebesluit, zal de toezichthouder het conservatoir beslag moeten opheffen. Het risico bestaat dat de kosten die met opleggen van het beslag zijn gemoeid en de eventuele schade als gevolg van het conservatoir beslag moet worden vergoed.
- 4.2 De ACM zal in het concrete geval de procesrisico's moet afwegen tegen het risico dat op een later moment geen verhaalsmogelijkheden meer aanwezig zijn. In deze doelmatigheidsoverwegingen zal de ACM ook moet betrekken dat het leggen van conservatoir beslag zelf en de eventueel daaruit voortvloeiende extra (bestuursrechtelijke) procedures de nodige kosten met zich mee brengen.
- 4.3 Gelet op wat tijdens expertbijeenkomst naar voren is gebracht, moet het effect van het vaker gebruik maken van het leggen van conservatoir beslag op het verhogen van de boeteinkomsten als beperkt worden ingeschat. De experts die werkzaam zijn bij de ACM gaven aan dat het gebrek aan verhaalsmogelijkheden, wegens vervreemding, slechts in een beperkt aantal gevallen de reden is dat boetebedragen niet kunnen worden geïnd.

7.6 TOELICHTING KWANTITATIEVE ANALYSES

1. Inleiding

Het doel van de kwantitatieve analyse is om de effecten te schatten van de mogelijke beleidsmaatregelen op de verwachte geïnde boete-inkomsten per jaar. De verwachte boete-inkomsten worden geschat met behulp van een probabilistisch model op basis van door de NMa, OPTA en CA aangeleverde data. Daarbij geldt dat op basis van de empirische gegevens uit het verleden een kansverdeling wordt gemaakt van mogelijke boetes in de toekomst. De verwachte boete-inkomsten worden vervolgens bepaald door de mogelijke boetes uit de kansverdeling veelvoudig te simuleren. Hierdoor wordt inzicht verkregen in de gemiddelde verwachte boete-inkomsten en de bandbreedte van de verwachte boete-inkomsten. Deze resultaten worden vervolgens vergeleken met de afspraken uit het regeerakkoord.

In deze bijlage staat beschreven hoe de kwantitatieve analyse wordt uitgevoerd. Deze analyse bestaat uit 3 onderdelen:

- Aangeleverde data; deze data dienen als *input* voor de kwantitatieve analyse. In paragraaf 5.2 worden de aangeleverde data beschreven.
- Model; het model zorgt voor de *verwerking* van de aangeleverde data naar de resultaten. In paragraaf 5.3 wordt het model toegelicht.
- Resultaten; de resultaten vormen de *output* van de kwantitatieve analyse. De resultaten van de analyse staan beschreven in hoofdstuk 4 en 5.

2. Aangeleverde data

Opbouw databestand

Voor de kwantitatieve analyse is een databestand opgebouwd met daarin:

- het zaaknummer
- de hoogte van de opgelegde boete en de datum van het boetebesluit
- de hoogte van de in bezwaar herziene boete en datum van dit besluit
- de hoogte van de in beroep herziene boete en de datum van dit besluit
- de hoogte van de geïnde boete en de datum dat de boete is geïnd

Deze data worden verzameld per toezichthouder.

Toelichting data per toezichthouder

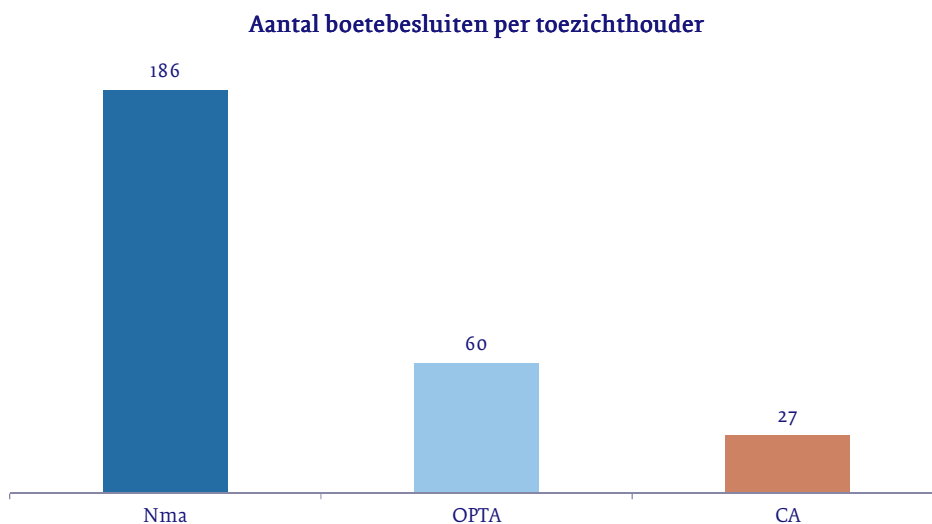
Voor de kwantitatieve analyse wordt gebruik gemaakt van data afkomstig van:

- a) NMa
- b) OPTA

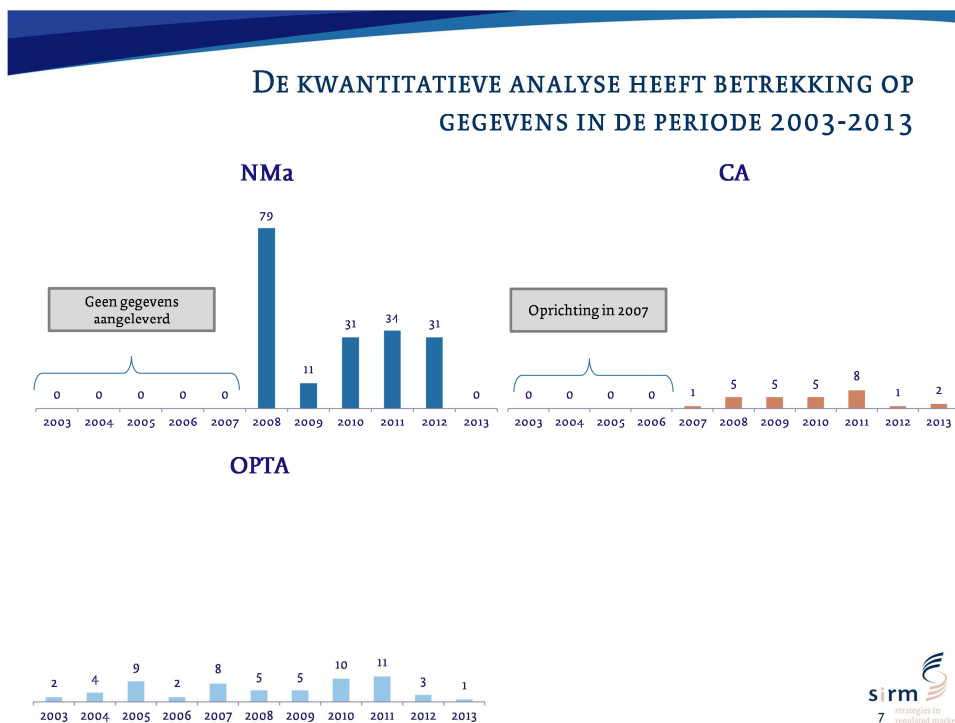
c) CA

Hieronder wordt voor iedere toezichthouder een toelichting gegeven van de data:

Figuur 17: Aantal boetebesluiten per organisatie



Figuur 18: Aanlevering gegevens per toezichthouder



Toelichting a) De data hebben betrekking op alle boetebesluiten van de NMa die onherroepelijk zijn geworden in de periode 2008 – 2012. In totaal gaat het hierbij om 186 boetebesluiten. Geïnde boetes van voor 2008 en na 2012 zijn niet in de dataset opgenomen. Boetes die nog in behandeling zijn, zijn niet aangeleverd. De gemiddelde hoogte van het boetebesluit is € 1.125.107 en de gemiddelde boete-inkomsten zijn € 616.083. Opvallend is dat bij 2 boetebesluiten het geïnde bedrag hoger is dan het boetebesluit.⁴⁰

Toelichting b) De data hebben betrekking op alle boetebesluiten van de OPTA in de periode van 2003-2012. In totaal gaat het hierbij om 60 boetebesluiten. Hierbij gaat het zowel om nieuwe als bestaande zaken. De gemiddelde hoogte van het boetebesluit is € 1.349.305 en de gemiddelde boete-inkomsten zijn € 819.182.

Toelichting c) De data hebben betrekking op alle boetebesluiten van de CA in de periode van 2008-2012. In totaal gaat het hierbij om 27 boetebesluiten. Hierbij gaat het zowel om nieuwe als bestaande zaken. De gemiddelde hoogte van het boetebesluit is € 218.824 en de gemiddelde boete-inkomsten zijn € 140.481.

3. Model

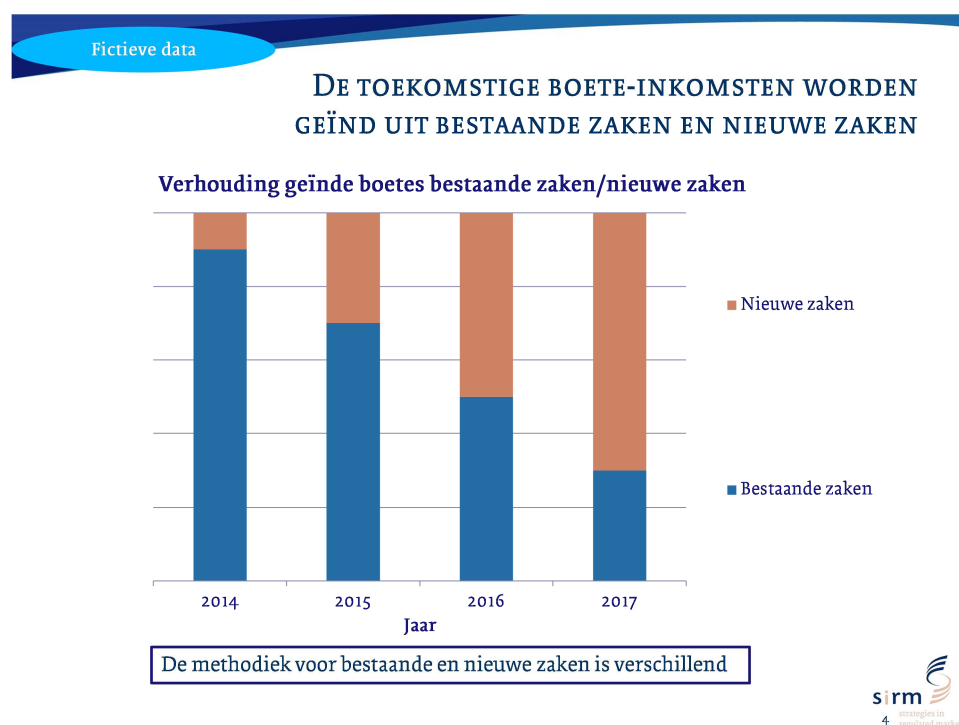
In de kwantitatieve analyse maken we onderscheid tussen zaken waarop de oude wettelijke boetemaxima en boetebeleidsregels van toepassing zijn of blijven (hierna: bestaande zaken) en zaken waarop de nieuwe boetebeleidsregels invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de geïnde boete-inkomsten (hierna: nieuwe zaken). Uit de aangeleverde data blijkt sprake te zijn van een periode van 4 jaar tussen het opleggen en het innen van een boete, met een maximum van 9 jaar. Derhalve zijn de geïnde boete-inkomsten voor de eerste jaren deels te voorspellen op basis van bestaande zaken. Veranderingen in beleidsmaatregelen hebben geen invloed op bestaande zaken. In het model gaan we er standaard van uit dat de boetebeleidsregels m.i.v. 1 januari 2014 kunnen worden uitgevoerd.

De totale boete-inkomsten per jaar zijn de optelsom van de geïnde boetes bij bestaande zaken en bij de nieuwe zaken. Omdat we toekomstvoorspellingen moeten doen is er sprake van onzekerheid. Daarom werken we in de kwantitatieve analyse met kansverdelingen. De geïnde inkomsten bij bestaande zaken zijn beter te voorspellen dan bij de nieuwe zaken. Vanzelfsprekend is het deel bestaande zaken in de eerste jaren groter dan in latere jaren (zie figuur 3, met fictieve percentages). De onzekerheid van de boete inkomsten neemt dus toe met de jaren.

⁴⁰ Zaak 5896, GWW, Geleen: Boetebesluit: € 176.439, Geïnd bedrag: € 518.956.

Zaak 6170, Invinments/Delta Wines, HAL, Boetebesluit: € 16.000, Geïnd bedrag: € 46.000.

Figuur 19: Verdeling bestaande en nieuwe zaken



4. Aanpak bestaande zaken

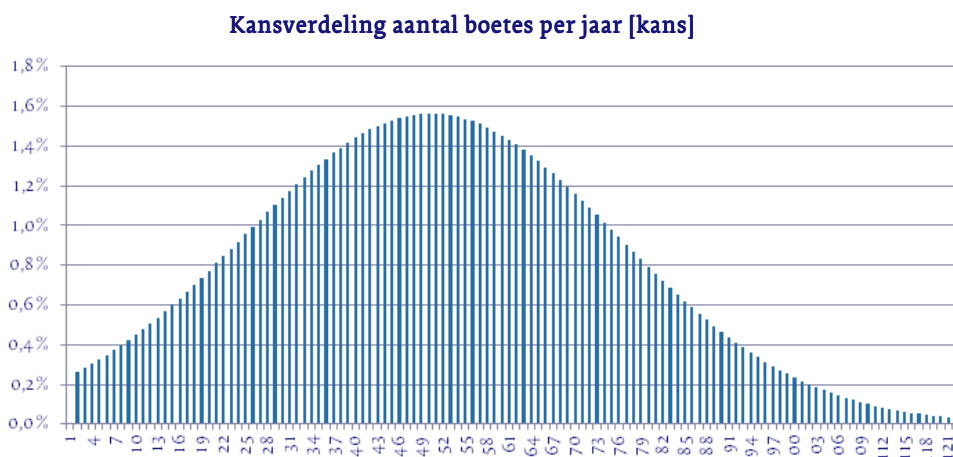
Voor alle reeds opgelegde boetes die nog niet volledig zijn geïnd maken we per boetebesluit (a) een kansverdeling van de hoogte van de verwachte geïnde boete-inkomsten en (b) een kansverdeling in welk jaar de boetes waarschijnlijk geïnd zullen worden. De combinatie van deze onderdelen leidt tot kansverdelingen voor de verwachte boete-inkomsten per jaar voor de bestaande zaken.

5. Aanpak nieuwe zaken

Voor nieuwe zaken zijn de verwachte boete-inkomsten per jaar afhankelijk van:

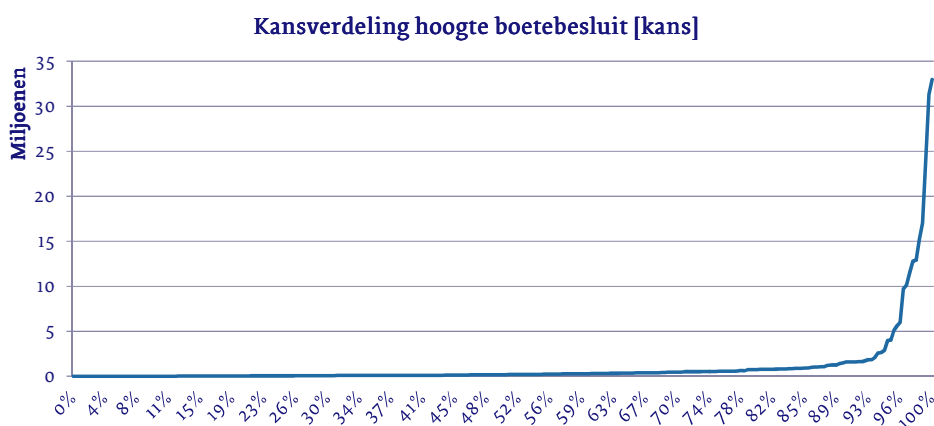
a) Kansverdeling aantal boetes per jaar; op basis van de aangeleverde data maken we een kansverdeling van het aantal boetes per jaar. Deze kansverdeling wordt bepaald door per toezichthouder het gemiddelde en de standaarddeviatie te bepalen van het aantal boetes per jaar. Op basis van de normale verdeling met dit gemiddelde en standaarddeviatie wordt de kansverdeling voor het aantal boetes per jaar bepaald, zie figuur 5. Het aantal geïnde boetes maal de geïnde boete geeft de totale verwachte geïnde boete-inkomsten voor de nieuwe zaken.

Figuur 20: Verdeling aantal boetes per jaar



b) Kansverdeling hoogte boetebesluit; de aangeleverde boetebesluiten per toezichthouder bepalen de hoogte van de verwachte boetebesluiten in de toekomst. In figuur 21 is de kansverdeling weergegeven van de hoogte van het boetebesluit van de NMa. Voor iedere nieuwe boete, aantal bepaald in onderdeel a, wordt op basis van de kansverdeling hoogte boetebesluit de hoogte van de boete gesimuleerd.

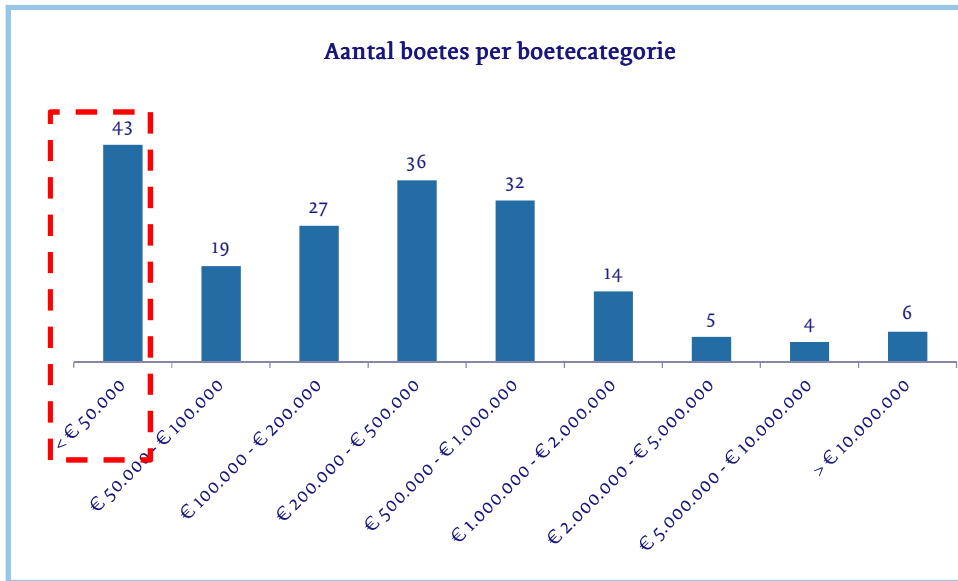
Figuur 21: Kansverdeling hoogte boetebesluit NMa



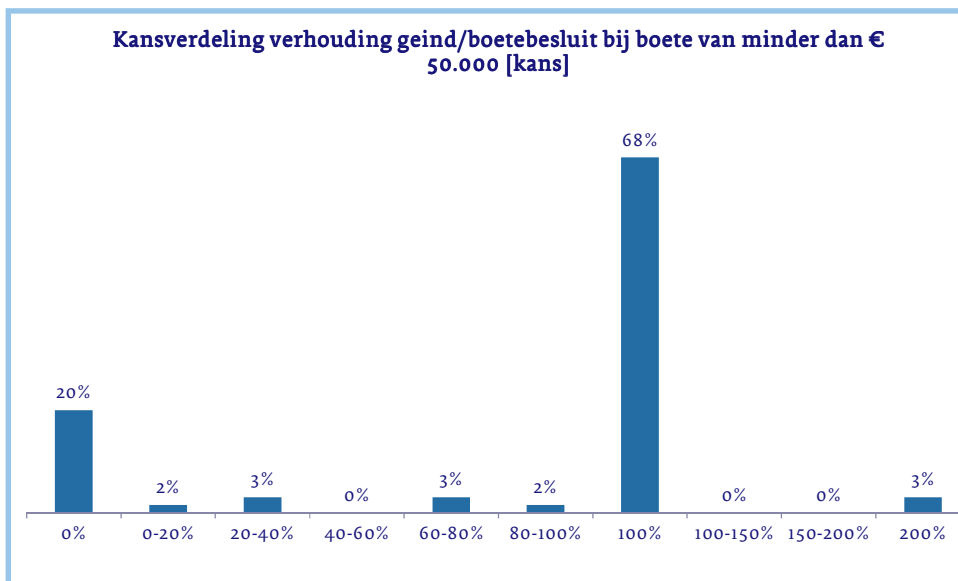
c) Kansverdeling verhouding boetes boetebesluit en geïnde boetes; op basis van de aangeleverde data is een kansverdeling gemaakt van de verhouding tussen de hoogte van de boetes uit het boetebesluit en de geïnde boetes. Hierdoor kunnen we per nieuwe boete een vertaling maken van de hoogte van het boetebesluit, vastgesteld in onderdeel b, naar de geïnde boete per boetebesluit. Hiertoe wordt de hoogte van het boetebesluit ingedeeld in verschillende categorieën. In figuur 7 is het aantal boetes per boetecategorie weergegeven voor de NMa. De NMa heeft dus 43 boetes uitgedeeld met een boetebesluit van minder dan €50.000. Vervolgens wordt voor iedere categorie op basis van de aangeleverde data de

verhouding tussen de hoogte van het boetebesluit en de geïnde boetes bepaald. In figuur 8 is de kansverdeling voor deze verhouding weergegeven voor de omcirkelde boetecategorie uit figuur 7, oftewel boetebesluiten van de NMa lager dan € 50.000. Hieruit blijkt onder andere dat 20% van de boetes in deze categorie niet wordt geïnd (0%) en 68% volledig wordt geïnd (100%).

Figuur 22: Categorieën hoogte boetebesluit NMa



Figuur 23: Kansverdeling verhouding geïnd/hoogte boetebesluit bij boete van minder dan € 50.000 van de NMa.



Een mogelijk scenario is bijvoorbeeld dat voor de NMa voor 2014 25 boetes worden vastgesteld. Dat boete 1 van de 25 van wordt gesimuleerd op een boetebesluit van € 50.000 en dat deze volledig wordt geïnd.

6. Simulatie

De verwachte totale boete-inkomsten per jaar zijn de optelsom van de geïnde boetes bij bestaande zaken en bij de nieuwe zaken. Omdat de aanlevering per toezichthouder verschilt, is de aanpak niet voor iedere toezichthouder gelijk. De NMa heeft alleen onherroepelijke zaken aangeleverd en dus geen bestaande zaken. Bij de NMa is dus alleen de aanpak voor nieuwe zaken van toepassing. Voor de OPTA en de CA wordt zowel de aanpak voor bestaande als voor nieuwe zaken gevolgd, zie Tabel 4.

Tabel 4 Overzicht aanpak toezichthouder

Toezichthouder	Aanpak nieuwe zaken	Aanpak bestaande zaken
NMa	X	
OPTA	X	X
CA	X	X

De boete-inkomsten worden vervolgens bepaald door mogelijke verwachte inkomsten aan de hand van de hierboven kansverdelingen 100x te simuleren. Van deze 100 simulaties wordt vervolgens het gemiddelde en het 95% betrouwbaarheidsinterval bepaald.

7. Aanpassingen boetebeleidsregels

MinEZ heeft via de boete beleidsregels invloed op de boete die de NMa/ACM maximaal kan opleggen. Op basis van de bevindingen uit de deskresearch en de expertbijeenkomst hebben we de mogelijke beleidsmaatregelen die we in de kwantitatieve analyse geïnventariseerd. De volgende aanpassingen zijn meegenomen in de kwantitatieve analyse:

- Uitbreiden boetegrondslag
- Verhogen boetes Whc en overige Tw
- Verhogen boeteverhogende factoren voor recidive
- Combinatie verhogen boetegrondslag en verlagen financiële draagkracht
- Benodigde tijd verandering boetebeleidsregels
- Beperking schorsende werking

In hoofdstuk 4 en 5 staat de uitwerking en de resultaten van deze beleidsaanpassingen beschreven.

8. Resultaten

Op basis van de kansverdelingen rekenen we de kwantitatieve effecten van de mogelijke beleidsmaatregelen door. De resultaten geven inzicht in de ontwikkeling van de boete inkomsten in de huidige situatie en de situatie naar beleidswijzigingen, zie figuur 9.

Figuur 24: Voorbeeld resultaat kwantitatieve analyse

