

Vergaderjaar 2014–2015

34 190

Wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 14 augustus 2015

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen van de leden van de verschillende fracties over het bovengenoemde wetsvoorstel. Graag ga ik op deze vragen in. Ik hoop dat de beantwoording zal bijdragen aan een voorspoedige verdere behandeling van dit wetsvoorstel.

I Algemeen

2. Doel van het wetsvoorstel

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de doelstelling uit het regeerakkoord om meer boetes binnen te halen nog steeds binnen bereik is en of dit wetsvoorstel daar een bijdrage aan levert. Het doel van dit wetsvoorstel is een vergroting van de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima en daarmee van de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), opdat marktorganisaties de geldende wet- en regelgeving beter naleven. Een verhoging van de boete-inkomsten is geen doelstelling van het wetsvoorstel. Dat zou zich ook slecht verhouden met de onafhankelijkheid van de ACM. Desalniettemin heeft het wetsvoorstel effect op de boete-inkomsten. In de brief van 27 augustus 2013 (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 9) is uiteengezet dat de raming van de boete-inkomsten in het Regeerakkoord niet haalbaar is en dat de raming van de boete-inkomsten in plaats daarvan structureel ongeveer 30 miljoen euro per jaar bedraagt. Vanaf 2017 zou dit aanvankelijk worden verminderd met circa 10 miljoen euro, onder meer door de afronding van de bouwfraudezaken die tijdelijk tot gemiddeld hogere jaarlijkse boete-inkomsten hebben geleid. Vanwege de voorgestelde maatregelen is het echter de verwachting dat de boete-inkomsten ook vanaf 2017 structureel ongeveer 30 miljoen euro zullen bedragen. Dat betekent dat verwacht wordt dat deze maatregelen vanaf 2017 tot een verhoging van circa 10 miljoen euro ten opzichte van de aanvankelijke inschatting zullen leiden. De leden van de PvdA-fractie vroegen bovendien hoe de budgettaire doelstelling uit het regeerakkoord zich verhoudt tot de nieuwe werkwijze van de ACM. Hierboven is uitgelegd dat de budgettaire verwachtingen ten

aanzien van de boete-inkomsten zijn bijgesteld tot een toename van circa 10 miljoen euro per jaar. De ACM houdt sinds haar oprichting «probleemoplossend toezicht». Dat betekent onder meer dat zij, indien zij een overtreding heeft geconstateerd, kiest voor het handhavingsinstrument dat het betreffende marktprobleem het beste oplost. Verwachting is dat deze toezichtvisie geen effect op de boete-inkomsten zal hebben. Ook voor de oprichting van de ACM kozen haar voorgangers reeds voor het meest effectieve handhavingsinstrument. Van een substantiële wijziging van de toezichtstrategie sinds de oprichting van de ACM is dan ook geen sprake.

De leden van de PvdA-fractie wilden voorts weten wanneer de werkwijze van de ACM wordt geëvalueerd. De ACM wordt op dit moment door een onafhankelijk onderzoeksbureau geëvalueerd. Hierbij komt ook de werkwijze van de ACM aan bod. Verwachting is dat de resultaten van deze evaluatie nog voor het Kerstreces aan de Eerste en Tweede Kamer zullen worden gestuurd.

De leden van de PvdA-fractie vroegen ook of probleemoplossend toezicht en «high trust» los van elkaar kunnen staan, en waarom de ACM kiest voor high trust. Probleemoplossend toezicht en de «high trust» benadering van toezicht staan los van elkaar. High trust toezicht gaat over de intensiteit van het uitgeoefende toezicht. Probleemoplossend toezicht gaat over hoe de toezichthouder handelt als er een probleem geconstateerd is. De high trust benadering van toezicht is sinds 2009 kabinetsbeleid. Ook de Nederlandse markttoezichthouders ACM, De Nederlandsche Bank (DNB), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), Nederlandse Zorgautoriteit, College Bescherming Persoonsgegevens en de Kansspelautoriteit meldden in hun gezamenlijke publicatie «Criteria voor goed toezicht» (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11364/Markttoezichthoudersberaad-publiceert-Criteria-voor-goed-toezicht/>) dat het goed gebruik is dat de inzet van schaarse toezichtmiddelen op basis van high trust plaatsvindt. Daardoor kan de toezichthouder zich richten op de belangrijkste prioriteiten, in plaats van dat hij op veel breder terrein in veel meer detail toezicht moet houden. Het gebruik van high trust vergroot hiermee de effectiviteit van het toezicht.

De leden van de PvdA-fractie informeerden voorts hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de boetemaxima opgenomen in het wetsvoorstel STROOM (Kamerstukken 34 199). In artikel 10.3 van het wetsvoorstel STROOM zijn inderdaad de boetemaxima opgenomen die gelden wanneer voor overtreding van het bepaalde bij of krachtens de toekomstige Elektriciteits- en gaswet, een boete wordt opgelegd. De hoogte van die boetemaxima is gelijk aan de hoogte van de thans in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet opgenomen boetemaxima. Een bepaling die de samenloop regelt tussen het wetsvoorstel STROOM en het onderhavige wetsvoorstel zal regelen dat de in het onderhavige wetsvoorstel voorziene verhoging van de boetemaxima ook zijn beslag krijgt in de toekomstige Elektriciteits- en gaswet zoals die wordt voorgesteld door het wetsvoorstel STROOM. Deze samenloopbepaling zal worden opgenomen in een nota van wijziging bij het wetsvoorstel STROOM.

De leden van de PvdA-fractie vroegen vervolgens wanneer het onderzoek naar een eventuele ontnemingscomponent in de bestuurlijke boete zal zijn afgerond. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft dit onderzoek inmiddels afgerond. Interdepartementaal is onderzocht of er behoefte bestaat aan een bredere inzetbaarheid van de bestuurlijke boete met een ontnemingscomponent. Die behoefte bleek niet aanwezig. Naar voren kwam dat de ministeries en hun taakorganisaties die zijn betrokken bij de bestrijding van fraude goed uit de voeten kunnen met de bestaande sanctiemogelijkheden. Naar aanleiding van het onderzoek is dan ook geen verdere actie ondernomen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen tot slot waarom het schatten van het (door een kartel) behaalde voordeel nauwelijks mogelijk zou zijn. Zij

wezen daarbij op de inschattingen die de ACM maakt in het kader van de afweging om een onderzoek in te stellen en de bedragen die zouden zijn toegevoegd aan het consumentensurplus als gevolg van het toezicht van de ACM. De berekening van het consumentensurplus, de zogenoemde outcomeberekening die de ACM jaarlijks maakt, is niet gebaseerd op de specifieke context van individuele zaken. Daarom is deze berekening niet geschikt om het specifieke voordeel dat in individuele zaken is behaald vast te stellen. Bovendien is het voor de afschrikwekkende werking van een boete ook niet nodig om het met iedere overtreding behaalde voordeel vast te stellen. De boetesystematiek van de Boetebeleidsregels ACM 2014 houdt wel rekening met het voordeel dat naar geldende (economische) inzichten in het algemeen met deelname aan een kartel kan worden behaald. Dit is effectiever omdat het vaststellen van het behaalde voordeel in een individuele kartelzaak gepaard gaat met onzekerheden en hoge kosten. De situatie waarin een kartel heeft bestaan, moet immers vergeleken worden met de denkbeeldige situatie dat het kartel niet heeft bestaan. Daarvoor moeten onder andere aannames gedaan worden over hoe marktomstandigheden en de interacties tussen marktpartijen zich zonder de overtreding zouden hebben ontwikkeld. Het is de verwachting dat de boetehoogte – ten gevolge van de vele aannames die moeten worden gedaan bij het bepalen van het behaalde voordeel – vaker voor de rechter zou worden betwist, met vermoedelijk aanzienlijke gevolgen voor de capaciteit van de toezichthouder en de rechterlijke macht. Het is om deze redenen effectiever en efficiënter de boetemaxima dusdanig te verhogen, dat de boetes met een grote mate van waarschijnlijkheid boven de mogelijk te verkrijgen voordelen liggen. Dat regelt dit wetsvoorstel.

De leden van de SP-fractie vroegen of inzicht kan worden verschaft in de klachtafhandeling van consumenten. Wanneer een consument problemen heeft met een bedrijf dan wel een vraag of een klacht heeft, dan kan hij het probleem, de vraag of de klacht melden bij het informatieloket van de ACM: ConsuWijzer. ConsuWijzer geeft duidelijke en praktische informatie aan de consument, waarmee de consument vervolgens zelf aan de slag kan. Wanneer een consument een melding doet over bijvoorbeeld een bedrijf of een branche, ontvangt hij een standaardreactie waarmee hij bedankt wordt voor de melding waarna de melding door de ACM vervolgens als signaal wordt geregistreerd. De ACM meldt niet of zij naar aanleiding van een melding actie zal ondernemen, aangezien dit een eventueel onderzoek naar een mogelijke overtreding kan schaden. Daarnaast dient een toezichthouder geen informatie naar buiten te brengen die mogelijk schadelijk is voor een onderneming zo lang de gegrondheid van de klacht niet aanstonds en zonder onderzoek duidelijk is (zie uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage 08 mei 2007 onder nummer LJN BA4603).

Alle vragen en klachten van consumenten die bij ConsuWijzer binnenkomen, worden geregistreerd. De geregistreeerde vragen en klachten vormen voor de ACM een belangrijke bron om te zien waar zich problemen voordoen. De ACM bepaalt welke signalen voor haar aanleiding zijn om nader onderzoek te doen. Vanwege de begrensde capaciteit van de ACM kan zij niet naar aanleiding van ieder signaal een onderzoek starten, maar dient zij hierin te prioriteren. Belangrijke criteria die de ACM hanteert bij de prioriteitsstelling zijn de schade die de gedragingen van bedrijven veroorzaken voor de consument, het maatschappelijk belang dat in het geding is en of de ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden. De ACM en ConsuWijzer doen niet aan individuele afhandeling van consumentengeschillen. De leden van de SP-fractie wilden ook vernemen in hoeverre de sanctiemiddelen die de ACM kan opleggen, effectief zijn. De ACM oefent het markttoezicht uit volgens haar strategie van «probleemoplossend

toezicht». Daarbij kijkt de ACM wat de aard van het markt- of consumentenprobleem is. Vervolgens kiest de ACM het instrument, of een combinatie van instrumenten, die de meeste kans op een structurele oplossing van het probleem geeft. Daarbij is het volledige palet aan instrumenten dat de ACM heeft van belang. Het opleggen van sancties is een belangrijk instrument, dat de ACM niet zal schromen in te zetten bij overtredingen. Zoals hiervoor is aangegeven is echter een gedegen probleemanalyse belangrijk om te kunnen bepalen welk instrument of welke combinatie van instrumenten in een bepaalde situatie het meest effectief is. De leden van de SP-fractie vroegen of het op korte termijn mogelijk is een werkbezoek af te leggen aan de ACM. Een verzoek vanuit de Tweede Kamer om na de zomer een werkbezoek aan de ACM te brengen, heb ik onlangs ontvangen en aan de ACM voorgelegd. Naar verwachting zal een werkbezoek spoedig na de zomer kunnen plaatsvinden.

De leden van de CDA-fractie vroegen of de focus van de wet voldoende ligt bij de aanpak van overtreders die doelbewust de wet overtreden, in tegenstelling tot kleinere ondernemers die door onhandigheid of onwetendheid de wet overtreden. Dit wetsvoorstel brengt geen wijziging aan in de gevallen waarin of omstandigheden waaronder de ACM aan overtreders een boete kan opleggen. Ingevolge artikel 5:41 van de Awb blijft dus gelden dat een overtreder geen boete zal worden opgelegd indien hij kan aantonen dat de overtreding hem niet te verwijten valt omdat er sprake is van afwezigheid van alle schuld. Evenmin wijzigt dat de ACM, indien zij besluit een boete op te leggen, bij het vaststellen van de boetehoogte rekening houdt met de specifieke omstandigheden van het geval om tot een evenredige boetehoogte te komen. Dit is uitgewerkt in de Boetebeleidsregel ACM 2014. Zo is bepaald dat de ACM rekening moet houden met de ernst, de duur en de omstandigheden van de overtreding. De ACM krijgt met dit wetsvoorstel alleen de mogelijkheid en de ruimte om, indien aan de orde, aan overtreders een hogere boete op te leggen. Het begaan van overtredingen, zoals het maken van kartelafspraken, wordt hierdoor minder aantrekkelijk. Daarnaast kan de ACM in gevallen waarin een fout dreigt te worden gemaakt uit onhandigheid of onwetendheid ook kiezen voor andere, minder vergaande, toezichtsinstrumenten dan een bestuurlijke boete, zoals een normoverdragend gesprek of een toezeggingsbesluit. De ACM maakt op dit moment al gebruik van dit spectrum aan maatregelen, getuige haar jaarverslagen 2013 en 2014. De leden van de CDA-fractie vroegen daarnaast om garanties dat gebrek aan daadkracht in grotere zaken niet wordt gecompenseerd met boetes in kleinere zaken. De ACM houdt onafhankelijk toezicht. Het aantal boetes dat op enig moment in totaal is opgelegd en de hoogte daarvan vormen geen omstandigheden die gelet op het wettelijke kader en de Boetebeleidsregel ACM 2014 van invloed zijn op de sanctionering van daarna komende overtredingen. De ACM heeft geen taakstelling voor het aantal boetes of de hoogte van de boete-inkomsten en heeft ook geen zelfstandig belang bij meer of hogere boetes. De ACM is bovendien gebonden aan principes van behoorlijk bestuur, waaronder het beginsel van evenredigheid. Een partij die vindt dat een boete onredelijk hoog of onbillijk is, kan deze aanvechten bij een rechter. De leden van de CDA-fractie stelden daarnaast enkele vragen over de mate waarin het wetsvoorstel de pakkans vergroot. Het doel van dit wetsvoorstel is een vergroting van de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima en daarmee van de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht van de ACM, opdat marktorganisaties de geldende wet- en regelgeving beter naleven. Doel is niet de pakkans te vergroten. De vorig jaar in werking getreden Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Stb. 2014, 247) (hierna:

Stroomlijningswet) heeft de pakkans op onderdelen vergroot. Zo is het toezichtsinstrumentarium van de ACM op onderdelen uitgebreid. De door de leden van de CDA-fractie aangehaalde rapporten geven geen aanleiding om verdere maatregelen voor te stellen om de pakkans verder te vergroten. Bij de regering zijn ook geen andere onderzoeken bekend waaruit die aanleiding zou blijken.

De leden van de CDA-fractie vroegen waar is geregeld dat voor de betaling van bestuurlijke boetes een betalingsregeling kan worden getroffen. Deze grondslag ligt ten algemene reeds besloten in artikel 4:94, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daar is bepaald dat een bestuursorgaan aan een beschikking tot uitstel van betaling voorschriften kan verbinden. Die voorschriften kunnen ook het treffen van een betalingsregeling inhouden.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts waarom een verhoging van de boete-inkomsten geen doelstelling is van dit wetsvoorstel, terwijl in het regeerakkoord staat vermeld dat er meer kartelboetes zullen worden opgelegd. Het doel van dit wetsvoorstel is een vergroting van de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima en daarmee van de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht van de ACM, opdat marktorganisaties de geldende wet- en regelgeving beter naleven. Het doel is niet de boete-inkomsten te verhogen. Dat verhoudt zich ook slecht met de onafhankelijkheid van de ACM. Wel zijn er effecten van het wetsvoorstel op die boete-inkomsten. Voor een toelichting daarop wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PvdA-fractie.

De leden van de PVV-fractie vroegen zich af waarom de verdubbeling van het absolute boetemaximum van 450.000 euro niet in de Stroomlijningswet was opgenomen. Het doel van de Stroomlijningswet was om waar mogelijk en wenselijk de bestaande – soms substantiële – verschillen weg te nemen in bevoegdheden, handhavingsinstrumenten en procedures die de ACM heeft of die de ACM betreffen op basis van de wetten op de naleving waarvan zij toezicht houdt. Een aantal bepalingen met betrekking tot de boetes die de ACM kan opleggen, is in dit kader geharmoniseerd. Het gaat om de bepalingen ten aanzien van de beslistermijn voor het opleggen van een boete, de definitie van omzet die in sommige gevallen bepalend is voor het boetemaximum, de bevoegdheid om de boekhouding van een overtreder te onderzoeken om de hoogte van die omzet te bepalen, de hoogte van de boetemaxima voor het weigeren gegevens en inlichtingen te verstrekken, het overtreden van een zelfstandige last, het weigeren medewerking te verlenen aan de ACM, het verbreken van een zegel of het niet nakomen van een toezegging, de maximale hoogte van de persoonlijke boete en de bepalingen over schorsende werking. Buiten de doelstelling van de Stroomlijningswet viel de vraag of een verhoging van de geldende boetemaxima aangewezen is. Bovendien waren de onderzoeken van onderzoeksbureau Strategies in Regulated Markets (SiRM) en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn uit 2013 (hierna: SiRM/Pels Rijcken 2013)¹ en SiRM uit 2014 (hierna: SiRM 2014)² waaruit de noodzaak tot verhoging van de boetemaxima bleek en de daaropvolgende besluitvorming van het kabinet naar aanleiding van die onderzoeken pas afgerond op het moment dat de parlementaire besluitvorming over het wetsvoorstel Stroomlijningswet al was gestart. Met het oog op een zorgvuldige besluitvorming is er destijds voor gekozen om de verhoging van de wettelijke boetemaxima in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen, dat het gebruikelijke wetgevingstraject doorloopt in plaats

¹ «Boete-inkomsten ACM» van SiRM en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn van 3 juli 2013.

² «Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt» van SiRM van 6 februari 2014.

van deze in een laat stadium, bijvoorbeeld via nota van wijziging, in het traject van het wetsvoorstel Stroomlijningwet in te brengen. De leden van de PVV-fractie vroegen tevens waarom de verhoging van de wettelijke boetemaxima niet zal leiden tot een verhoging van de boeteinkomsten. De verwachting is dat de extra inkomsten naar aanleiding van hogere boete-maxima ongeveer 10 miljoen euro per jaar bedragen. Voor een toelichting hierop wordt verwezen naar het antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de PvdA-fractie.

3. Versterking sanctie-instrumentarium ACM

3.1 Boeteoplegging door de ACM

De leden van de PvdA-fractie vroegen of er onderzoek is gedaan naar de gemiddelde lengte van een kartel. In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken heeft onderzoeksbureau SiRM de afschrikwekkende werking onderzocht van boetes die zijn opgelegd door de ACM in de periode van 2010 tot en met 2012. Het rapport daarover (SiRM 2014) is op 11 februari 2014 aan de Tweede Kamer gestuurd (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 19). Er zijn in dat onderzoek 18 kartels en 81 betrokkenen partijen geanalyseerd. De gemiddelde duur van deze kartels is bijna vier jaar, namelijk 45 maanden.

De leden van de PvdA-fractie vroegen tevens waarom is gekozen voor de maximering van vier jaar. Het aantal jaren dat kan worden betrokken in de vaststelling van het boetemaximum voor kartelovertreedingen is gemaximeerd om te voorkomen dat het boetemaximum zodanig hoog wordt dat het als maximerend kader zijn waarde verliest. Een boetemaximum dient toereikend te zijn om voldoende preventieve afschrikwekkende werking te hebben, maar niet zo hoog dat het niet langer in verhouding staat tot de boetes die in de praktijk kunnen worden opgelegd. Uit het onderzoek SiRM 2014 komt naar voren dat het in aanmerking nemen van één omzettaar niet in alle kartelgevallen toereikend is. Omdat een boetemaximum niet langer evenredig is indien het zodanig hoog is dat het zijn maximerende karakter verliest, is er voor gekozen om het aantal in aanmerking te nemen omzettaar te maximeren tot vier jaar. De verwachting is dat dat aantal hoog genoeg is om steeds een toereikend en dus voldoende afschrikwekkend boetemaximum te bieden voor kartelovertreedingen.

De leden van de PvdA-fractie wilden verder weten of het waar is dat een boete ter hoogte van 49 procent van de omzet het faillissement kan betekenen van een bedrijf. Of een boete van 49 procent van de jaaromzet van de overtreder tot faillissement zal leiden, hangt af van de specifieke financiële positie van de overtreder. Financieel sterke bedrijven kunnen hogere boetes dragen zonder in de financiële problemen te raken dan bedrijven die er financieel slecht voorstaan. Met name voor bedrijven die er financieel slecht voor staan, kan een boete van 49 procent van de jaaromzet van de overtreder in bepaalde gevallen tot een faillissement leiden.

De leden van de PvdA-fractie vroegen bovendien op welke manier de ACM opgelegde boetes int. De ACM vordert bestuurlijke boetes in overeenkomstig de bepalingen van de Awb. Daarbij is met name titel 4.4 van de Awb (bestuursrechtelijke geldschulden) van belang. Het besluit waarin de bestuurlijke boete wordt opgelegd, vermeldt de hoogte van de bestuurlijke boete en de termijn waarbinnen betaling moet plaatsvinden (artikel 4:86 van de Awb). Met de inwerkingtreding van de Instellingswet ACM is de betalingstermijn (en de opschortende werking van het instellen van rechtsmiddelen tegen de bestuurlijke boete) voor alle wetten waarin de ACM de bevoegdheid wordt toegekend om boetes op te leggen gelijkgetrokken (tot 6 weken). Indien niet binnen de voorgeschreven termijn wordt betaald, is de marktpartij in verzuim (artikel 4:97 van de

Awb). Als de marktpartij in verzuim is, wordt zij aangemaand (artikel 4:112 van de Awb), waarbij tevens wordt gewezen op de mogelijkheid voor de ACM om over te gaan op (dwang)invorderingsmaatregelen bij het uitblijven van betaling. Bestuurlijke boetes kunnen bij dwangbevel worden ingevorderd (artikel 5:10, tweede lid, van de Awb).

Invordering kan bovendien geschieden door met een marktpartij een betalingsregeling te treffen (uitstel van betaling onder voorwaarden conform artikel 4:94 van de Awb). Een marktpartij die in aanmerking denkt te komen voor een betalingsregeling moet aannemelijk maken dat hij de boete niet in één keer kan voldoen zonder dat dit tot acute problemen leidt.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of een aan een onderneming opgelegde boete ook verhaald kan worden op de bestuurders van die onderneming. Een boete wordt opgelegd aan de overtreder. Indien dat een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid is, zal de boete op de daarin samenwerkende personen kunnen worden verhaald. Indien sprake is van een onderneming met rechtspersoonlijkheid, komt de boete ten laste van de rechtspersoon aan wie de onderneming toebehoort en zal de ACM de aan die onderneming opgelegde boete niet op de bestuurders kunnen verhalen. Kenmerkend voor een rechtspersoon is immers dat hij zelfstandig in rechte optreedt en beschikt over een eigen vermogen met eigen aansprakelijkheid. Overigens kan de ACM in het geval van een overtreding begaan door een onderneming niet alleen een boete opleggen aan de onderneming, maar kan de ACM daarnaast of in plaats daarvan ook een boete opleggen aan degenen die opdracht tot de overtreding hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven (zie artikel 5:1, derde lid, van de Awb). Dat kan zij zowel doen bij ondernemingen mét als bij ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid.

In antwoord op de desbetreffende vraag van de leden van de CDA-fractie kan worden bevestigd dat de boetes die de ACM voor overtredingen kan opleggen, uitsluitend bestuurlijke boetes zijn en dat de in dit wetsvoorstel voorgestelde verhogingen van de boetemaxima dus ook uitsluitend op bestuurlijke boetes betrekking hebben.

De leden van de CDA-fractie constateerden dat de geldende wettelijke boetemaxima uiteen lopen en wilden weten of hiervoor in het verleden bewust gekozen is. Hoewel de geldende wettelijke boetemaxima uiteen lopen, zijn de verschillen beperkt. Waar op dit moment een absoluut boetemaximum van toepassing is, bedraagt dit steeds 450.000 euro. Waar op dit moment een relatief boetemaximum geldt, bedraagt dit steeds een procent van de jaaromzet van de overtreder in het afgelopen kalenderjaar voor lichte overtredingen en tien procent van de jaaromzet van de overtreder in het afgelopen jaar voor zware overtredingen. De bestaande verschillen zitten uitsluitend in de keuze of een absoluut boetemaximum, een relatief boetemaximum of een samenstelling van beide geldt. Deze verschillen kunnen worden verklaard door het feit dat de boetemaxima verspreid in verschillende wetten zijn opgenomen die voorheen niet door één toezichthouder maar door verschillende voorgangers van de ACM werden toegepast. Dit wetsvoorstel voorziet voor alle bestuurlijke boetes die door de ACM aan marktorganisaties kunnen worden opgelegd in zowel een relatief als absoluut boetemaximum. Er wordt dus een relatief boetemaximum ingevoerd waar tot dusverre alleen een absoluut maximum geldt en vice versa. Reden hiervoor is, zoals in hoofdstuk 3 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nader uiteen is gezet, te bewerkstelligen dat de boetemaxima voor kleinere en grotere marktorganisaties een vergelijkbare mate van afschrikwekkendheid hebben. De leden van de CDA-fractie vroegen ook wat wordt verstaan onder een lichte overtreding en waarom het boetemaximum voor dergelijke overtredingen wordt verdubbeld. De termen «lichte overtreding» en «zware overtreding» worden gebruikt om het verschil aan te duiden

tussen overtredingen ten aanzien waarvan de wetgever heeft bepaald dat – al dan niet in samenhang met een absoluut boetemaximum – een relatief maximum van één procent van de jaaromzet van de overtreder geldt (lichte overtredingen) en overtredingen ten aanzien waarvan een relatief maximum van tien procent van de jaaromzet van de overtreder van toepassing is (zware overtreding). Voor lichte overtredingen wordt een wettelijk boetemaximum voorgesteld van 900.000 euro of, als dat hoger is, één procent van de jaaromzet van de overtreder. Van het aanvankelijke voornemen tot een verdubbeling van het relatieve deel van het boetemaximum van één procent tot twee procent van de omzet van de jaaromzet van de overtreder is mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State afgezien omdat deze verhoging was gebaseerd op een theoretische aanname die (nog) niet door empirisch bewijs kan worden ondersteund (Kamerstukken II 2014/15, 34 190, nr. 4). Het absolute deel van het boetemaximum voor lichte overtredingen wordt wel verdubbeld van 450.000 naar 900.000 euro. Dit brengt het boetemaximum meer in lijn met actuele inzichten in wat een afschrikwekkend boetemaximum voor dergelijke overtredingen is, zoals onder meer blijkt uit de boetemaxima die gelden in het financieel toezicht. DNB en de AFM kunnen boetes opleggen van maximaal 1 miljoen euro voor overtredingen waarbij deze toezichthouders worden belemmerd in hun taakuitoefening, bijvoorbeeld door het niet-verlenen van medewerking (overtreding van artikel 5:20 van de Awb) of het niet-verstrekken van bepaalde financiële staten (artikel 3:72 van de Wet op het financieel toezicht). De keuze voor een absoluut boetemaximum dat voor lichte overtredingen even hoog is als voor zware overtredingen is voor de Mededingingswet gemaakt in de Wet van 28 juli 2007 houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Stb. 2007, 284). Deze keuze is daarna overgenomen voor de andere wetten waarop de ACM toezicht houdt. Het wetsvoorstel brengt daarin geen wijziging. Het hiervoor beschreven verschil in boetehoogte bij het begaan van lichte en zware overtredingen komt tot uiting in het verschil tussen de relatieve boetemaxima van één procent respectievelijk tien procent van de jaaromzet van de overtreder.

De leden van de CDA-fractie vroegen of ook goedwillende ondernemers te maken krijgen met het boetemaximum. Ondernemers die zich aan de regels houden, krijgen vanzelfsprekend niet met het boetemaximum te maken. Alleen ondernemers die een overtreding hebben begaan en daarvoor door de ACM een boete opgelegd hebben gekregen, kunnen worden geraakt door de verhoging van het boetemaximum. In antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de CDA-fractie is uitgelegd dat de ACM verschillende toezichtinstrumenten heeft. Zo kan de ACM er voor kiezen om in gevallen waarin een fout is of dreigt te worden gemaakt door onhandigheid of onwetendheid minder vergaande toezichtsinstrumenten dan een bestuurlijke boete in te zetten, zoals een normoverdragend gesprek of een toezeggingsbesluit.

De leden van de CDA-fractie stelden in aanvulling hierop enkele vragen over de daadwerkelijk opgelegde boetes. De afgelopen vijf jaar (vanaf 2010) zijn er – in enkele gevallen na matiging vanwege overschrijding van het wettelijk boetemaximum – aan 32 overtreders boetes ter hoogte van het wettelijk boetemaximum opgelegd, in 7 verschillende zaken (SiRM 2014). Van deze 32 overtreders zijn er 24 klein te noemen, met een jaaromzet in het jaar voorafgaand aan de boetebeschikking van rond de 10 miljoen euro of minder. Vijf beboete ondernemingen zijn middelgroot met een jaaromzet tussen 20 en 62 miljoen euro. Tot slot zijn drie grote ondernemingen beboet met een jaaromzet tussen 100 en 300 miljoen euro. Als een en ander wordt toegespitst op de afgelopen twee jaren, dus sinds de oprichting van de ACM, dan zijn aan 15 ondernemingen boetes ter hoogte van het wettelijk boetemaximum opgelegd (in twee zaken). Dit betreft drie investeringsmaatschappijen in de zaak over het meelkartel en

12 ondernemingen in de kartelzaak over leesmappen. In alle gevallen waarin de ACM de afgelopen twee jaar een boete heeft opgelegd, was de overtreding verwijtbaar en niet louter het gevolg van onhandigheid of onwetendheid.

De leden van de CDA-fractie vroegen tot slot in hoeveel gevallen in de afgelopen twee jaar geen boete is opgelegd vanwege het niet rond krijgen van de bewijslast en bij wat voor soort gevallen het moeilijk is gebleken de bewijslast rond te krijgen. Gedurende de afgelopen twee jaar heeft de ACM één keer een vermoeden van overtreding van de Mededingingswet gehad en daarover een rapport opgesteld, zonder dat dit ertoe heeft geleid dat er een boete is opgelegd. Dit betreft een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie. In 2014 heeft de ACM deze zaak gesloten omdat onvoldoende was gebleken dat sprake was van een economische machtspositie.

De leden van de PVV-fractie vroegen waarom de wettelijke boetemaxima niet eerder zijn gelijkgetrokken. Zoals hierboven in deze paragraaf in antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie is toegelicht, lopen de hoogtes van de wettelijke absolute en relatieve boetemaxima voor lichte en zware overtredingen in de verschillende wetten waarop de ACM toezicht houdt niet uiteen. Verwezen wordt dan ook naar die beantwoording.

De leden van de PVV-fractie vroegen hoeveel maximale boetes er reeds zijn opgelegd. Zoals is toegelicht in het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de CDA-fractie zijn er 32 boetes ter hoogte van het wettelijk maximum opgelegd in zeven verschillende zaken.

Naar aanleiding van een vraag van de leden van de PVV-fractie of het boetemaximum met deze wetswijziging dusdanig verhoogd is dat het verkregen voordeel door kartelvorming nooit kan opwegen tegen de maximale boete, wordt verwezen naar het antwoord op een eerdere vraag van de leden van de PvdA-fractie in deze paragraaf. In aanvulling daarop zij opgemerkt dat de systematiek ter bepaling van boetes voor kartelover-tredingen (zoals vastgelegd in de Boetebeleidsregel ACM 2014) rekening houdt met het voordeel zoals dat ten algemene naar geldende (econo-mische) inzichten met deelname aan een kartel kan worden behaald. De basisboete wordt namelijk vastgesteld op een percentage van de omzet die de overtreder behaalt met de producten of diensten waar de overtreding (direct of indirect) betrekking op heeft: de betrokken omzet. Dit percentage kan oplopen tot 50 procent van de betrokken omzet. Het voordeel dat de overtreder met deelname aan het kartel heeft behaald – bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen – wordt geacht hierin te zijn begrepen. Het is de verwachting dat de voorgestelde verhoging van het wettelijke boetemaximum voor kartelover-tredingen de aldus berekende basisboete voldoende faciliteert zodat het boetemaximum als zodanig niet langer een reden zal zijn voor matiging van de basisboete.

De leden van de PVV-fractie vroegen bovendien of het zich eerder heeft voorgedaan dat de boete niet hoog genoeg was om de voordelen van de kartelvorming teniet te doen, en wat in die gevallen het verschil was tussen het verkregen voordeel en de opgelegde boete. Het antwoord op deze vraag kan onmogelijk gegeven worden. Het uitrekenen van het genoten voordeel over in het verleden voorgekomen kartels is niet goed mogelijk. Voor een toelichting hierbij wordt verwezen naar het antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de PvdA-fractie in paragraaf 2.

De leden van de D66-fractie vroegen naar de meerwaarde van boete-maxima. Dat de wet altijd dient aan te geven welke boete maximaal kan worden opgelegd, is een waarborg die is neergelegd in artikel 5:46, eerste lid, van de Awb en die samenhangt met artikel 89, tweede lid, van de Grondwet waarin is bepaald dat de wet de op te leggen straffen bepaalt.

De leden van de D66-fractie wilden weten of verwacht mag worden dat de voorgestelde verhoging van de wettelijke boetemaxima zal leiden tot hogere boetes. De verwachting is dat de extra inkomsten naar aanleiding van hogere boete-maxima ongeveer 10 miljoen euro per jaar bedragen. Voor een toelichting hierop wordt verwezen naar het antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de PvdA-fractie in paragraaf 2.

3.2 Onderzoeken preventieve afschrikwekkende werking

De leden van de VVD-fractie vroegen of de regering hun mening deelt dat de boetemaxima idealiter in reële zin altijd even hoog zijn. Inflatiecorrectie is één van de redenen waarom wordt voorgesteld om de absolute boetemaxima te verdubbelen. Met de verdubbeling wordt mede beoogd de reële vermindering van de wettelijke boetemaxima door het niet-aanpassen aan de inflatie sinds de invoering van de euro in 2002, te corrigeren.

De leden van de VVD-fractie vroegen bovendien naar de mogelijkheden om de boetemaxima in de toekomst automatisch aan te passen aan de inflatie. Automatische aanpassing aan inflatie is niet mogelijk. Een dergelijk aanpassing gaat nooit «vanzelf». In een wet kan wel worden bepaald dat een bepaald bedrag periodiek (bijvoorbeeld jaarlijks of elke twee jaar) wordt aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijs-index, maar die aanpassing als zodanig vereist dan nog steeds een uitvoeringsbesluit (algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling). De meeste wetten die in een dergelijke aanpassingssystematiek voorzien, betreffen wetten die de hoogte van bepaalde uitkeringen, pensioenen, toeslagen of les gelden regelen. Periodieke aanpassing aan inflatie ligt dan voor de hand, omdat de hoogte van die bedragen zeer nauw luistert. Ook bij de boetemaxima in het strafrecht, die elke twee jaar aan inflatie worden aangepast, ligt een dergelijke systematiek voor de hand omdat voor de laagste categorieën lage absolute maxima gelden en de absolute hoogte verhoudingsgewijs dus zeer relevant is en nauw luistert. Bij de absolute boetemaxima die gelden voor de ACM, ligt een dergelijke systematiek echter minder voor de hand. Het betreft hoge maxima waar aanpassing voor inflatie in absolute zin weinig effect sorteert op de orde van grootte van de daadwerkelijk opgelegde boete. In plaats van periodieke aanpassing aan inflatie door middel van uitvoeringsbesluiten, ligt het dan meer voor de hand de bedragen in de wet zelf aan te passen indien dat aangewezen is, bijvoorbeeld indien ze na verloop van tijd teveel uit de pas gaan lopen met het geldende prijspeil of indien het om andere redenen (zoals voldoende afschrikwekkendheid) nodig is de maxima te herzien. Het onderhavige wetsvoorstel is hier een voorbeeld van.

De leden van de CDA-fractie wilden weten of het absolute boetemaximum in de toekomst wordt aangepast aan inflatie. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op de soortgelijke vraag van de leden van de VVD-fractie in deze paragraaf. De leden van de CDA-fractie vroegen voorts in hoeveel van de kartelzaken in het verleden het voordeel dat behaald is met de deelname aan het kartel groter was dan de opgelegde boete. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PVV-fractie in paragraaf 3.1.

De leden van de CDA-fractie wilden ook weten of de ACM een boete kan opleggen als er geen sprake is van een daadwerkelijk kartel, maar slechts van de intentie daartoe. De ACM kan een boete opleggen voor overtreding van het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet. Dit artikel verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de

mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Als het bestaan van dergelijke overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet kan worden bewezen, dan is het kartelverbod niet overtreden en kan de ACM geen boete opleggen. Of de intentie om een kartel te sluiten kan worden beboet, hangt af van de vraag wat onder «intentie» precies kan worden verstaan. Bij het enkele individuele voornemen van een marktorganisatie om samen met andere marktorganisaties een kartel te sluiten, zal geen sprake zijn van overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet. Van een feitelijke gedraging, besluit of overeenkomst kan dan immers niet worden gesproken. Indien de marktorganisatie ter uitvoering van dat voornemen overgaat tot bepaalde feitelijke gedragingen, dan is het denkbaar dat daarmee het kartelverbod wordt overtreden. Dat zal echter afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Uiteindelijk is het aan het oordeel van de ACM – en eventueel daarna van de rechter – of een overtreding van het kartelverbod wordt vastgesteld en zo ja, of die overtreding wordt gesanctioneerd met een boete.

De leden van de D66-fractie vroegen toe te lichten of het absolute boetemaximum in de toekomst zal worden aangepast aan de inflatie. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op de soortgelijke vraag van de leden van de VVD-fractie in deze paragraaf.

4. Inhoud van het wetsvoorstel

De leden van de VVD-fractie vroegen of ook een systeem met alleen relatieve boetemaxima is overwogen. Dat is het geval. Gekozen is echter voor een systeem met naast relatieve boetemaxima óók absolute boetemaxima. Zo zorgt de invoering van een relatief boetemaximum ervoor dat het geldende boetemaximum ook voor grotere marktorganisaties (die het absolute boetemaximum van 900.000 euro relatief gemakkelijk zouden kunnen dragen) afschrikwekkend is. Andersom zorgt de invoering van een absoluut boetemaximum waar thans alleen een relatief boetemaximum geldt ervoor dat het boetemaximum ook voor marktorganisaties met een kleine omzet afschrikwekkend is.

De leden van de SP-fractie vroegen of de regering bereid is het relatieve boetemaximum voor zware overtredingen te verhogen naar 15 procent van de jaaromzet van de overtreder. Uit het eerder genoemde onderzoek SiRM 2014 komt naar voren dat een verhoging van het relatieve boetemaximum van 10 naar 15 procent zal leiden tot slechts een beperkte toename van de preventieve afschrikwekkende werking van het markttoezicht van de ACM. Door het relatieve boetemaximum te koppelen aan de duur van het kartel neemt die preventieve afschrikwekkende werking sterker toe.

De leden van de CDA-fractie stelden enkele vragen die verband houden met de verhouding tussen de hoogte van de daadwerkelijk door de ACM opgelegde boetes en de hoogte van de wettelijke boetemaxima. De Boetebeleidsregel ACM 2014 bepaalt hoe de ACM de boetehoogte in de praktijk berekent. De ACM stelt een basisboete vast die – afhankelijk van de desbetreffende overtreding – ofwel gebaseerd is op de bij de overtreding betrokken omzet en de ernst en duur van de overtreding (paragraaf 2.2 van de Boetebeleidsregel ACM 2014) ofwel voortvloeit uit een categorie-indeling die eveneens is gebaseerd op de ernst en duur van de overtreding (paragrafen 2.3 en 2.4 van de Boetebeleidsregel ACM 2014). Als er boeteverhogende of -verlagende omstandigheden zijn, dan past de ACM de basisboete dienovereenkomstig aan. Recidive, de leden van de CDA-fractie vroegen hiernaar, is een boeteverhogende omstandigheid die op grond van artikel 2.9, eerste lid, onderdeel a, en tweede lid,

van de Boetebeleidsregel ACM 2014 leidt tot verdubbeling van de door de ACM vastgestelde basisboete. Door die verdubbeling van de basisboete is het thans mogelijk dat de door de ACM op grond van de Boetebeleidsregel ACM 2014 berekende boete hoger is dan het in de wet opgenomen boetemaximum. In dergelijke gevallen dient de ACM de uitgerekende boete te verlagen tot een bedrag van ten hoogste het wettelijke boetemaximum, omdat dit boetemaximum niet mag worden overschreden. Door de ACM is in het verleden enkele malen een verhoging vanwege recidive toegepast op het terrein van energie- en telecommtoezicht. Deze verhoging kon in die zaken plaatsvinden binnen de wettelijke boetemaxima, omdat de specifieke omstandigheden van het geval (o.a. de ernst en de duur) aanleiding gaven tot het vaststellen van een relatief lage basisboete. Voor een verhoging van die basisboete vanwege recidive was dientengevolge ruimte binnen het wettelijk boetemaximum. De voorgestelde maatregelen ter verhoging van de wettelijke boetemaxima, waaronder de verdubbeling in geval van recidive, verkleinen de kans dat de op basis van de Boetebeleidsregel ACM 2014 door de ACM uitgerekende boete hoger is dan het wettelijke boetemaximum. Dit vergroot de afschrikwekkende werking van het markttoezicht dat de ACM uitoefent en zal naar verwachting het aantal recidive-gevallen doen verminderen. Of er *in het verleden* overtredingen zijn begaan, die niet zouden zijn begaan met de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen, valt onmogelijk met zekerheid te zeggen. Zeker is wel dat de voorgestelde maatregelen het begaan van een overtreding voor een marktorganisatie *in de toekomst* minder aantrekkelijk maken en dat deze de kans dat overtredingen in de toekomst worden begaan verkleinen. Aan marktorganisaties die desondanks toch de regels overtreden, zeker als zij daarbij in herhaling vervallen (recidive), kan de ACM ten gevolge van dit wetsvoorstel een hogere boete opleggen dan bij de bestaande wettelijke boetemaxima mogelijk is. Dit geldt overigens niet per definitie uitsluitend in gevallen waarin de overeenkomstig de Boetebeleidsregel ACM 2014 berekende basisboete hoger is dan het geldende wettelijke boetemaximum, zoals de leden van de CDA-fractie suggereerden: de voorgestelde verhoging van de wettelijke boetemaxima geeft aanleiding om na aanvaarding van het wetsvoorstel ook de Boetebeleidsregel ACM 2014 aan te passen. Die aanpassing zal onder meer de categorie-indeling in artikel 2.5 betreffen, waarin de bedragen in de genoemde bandbreedtes zullen worden verhoogd. Dit zal in voorkomende gevallen kunnen leiden tot hogere boetes dan onder de huidige Boetebeleidsregel ACM 2014, ook als die de bestaande wettelijke boetemaxima niet zouden overschrijden. Of in een concreet geval de opgelegde boete daadwerkelijk hoger zal zijn dan onder de bestaande regels, hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat is aan het oordeel van de ACM. Uitgangspunt is en blijft dat de opgelegde boete evenredig is. Hogere wettelijke boetemaxima leiden derhalve niet automatisch tot hogere boetes.

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af waarom gekozen is voor een verdubbeling van het absolute boetemaximum tot 900.000 euro en niet voor een ander bedrag. Het onderzoek SiRM 2014 gaat uit van een verdubbeling van het absolute boetemaximum van 450.000 tot 900.000 euro. De conclusies van het onderzoek zijn derhalve gebaseerd op dat bedrag. Daarbij is in het wetsvoorstel aangesloten, zoals in de brief aan de Tweede Kamer van 11 februari 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 19) is toegelicht. Er is dan ook geen aanleiding om een ander bedrag voor te stellen.

De leden van de CDA-fractie wilden tot slot vernemen waarom enkele afwijkende boetemaxima in het wetsvoorstel niet worden aangepast. Vermoedelijk doelden deze leden op de afwijkende wettelijke boetemaxima in artikel 15, vierde lid, van de Wet post BES, artikel 32, tweede lid, van de Wet Telecommunicatievoorzieningen BES, artikel 4.21, vierde lid, van de Aanbestedingswet 2012, artikel 3.8, vierde lid, van de Aanbe-

stedingswet op defensie- en veiligheidsgebied en artikel 1:25a jo. 1:81 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze boetemaxima wijken wat betreft systematiek en/of orde van grootte af van de boetemaxima die door dit wetsvoorstel worden geharmoniseerd. De boetemaxima in de Wet post BES en de Wet Telecommunicatievoorzieningen BES zijn uitgedrukt in Amerikaanse dollars en zijn bovendien van een andere orde van grootte (USD 56.000). De boetemaxima in de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied kennen een boetemaximum van 15% van de geraamde waarde van de desbetreffende opdracht. Tot slot geldt voor het opleggen van boetes door de ACM op grond van de Wft de systematiek van de Wft. Artikel 1:81 van de Wft noemt een boetemaximum van € 4 miljoen, dat op grond van artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector van toepassing is op het toezicht door de ACM op artikel 5:88 van de Wft. Andersom geldt voor de AFM ook de boetesystematiek van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt voor zover het gaat om de beboeting van overtredingen die beboetbaar zijn gesteld in de Whc. De eerder genoemde onderzoeken SiRM/Pels Rijcken 2013 en SiRM 2014, die aantonen dat bepaalde wettelijke boetemaxima onvoldoende afschrikken, laten deze afwijkende wettelijke boetemaxima buiten beschouwing. Ook zijn geen andere onderzoeken of aanwijzingen bekend die aantonen dat deze afwijkende wettelijke boetemaxima onvoldoende preventieve afschrikwekkende werking zouden hebben. Om die reden is ervoor gekozen om deze ongewijzigd te laten.

De leden van de PVV-fractie vroegen hoe het voorgestelde boetemaximum zich verhoudt tot de boetemaxima in de omliggende landen. De maximale boete die in de meeste omliggende landen en door de Europese Commissie kan worden opgelegd bedraagt tien procent van de jaaromzet van de onderneming. Hoe de omzet wordt afgebakend, verschilt per land. Zo wordt in het Verenigd Koninkrijk en door de Europese Commissie de wereldwijde omzet gehanteerd. In Zweden en Duitsland wordt de jaaromzet in het betreffende land gebruikt en in Italië de bij de overtreding betrokken omzet. In Duitsland wordt dezelfde systematiek gehanteerd als in Nederland, waar een absoluut boetemaximum geldt (in Duitsland van één miljoen euro) en als dit meer is een maximum van tien procent. Daarnaast geldt in omliggende landen en in het boetebeleid van de Europese Commissie ook een apart boetemaximum voor lichtere overtredingen. Zo kan er in België een maximumboete van één procent van de jaaromzet worden opgelegd voor het niet meewerken aan het onderzoek en of in het geval dat een fusie niet wordt gemeld. Met het wetsvoorstel blijft Nederland de systematiek hanteren die in de omliggende landen gebruikelijk is. Aangezien er in de omliggende landen niet steeds van dezelfde omzetdefinitie wordt uitgegaan, valt niet te zeggen in welke mate de Nederlandse strafmaat in het algemeen afwijkt van deze landen. Ten opzichte van de landen en de Europese Commissie die boetemaximum van tien procent van de jaaromzet van de overtreder kennen, zal de Nederlandse strafmaat voor kartelovertradingen met dit wetsvoorstel relatief hoger komen te liggen. De leden van de PVV-fractie stelden bovendien meerdere vragen over de noodzaak om het boetemaximum te maximaliseren op vier jaar. Voor het antwoord op deze vragen verwijs ik naar de eerdere beantwoording op vragen van gelijke strekking die zijn gesteld door leden van de PvdA-fractie (paragraaf 3.1).

De leden van de PVV-fractie vroegen naar de mogelijkheden van voordeelontneming bij het opleggen van bestuurlijke boetes voor overtreding van het kartelverbod. Voor de bepaling van de hoogte van de toe te passen wettelijke boetemaxima is de gedachte van belang dat (ten minste) voordeelontneming plaatsvindt. Dat blijkt reeds uit het doel van

dit wetsvoorstel om de afschrikwekkendheid van die boetemaxima te vergroten. Een boetemaximum kan immers alleen afschrikwekkend zijn als dat maximum hoger ligt dan het verwachte voordeel van de overtreding. Dit is in abstracto verdisconteerd in de boetemaxima. Er is niet gekozen voor een stelsel met een aparte herstel- of ontnemingsbevoegdheid enerzijds en een bestuurlijke boete (leedtoevoegend element) anderzijds.

De leden van de PVV-fractie vroegen tot slot of er bij het vaststellen van de boete voor kartelovertradingen en andere overtradingen rekening gehouden kan worden met het genoten voordeel. De boetes die door de ACM worden opgelegd, bevatten geen specifieke ontnemingscomponent. Zie hiervoor ook de antwoorden op vragen van de leden van de PvdA-fractie in paragraaf 2. Het exact vaststellen of zelfs het maken van een onderbouwde schatting van het behaalde voordeel bij overtrading van bepalingen die door de ACM worden gehandhaafd, gaat ook gepaard met onzekerheden en hoge kosten. Dat neemt niet weg dat er sprake is van een benadering van dit voordeel in abstracto doordat de ACM voor de bepaling van de concrete boetehoogte in veel gevallen rekening houdt met de omzet die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtrading is behaald met de levering van goederen en diensten waarop die overtrading betrekking heeft (de zogenaamde betrokken omzet, zie artikel 2.3 van de Boetebeleidsregel ACM 2014). Met dit wetsvoorstel wordt daarnaast ook het boetemaximum voor kartelovertradingen afhankelijk gemaakt van de duur van het kartel. Dat heeft tot gevolg dat de ACM minder snel genoodzaakt zal zijn de door haar op basis van de Boetebeleidsregel ACM 2014 vastgestelde boete te matigen omdat deze anders het wettelijke boetemaximum overschrijdt.

De leden van de D66-fractie vroegen waarom is gekozen voor verhoging van het absolute boetemaximum tot 900.000 euro en niet voor een ander bedrag. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de CDA-fractie in deze paragraaf.

De leden van de D66-fractie vroegen bovendien om toe te lichten waarom het absolute boetemaximum ervoor zou zorgen dat deze ook voor marktorganisaties met een kleine omzet afschrikwekkend is. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de VVD-fractie aan het begin van deze paragraaf.

De leden van de D66-fractie vroegen nader toe te lichten waarom gekozen is voor een maximum van vier jaar. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PvdA-fractie hiervoor in paragraaf 3.1.

De leden van de D66-fractie vroegen naar een voorbeeld van een kartel dat langer duurde dan vier jaar en waarbij een boete bepaald met inachtneming van de volledige kartelduur onevenredig zou zijn geweest. In tegenstelling tot wat de leden van de D66-fractie leken te veronderstellen, wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om het boetemaximum voor kartelovertradingen te verhogen en afhankelijk te maken van de duur van de overtrading, niet de boete die de ACM daadwerkelijk oplegt. In antwoord op vragen van de leden van de PvdA- en CDA-fracties in paragraaf 3.1 is aangegeven dat de ACM in bepaalde gevallen de boete heeft moeten matigen in verband met het huidige boetemaximum en dat de thans voorgestelde verhoging van de boetemaxima met maximering van het aantal in aanmerking te nemen jaren bij kartelovertradingen naar verwachting steeds een toereikend boetemaximum oplevert.

Tenslotte hadden de leden van de D66-fractie nog nadere vragen over de achtergrond van het maximum van vier jaar. Voor het antwoord op die vraag wordt opnieuw verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PvdA-fractie in paragraaf 3.1 en het in die

paragraaf in aanvulling daarop gegeven antwoord aan de leden van de PVV-fractie.

5. Concentratietoezicht op pensioenfondsen

De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af of het voorstel voor een beperkte meldingsplicht voor pensioenfondsen in het kader van de mededingingsrechtelijke fusietoets betekent dat er voor twee pensioenfondsen die niet tot de twintig grootste pensioenfondsen horen en willen fuseren, geen meldingsplicht meer is. De leden van de PvdA-fractie wilden voorts weten of het klopt dat als één van de twee fuserende pensioenfondsen minder dan 100 miljoen euro aan premie-inkomsten heeft, er geen meldingsplicht meer is. In beide gevallen die de leden van de PvdA-fractie noemden, geldt de meldingsplicht van artikel 34 van de Mededingingswet inderdaad niet. Twee pensioenfondsen die willen fuseren, dienen dit voornemen volgens de voorgestelde meldingsplicht te melden bij de ACM indien beiden in het voorgaande jaar individueel meer dan 100 miljoen euro en gezamenlijk meer dan 500 miljoen euro aan premie-inkomsten hebben geboekt. Is aan één van deze twee voorwaarden of aan geen van deze beide voorwaarden voldaan, dan geldt de meldingsplicht niet. Hieruit volgt reeds dat de meldingsplicht niet van toepassing is op tweepartijfusies waarbij één van de fuserende pensioenfondsen minder dan 100 miljoen euro aan premie-inkomsten heeft geboekt in het voorgaande kalenderjaar. Uit cijfers van de Pensioenfederatie over het jaar 2013³ blijkt dat alleen de grootste 32 fondsen jaarlijks individueel meer dan honderd miljoen euro aan premie-inkomsten boeken. De grootste zestien pensioenfondsen boeken meer dan 250 miljoen euro aan premie-inkomsten. Hoewel de omzetcijfers van pensioenfondsen aan verandering onderhevig zijn, kan hieruit worden afgeleid dat bij tweepartijfusies waarbij de partijen niet allebei tot de ongeveer twintig grootste pensioenfondsen horen, deze fusies inderdaad niet gemeld hoeven te worden, zoals de leden van de PvdA-fractie terecht stelden. De twee pensioenfondsen zullen gezamenlijk immers de drempel van 500 miljoen euro aan premie-inkomsten niet overschrijden.

De leden van de SP-fractie vroegen naar de redenen om de drempel voor pensioenfondsen aan te passen. Voorts vroegen zij wat het doel is van het markttoezicht, waarom de consolidatieslag in de pensioensector gewenst is en welke onnodige belemmeringen met de voorgestelde maatregel worden weggenomen. Ter uitvoering van een door de Tweede Kamer motie van het lid Mei-Li Vos (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 17) is bezien of de hoogte van de omzetcijfers voor de fusietoets passend is in het licht van de bijzondere kenmerken van de pensioensector. Zoals in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2014/15, 34 190, nr. 3, pp. 11 t/m 13) is toegelicht, hebben de bestaande omzetcijfers tot op heden niet of nauwelijks een belemmering gevormd voor pensioenfondsen om te fuseren. Dat blijkt uit het zeer kleine aantal fusies dat de afgelopen vijf jaar bij de ACM behoefde te worden gemeld (slechts vier) in verhouding tot het grote aantal fusies dat de afgelopen vijf jaar heeft plaatsgevonden. Ook de vier gemelde fusies konden na een zogenoemd «eerstefaseonderzoek» van de ACM ongewijzigd doorgang vinden. De verwachting is dat de consolidatieslag onder pensioenfondsen nog niet ten einde is. De bestaande omzetcijfers zouden voor die verdere consolidatie wellicht wel een onnodige belemmering kunnen gaan vormen. Mede als gevolg van de consolidatie onder zeer kleine pensioenfondsen die reeds heeft plaatsgevonden, zijn de resterende pensioenfondsen immers gemiddeld groter dan daarvoor en kunnen de bestaande

³ Zie: http://www.pensioenfederatie.nl/Document/Cijfers/Jaarcijfers/2013_Jaaroverzicht_financieel.pdf.

omzetgrenzen bij tweepartijfusies tussen pensioenfondsen eerder worden overschreden en als onnodig belemmerend worden ervaren in het licht van de unieke kenmerken van de pensioenmarkt. De Commissie «Beleggingsbeleid en Risicobeheer» onder leiding van prof.dr. Frijs heeft in haar rapport «Pensioen: Onzekere zekerheid» van 19 januari 2010 (bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 30 413, nr. 138) aangegeven dat een optimale omvang van pensioenfondsen een punt van aandacht is met het oog op de kosten als percentage van de balansomvang. Hoe groter de pensioenfondsen, hoe kleiner deze kosten in verhouding zullen zijn. Daarnaast biedt consolidatie uitkomst met het oog op de hoge eisen die worden gesteld aan de bemensing van pensioenbesturen, omdat een afname van het aantal besturen de kans vergroot dat deze worden bemest door capabele bestuurders. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (Kamerstukken II 2014/15, 34 117, nr. 3) geconstateerd dat de consolidatie die zich de afgelopen twintig jaar heeft voorgedaan onomkeerbaar is en naar verwachting zal versnellen. Zij onderschrijft de wenselijkheid van deze consolidatie met het oog op de schaalvoordelen en lagere uitvoeringskosten die consolidatie meebrengt. Met het oog op de gewenste verdere consolidatie wordt daarom thans na overleg met de ACM en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voorgesteld om de omzetgrenzen voor pensioenfondsen te verruimen. Dit neemt een belemmering weg, omdat een deel van de fusies tussen pensioenfondsen die bij de nu geldende omzetgrenzen aan de ACM moeten worden gemeld, voortaan niet langer meldingsplichtig is. Daarmee is niet gezegd dat de meldingsplicht voor pensioenfondsen altijd een onnodige belemmering is en volledig kan worden afgeschaft. Het markttoezicht – in dit specifieke geval de fusietoets – dient ertoe significante beperkingen van de mededinging te voorkomen. Verruiming van de omzetgrenzen is derhalve alleen wenselijk als die niet leidt tot een onaanvaardbaar groter risico op significante beperking van de mededinging in de pensioenmarkt. De bijzondere kenmerken van de pensioenmarkt, die ervoor zorgen dat er in die markt geen sprake is van volledige mededinging, bieden enige ruimte om de omzetgrenzen te verhogen. In dat licht is de bestaande hoogte van de omzetgrenzen een onnodige belemmering voor fuserende pensioenfondsen. Op basis van deze overwegingen wordt voorgesteld om de individuele omzetgrens voor pensioenfondsen te verhogen van 30 miljoen euro naar 100 miljoen euro en de gezamenlijk omzetgrens van 150 miljoen euro naar 500 miljoen euro. Van fusies tussen (grote) pensioenfondsen die deze omzetgrenzen overschrijden, kan niet zonder meer worden gezegd dat zij de mededinging niet significant kunnen beperken. Daarom moeten dergelijke fusies wel aan de ACM worden gemeld, opdat de ACM een oordeel kan vellen over de gevolgen ervan voor de mededinging op de pensioenmarkt.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe tot de verhoging van 150 miljoen euro naar 500 miljoen euro en 30 miljoen euro naar 100 miljoen euro tot stand is gekomen. Tevens vroegen zij zich af waarom fusies tussen pensioenfondsen waarbij één van de pensioenfondsen de voorgestelde individuele drempel van 100 miljoen euro niet overschrijdt, niet gemeld hoeven te worden bij de ACM. Voor de onderbouwing voor de verhoging van de omzetgrenzen wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de SP-fractie in deze paragraaf. Wat betreft het voorbeeld van een tweepartijfusie dat de leden van de CDA-fractie noemden, wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PvdA-fractie, eveneens in deze paragraaf. Op deze plaats wordt volstaan met de constatering dat het algemene concentratietoezicht twee omzetgrenzen kent die cumulatief

gelden; zowel de individuele omzetgrens als de gezamenlijke omzetgrens moeten worden overschreden, om de meldingsplicht van toepassing te laten zijn. Dat is ook nu het geval en er is geen aanleiding die systematiek te wijzigen. Een en ander brengt met zich dat een fusie niet gemeld hoeft te worden bij de ACM indien één van de partijen de voorgestelde individuele omzetgrens van 100 miljoen euro niet haalt.

6. Toetsen, adviezen en internetconsultatie

De leden van de VVD-fractie vroegen waarom de maatregelen ter verhoging van de boetemaxima niet zullen leiden tot extra boeteinkomsten. In antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de PvdA-fractie is toegelicht paragraaf 2) dat het wetsvoorstel naar verwachting zal leiden tot een verhoging van de ingeschatte boeteinkomsten van circa 10 miljoen per jaar.

De leden van de CDA-fractie vroegen of de voorgestelde verhoging van de wettelijke boetemaxima voor de ACM in verhouding staat tot de wettelijke boetemaxima die gelden voor DNB en de AFM. Dat is het geval. Achtergrond van de voorgestelde verhoging van het absolute boetemaximum is onder meer dat boetemaximum meer in overeenstemming te brengen met de in 2009 door de invoering van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving fors verhoogde wettelijke boetemaxima in het financieel markttoezicht dat wordt uitgeoefend door DNB en de AFM en derhalve meer in lijn met actuele inzichten over wat een afschrikwekkend absoluut boetemaximum is (artikel 1:81 van de Wft). Dat betekent overigens niet dat de boeteregimes voor de ACM enerzijds en DNB en de AFM anderzijds identiek zullen zijn. DNB en de AFM hebben net als de ACM in alle gevallen te maken met een absoluut boetemaximum. In plaats van één absoluut boetemaximum is het door de AFM en DNB toe te passen absolute boetemaximum afhankelijk van de ernst van het delict. Voor overtredingen in categorie 1 geldt een absoluut maximum van 10.000 euro, voor categorie 2 is dat maximum 1 miljoen euro en voor categorie 3 is dat 4 miljoen euro (zie artikel 1:81, tweede lid, van de Wft). Voor de meest ernstige overtredingen (categorie 3) geldt daarnaast een relatief boetemaximum van tien procent van de omzet van de overtreder (zie artikel 1:81, derde lid, van de Wft). Voor lichtere overtredingen (categorieën 1 en 2) geldt geen relatief boetemaximum. Voor de meest ernstige overtredingen ligt het voor DNB en de AFM toepasselijke absolute boetemaximum dus hoger dan het voor de ACM (over de hele linie) geldende absolute boetemaximum. Daar staat tegenover dat het voor de AFM en DNB geldende absolute boetemaximum voor de lichtst gekwalificeerde overtredingen fors lager is. Grosso modo zijn de beide stelsels qua orde van grootte vergelijkbaar.

6.2 Uitvoeringstoets ACM

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom het wetsvoorstel niet is getoetst op handhaafbaarheid. Het wetsvoorstel bevat voor de ACM geen nieuwe taken. Wel wordt het instrumentarium dat de ACM kan inzetten verbreed – de ACM kan waar nodig hogere boetes opleggen. De ACM vond daarom een toets op de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel wel, maar een toets op de handhaafbaarheid van het wetsvoorstel niet in de rede liggen.

De leden van de CDA-fractie stelden enkele vragen over de wijze waarop de capaciteit bij de ACM berekend wordt en tot stand komt. Bij ontwerp-regelingen die nieuwe taken voor de ACM of een uitbreiding van bestaande taken van de ACM inhouden, maakt de ACM in haar uitvoeringstoets een inschatting van de budgettaire gevolgen van de betreffende regeling. Deze inschatting wordt gebruikt om, indien nodig, het

budget gedurende de jaren waarvoor al een begroting is vastgesteld bij te stellen. Naar aanleiding van een uitvoeringstoets van de ACM wordt bekeken of de aannames die de ACM maakt over capaciteit en (andere) budgettaire gevolgen redelijk zijn. In het geval van dit wetsvoorstel had de regering een meer conservatieve inschatting van de gevolgen van het wetsvoorstel voor het budget van de ACM dan de ACM zelf. Dat hangt samen met de verwachting dat dit wetsvoorstel niet van invloed is op het aantal boetes dat zal worden opgelegd en dat hogere boetemaxima als zodanig evenmin iets veranderen aan het feit dat de (hoogte van de) opgelegde boetes goed gemotiveerd dient te worden. Mocht het zo zijn dat in de praktijk blijkt dat de bestuurlijke handhaving naar aanleiding van dit wetsvoorstel toch meer budget (capaciteit) vergt dan bij de inwerking-treding van het wetsvoorstel gedacht, bijvoorbeeld omdat een in de uitvoeringstoets geschetste situatie zich toch voordoeft, dan wordt dit bij (de voorbereidingen op) de begroting van Economische Zaken in samenhang met de andere taken van de ACM gezien.

6.3 Ambtelijk standpunt EC

De leden van de VVD-fractie stelden enkele vragen over de verhouding tussen de voorgestelde wettelijke boetemaxima, de wettelijke boetemaxima in de omringende landen en de effecten op de concurrentiepositie van het Nederlands bedrijfsleven. In antwoord op de vraag naar de relatie tussen de voorgestelde wettelijke boetemaxima en de wettelijke boetemaxima in de omringende landen wordt verwezen naar antwoorden op vragen van gelijke strekking die zijn gesteld door leden van de fractie van de PVV in paragraaf 4. Aanvullend wordt opgemerkt dat de maatregelen in het wetsvoorstel bijdragen aan een gelijk speelveld voor ondernemingen. De afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima zal door de maatregelen van dit wetsvoorstel toenemen. Die afschrikwekkende werking zal ertoe leiden dat er minder overtredingen van de wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt, worden begaan. Een betere naleving van die wetten draagt bij aan goed functionerende markten en eerlijke concurrentieverhoudingen. Het feit dat de strafmaat voor kartelovertradingen in Nederland relatief hoger komt te liggen, maakt het vestigings- en ondernemingsklimaat in Nederland ten opzichte van andere landen aantrekkelijker voor goedwillende ondernemers, aangezien de kans op marktverstoringe overtredingen in Nederland relatief kleiner wordt.

De leden van de VVD-fractie vroegen ook of het een goed idee is om te bepleiten dat andere landen hun te soepele strafmaat verhogen. Het is de taak en de verantwoordelijkheid van de lidstaten van de Europese Unie zelf om ervoor te zorgen dat de door hen opgelegde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Het is voorstelbaar dat dit wetsvoorstel er mede toe leidt dat deze lidstaten (nogmaals) nagaan of de ernst en effectiviteit van de sancties die door hun mededingingsautoriteiten voor kartels kunnen worden opgelegd nog voldoende afschrikwekkend zijn. Of dat leidt tot aanpassing van regelgeving is niet op voorhand duidelijk. Iedere lidstaat maakt daarin uiteindelijk zijn eigen politieke, beleidsmatige of andersoortige afweging. Als er in Europees verband over de hoogte van wettelijke boetemaxima gesproken wordt, of als andere lidstaten van de Europese Unie daarnaar vragen, zal Nederland zijn ervaringen en inzichten delen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen wanneer er duidelijkheid te verwachten is over eventuele voorstellen van de Europese Commissie om de boetemaxima te harmoniseren en of dit er toe zou kunnen leiden dat dit wetsvoorstel weer gewijzigd zou moeten worden. De Europese Commissie heeft in 2014 geïnventariseerd op welke punten de lidstaten

onderling afwijken in de handhaving van de Europese regelgeving rond mededingingsbeleid. Naar aanleiding daarvan is de Europese Commissie nu aan het inventariseren op welke punten deze verschillen tussen landen leiden tot problemen in de praktijk. Het ligt in de lijn der verwachting dat hiervoor onder meer een openbare consultatie opgezet zal worden. De verwachting is dat de Europese Commissie op zijn vroegst medio 2016 nieuwe voorstellen rond de handhaving van de Europese mededingingsregels zou kunnen gaan doen. Vervolgens zal het besluitvormingsproces van start gaan. De datum waarop eventuele voorstellen van de Europese Commissie van kracht worden, ligt dus naar alle waarschijnlijkheid ruim na de verwachte datum van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. De eventuele nieuwe voorstellen vormen dan ook geen aanleiding dit wetsvoorstel op te schorten. Uiteraard wordt de Tweede Kamer via de gebruikelijke kanalen op de hoogte gehouden van eventuele voorstellen van de Europese Commissie en de daaropvolgende besluitvorming door de instellingen van de Europese Unie. Mocht er uiteindelijk in de toekomst een Europeesrechtelijke aanscherping van mededingingsregels komen, dan zal ook Nederland daar aan moeten voldoen.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom Nederland afwijkt van de meerderheid van de lidstaten als het gaat om de voor kartelovertreiding voorgestelde verhoging van het wettelijke boetemaximum. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de PVV-fractie (paragraaf 4) en de – in reactie op een soortgelijke vraag van de leden van de VVD-fractie gegeven – aanvulling daarop in deze paragraaf.

7. Bedrijfseffecten en regeldruk

De leden van de VVD-fractie stelden enkele vragen over het door de ACM gehanteerde uitgangspunt dat een overtreder ten gevolge van een boete in beginsel niet failliet mag gaan. Voorop staat dat het wetsvoorstel geen gevolgen heeft voor de systematiek volgens welke de ACM een boete vaststelt en oplegt. De ACM stelt de hoogte van de boetes vast aan de hand van de Boetebeleidsregel ACM 2014, die een uitwerking vormt van het evenredigheidsbeginsel. In die beleidsregel is bepaald op welke wijze de ACM de ernst en duur van een overtreiding moet meewegen en met welke omstandigheden zij rekening moet houden. Deze omstandigheden kunnen zowel boeteverhogend als boeteverlagend zijn. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierdoor zou immers een slecht ondernemingsbeleid «beloond» worden door een lagere boete op te leggen dan zou geschieden bij een onderneming die wel floreert. De ACM zal nader bezien of rekening moet worden gehouden met de financiële draagkracht van de overtreder, nadat deze bij de ACM heeft aangegeven dat de verwachte boete te hoog is en hij door de boete in faillissement zal geraken. De overtreder zal dat standpunt moeten onderbouwen, bijvoorbeeld door inzage te geven in zijn boekhouding. De ACM zal die boekhouding dan onderzoeken. Indien dit onderzoek aantoonde dat de boete inderdaad het voortbestaan van de overtreder in gevaar zou brengen, kan de ACM overgaan tot verlaging van de boete tot een niveau dat de overtreder nog wel kan dragen zonder failliet te gaan. Een marktorganisatie kan er echter op voorhand allerminst zeker van zijn dat een beroep op boeteverlaging wegens de financiële positie zal slagen. Het voorgaande rechtvaardigt dan ook niet de conclusie dat er voor bedrijven met een slechte financiële positie geen prikkel meer is zich aan de wet te houden. Bovendien is het boetemaximum niet het enige element dat ondernemingen prikkelt tot naleving om een boete te voorkomen. Een dergelijke prikkel zal ook uitgaan van het feit dat de ACM verplicht is besluiten tot het opleggen van een boete openbaar te maken.

De leden van de CDA-fractie vroegen in hoeveel van de gevallen de afgelopen vijf jaar onterecht een overtreding is vastgesteld door de ACM of haar voorgangers. In de afgelopen vijf jaar is voor de toezichtterreinen (mededinging, energie, vervoer, telecommunicatie, post en consumentenbescherming) van de ACM en haar institutionele voorgangers in ongeveer 50 gevallen een boete opgelegd die later door de rechter is vernietigd. In 16 van deze gevallen is de vernietiging van de boete nog niet definitief. In de meerderheid van de gevallen was de rechter onvoldoende overtuigd van het bewijs voor de overtreding (door de desbetreffende onderneming) of ging het om principiële kwesties, zoals het gebruik van door het openbaar ministerie aan de ACM verstrekte tapgegevens als bewijs. In de andere gevallen hing de vernietiging samen met de uitleg van wettelijke voorschriften. Het is inherent aan de taakuitoefening van een toezichthouder dat ook in bewijstechnisch complexe situaties wordt opgetreden en dat rechtsontwikkeling plaatsvindt, zeker op nieuwe toezichtterreinen.

De leden van de D66-fractie vroegen in hoeverre het wetsvoorstel leidt tot aanpassingskosten voor bedrijven. Het wetsvoorstel leidt niet tot aanpassingskosten. De verhoging van de wettelijke boetemaxima treft slechts (potentiële) overtreders van de regels op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt en bij overtreding waarvan de ACM een boete kan opleggen. De verwachting is dat deze verhoging marktorganisaties stimuleert tot naleving van de regels, maar daarvoor hoeven zij naar alle waarschijnlijkheid geen aanpassingskosten te maken. Marktorganisaties die toch in de fout gaan, lopen het risico dat zij een hogere boete opgelegd krijgen dan onder de bestaande boetemaxima. Ook de verhoging van de omzeldrempels van de fusietoets voor pensioenfondsen noopt niet tot het maken van aanpassingskosten bij pensioenfondsen. De leden van de D66-fractie vroegen of de ACM ook in het geval van recidive rekening houdt met de draagkracht van de overtreder. Op de vraag hoe de draagkracht van de overtreder een rol speelt in het proces tot oplegging van een boete is hierboven in deze paragraaf ingegaan in antwoord op een vraag daarover van de leden van de VVD-fractie. In het geval van recidive is dat proces niet anders. Aannemelijk is wel dat toepassing van de Boetebeleidsregel ACM 2014 in geval van recidive zal leiden tot de vaststelling van een hogere basisboete door de ACM.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp