

# **Mededingingsrecht**

## **Naar strafsancties in het Belgische mededingingsrecht?**

Prof. Dr Jacques STEENBERGEN  
Directeur generaal van de Algemene directie Mededinging  
buitengewoon hoogleraar aan de rechtsfaculteit van de KU Leuven



## I. De problematiek van de sancties in het mededingingsrecht

1. Het Europese en Belgische mededingingsrecht<sup>1</sup> voorzien thans voor overtredingen van het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtsposities<sup>2</sup> de volgende sancties:

- Administratieve geldboetes tot maximum 10% van de omzet van de onderneming of de (leden van een) ondernemingsvereniging;
- Dwangsommen van 5% van de gemiddelde dagelijkse omzet per dag vertraging bij niet-naleving van beslissingen van de Raad voor de Mededinging;
- Een civielrechtelijke nietigheidssanctie die de contractuele bedingen treft waarin een overtreding van het kartelverbod is neergelegd (artikel 2(2) WBEM en artikel 81(2) EG).

2. Het sanctiebeleid van de Europese Commissie wordt de laatste jaren gekenmerkt door een spectaculair stijgen van de geldboetes:<sup>3</sup>

- Hoogste totaal opgelegde boete per beslissing:

2009 – Gaspipijlnkartel: 1,1 miljard euro
2008 – Autoglaskartel: 1,38 miljard euro
2007 – Liftenkartel: 992 miljoen euro
2006 – Synthetisch rubberkartel: 519 miljoen euro
2005 – Industriële zakkenkartel: 290 miljoen euro

- Hoogste boete per onderneming:

2009 – Intel: 1,06 miljard euro
2008 – Microsoft: 899 miljoen euro
2008 – Saint-Gobain: 896 miljoen euro
2009 – E.On en GDF Suez: 553 miljoen euro
2007 – ThyssenKrupp: 479,7 miljoen euro
2006 – ENI SpA: 272,2 miljoen euro

3. Bij het bepalen van geldboetes gaat de Europese Commissie uit van richtsnoeren die uitgaan van een boete voor ernstige kartelovertradingen van ong. 15% van de door de inbreuk betroffen omzet tijdens het voorgaande boekjaar. Dat bedrag wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat inbreuk duurde, en kan vervolgens worden verdubbeld bij recidive<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Artikelen 63-66 WBEM en artikelen 23-24 Vo (EG) 1/2003.

<sup>2</sup> De WBEM en Verordening (EG) 1/2003 voorzien ook sancties voor meer procedurele overtredingen en voor overtredingen van de substantiële en procedurele bepalingen van de regels betreffende concentratietoezicht.

<sup>3</sup> Een gedetailleerd overzicht van kartelboetes, opgelegd door de Europese Commissie is te vinden via:

[http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/faqs\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/faqs_en.html)

<sup>4</sup> De 2006 Richtsnoeren, Pb EG C 210, 1.09.2006, p. 2-5

4. De escalatie van de door de Europese Commissie opgelegde boetes roept steeds meer vragen op. Maar, met uitzondering van de Intel zaak, werden de heel hoge boetes opgelegd aan recidivisten. De eerder opgelegde sancties waren dus kennelijk onvoldoende afschrikwekkend. Toch rijst de vraag of de boetes niet contraproductief worden. Zij worden naar ons oordeel contraproductief wanneer zij afgewenteld worden op consumenten of de ondernemingsdynamiek negatief beïnvloeden. Er wordt daarom, althans in de lidstaten, steeds meer gedacht over alternatieven<sup>5</sup>. Het probleem van de hoogte van boetes zal zich bovendien nog scherper stellen wanneer de slachtoffers van inbreuken op de mededingingsregels meer uitzicht hebben op een vergoeding van de door de inbreuk veroorzaakte schade.

5. De Raad voor de Mededinging gebruikt voor na 2007 gepleegde inbreuken een gelijkaardige berekeningswijze als de Europese Commissie. De opgelegde boetes zijn wel veel lager:

2009 – Belgacom: 66,3 miljoen euro <sup>6</sup>
2008 – Test-Aankoop t. Auto-écoles de Belgique: 6990 euro <sup>7</sup>
2008- Bayer AG e.a.: 487 755 euro <sup>8</sup>
2009 – Vlaamse federatie van verenigingen van brood- en banketbakkers: 29 121 euro <sup>9</sup>

Het feit dat tot nu toe in België opgelegde boetes veel lager zijn dan bij de Europese Commissie wordt deels verklaard door het feit dat de in aanmerking te nemen omzetcijfers in België veel lager zijn<sup>10</sup>, en is deels een gevolg van het feit dat de meeste beslissingen waarin een boete werd opgelegd ondernemingsverenigingen betroffen<sup>11</sup>. Pas sinds het in werking treden van de wet van 2006 (en voor sindsdien gepleegde inbreuken) kan de Raad boetes opleggen aan ondernemingsverenigingen,

6. De OESO heeft in zijn jongste economisch rapport over België het invoeren van strafsancities aanbevolen. De OESO pleit in het bijzonder voor het voorzien van gevangenisstraffen bij hardcore kartels om de afschrikking te verhogen.<sup>12</sup> Deze aanbeveling volgt op een eerdere algemene OESO aanbeveling betreffende de handhaving van het mededingingsrecht<sup>13</sup> en komt gelijk-

5 Voor de Europese Commissie, waar gelet op het niveau van de boetes 'de nood het hoogst is', zijn strafsancities tot op heden wegens het ontbreken van eigen strafrechtelijke bevoegdheden geen optie. Het is evenwel niet uitgesloten dat de Commissie ook denken zal aan een combinatie van eigen administratief rechtelijke sancties met een strafvervolging in een van de lidstaten.

6 Beslissing nr 2009-P/K-10 van 26 mei 2009

7 Beslissing nr 2008-P/K-43 van 7 juli 2008.

8 Beslissing nr 2008-I/O-13 van 4 april 2008

9 Beslissing nr 2008-I/O-04 van 25 januari 2008

10 Dit speelde vooral een rol in de zaak Bayer AG e.a. (Beslissing van de Raad nr. 2008-I/O-13 van 4 april 2008).

11 Zie bv. 2 van de 3 zaken waarin de Raad in 2008 een boete oplegde:

12 OECD, Economic Surveys: Belgium, 2009, p. 118.

13 Aanbeveling 1998 C(98)35/FINAL.

tijdig met de publicatie van een OESO studie over sancties voor fysieke personen<sup>14</sup>.

## II. Alternatieven voor administratieve geldboetes

7. Een uitvoerige empirische studie van de OFT (één van de Britse mededingingsautoriteiten) toonde ondermeer aan dat strafsancities (wellicht bedoelde men vrijheidsstraffen) ondernemingen het meest efficiënt afschrikken, gevolgd door al dan niet strafrechtelijke vervallenverklaringen van het recht om bestruursmandaten uit te oefenen<sup>15</sup>.

8. Strafsancities worden thans in de EU effectief opgelegd in Ierland en het Verenigd Koninkrijk (waar zij werden ingevoerd in 2001). Zij werden recent ingevoerd in Griekenland en de Tsjechische Republiek. De Franse Autorité de Concurrence heeft aangekondigd dat zij overweegt te verzoeken om het opleggen in mededingingszaken van in het Franse strafrecht al voorziene straffen. En het Nederlandse Parlement bespreekt de invoering van strafsancities in het Nederlandse mededingingsrecht.

9. De Verenigde Staten hebben altijd voor hun afschrikkings beleid het accent gelegd op vrijheidsstraffen en op *punitive damages* (de mogelijkheid voor de rechter om in procedures tot schadevergoeding aan de benadeelden tot drie-maal het bedrag van de effectief geleden schade toe te kennen). Boetes zijn in de Verenigde Staten dan ook aanzienlijk lager dan in Europa.

10. Nederland voerde in 2007 de mogelijkheid in om bij overtredingen van de Mededingingswet administratieve geldboetes op te leggen aan fysieke personen, op basis van het draagkrachtbeginsel (inkomen en vermogen). Dit lijkt onvoldoende effectief te hebben bijgedragen tot een betere handhaving van het mededingingsrecht. Het Nederlandse Parlement bespreekt alleszins zoals vermeld thans het invoeren van strafsancities voor fysieke personen.<sup>16</sup>

## III. Uitgangspunten

### §1. de inbreuken

11. In besprekingen over het invoeren van strafsancities wordt er vrij algemeen van uitgegaan dat dit alleen overwogen moet worden voor ernstige kartelinbreuken. Het mededingingsrecht kent drie luiken: het kartelverbod, het verbod van misbruik van machtsposities en het concentratietoezicht. Het verbod van misbruik van machtspositie laat volgens velen een te grote interpretatiemarge

<sup>14</sup> Ententes: Sanctions pénales contre les personnes physiques, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 9/3, 10 e.v.

<sup>15</sup> *The deterrent effect of competition enforcement by the OFT*, A report prepared for the OFT by Deloitte, 2007, doc. OFT962, p. 70.

<sup>16</sup> NMa, Jaarverslag 2008 “De Keuze”, p. 9.

om voor een beoordeling door de strafrechter in aanmerking te komen. Men zou wel eventueel kunnen denken aan een lijstje van specifieke vormen van misbruik van machtspositie door ondernemingen met een zo sterke machtspositie dat zij dienen te weten dat zij op een bepaalde relevante markt een machtspositie hebben..

12. Maar ook als die optie wordt weerhouden rijst nog de vraag of zowel verticale als horizontale *hardcore restrictions* strafbaar dienen te zijn. M.i. zijn er goede argumenten om, indien men strafsancities invoert, verticale prijshandhaving als *hardcore restriction* strafbaar te stellen. Deze inbreuken zijn bij de ernstigste bedreigingen voor een concurrentie cultuur. Hier zou men wel, bij voorbeeld, het verbod van het beperken van passieve verkopen aan kunnen toevoegen.

### §2. de daders

13. Eén van de moeilijkste problemen betreft de omschrijving van de vereiste betrokkenheid van de dader bij een inbreuk. Inbreuken op het kartelverbod worden gepleegd door een onderneming, en dus meestal door een rechtspersoon. Wanneer men strafsancities wil voorzien voor fysische personen moet in de omschrijving van het misdrijf de betrokkenheid van de dader bij de inbreuk op de mededingingsregel nader worden omschreven. Men kan bij voorbeeld strafsancities van toepassing verklaren op al wie over een inbreuk heeft onderhandeld of wie tot die inbreuk heeft beslist.

14. Gelet op de bestaande administratieve sancties biedt het invoeren van strafsancities voor rechtspersonen weinig of geen toegevoegde waarde. Alleen het invoeren van strafsancities (en dan vooral van vrijheidsstraffen maar ook vervallenverklaringen van bepaalde rechten zoals het uitoefenen van bestuursmandaten) voor de handelende fysische personen verdient overweging.

### §3. de sancties

15. Indien strafsancities ingevoerd worden, lijkt het logisch om dezelfde sancties te voorzien als in artikel 84 WBEM. Het lijkt immers niet logisch om een zware inbreuk op de mededingingsregels lichter te bestraffen dan een schending van het beroepsgeheim.

16. En in het licht van de eerder vermelde OFT studie verdient het ook aanbeveling om daar aan toe te voegen dat de strafrechter de betrokken fysische personen ook het verbod kan opleggen om bepaalde mandaten of opdrachten uit te oefenen in ondernemingen.

## IV. Randvoorwaarden

17. Zeker zo belangrijk is m.i. dat strafsancities alleen ingevoerd worden wanneer er voldoende waarborgen zijn op twee punten:

### *§1. geen schorsen van administratieve procedures tegen de onderneming*

18. Wil het invoeren van strafsancities bijdragen tot een betere handhaving van het mededingingsrecht dan mogen strafrechtelijke procedures niet leiden tot een verlenging van de totale duur van procedures. Indien rechtspersonen niet strafbaar worden gesteld moet er daarom over worden gewaakt dat strafprocedures tegen fysische personen niet beletten dat administratieve procedures tegen ondernemingen hun normaal verloop kennen. Wij menen daarom dat strafprocedures niet mogen leiden tot een schorsing van de administratieve procedures zoals die nu door de mededingingswet zijn georganiseerd. Het zou trouwens paradoxaal zijn dat de mededingingsautoriteit niet langer sturing kan geven aan het mededingingsbeleid betreffende de ernstigste inbreuken omdat die voorwerp kunnen zijn van strafsancities.

### *§2. geen beschadigen van de clementieregeling:*

19. Het clementiebeleid (de mogelijkheid voor een onderneming om te genieten van een immunititeit of een vermindering van boetes in ruil voor het aangeven van inbreuken en medewerking in het onderzoek) is een onmisbaar instrument voor het vervolgingsbeleid. Het is daarom essentieel dat de gekozen regeling vermijdt dat bestuurders en personeelsleden van een onderneming waarvan de medewerking noodzakelijk is voor een behoorlijk onderbouwd clementieverzoek, die medewerking weigeren uit vrees dat zij zo ‘munitie’ bieden voor een strafprocedure tegen henzelf. Indien de bedoelde fysische personen hun medewerking weigeren, kan het clementieprogramma niet meer werken.

20. En omgekeerd, indien fysische personen immunititeit van strafvervolging kunnen krijgen voor hun medewerking aan een clementieverzoek van de onderneming, kan het invoeren van strafsancities juist een bijkomende aansporing zijn om gebruik te maken van het clementieprogramma.

21. Om het clementiebeleid te vrijwaren is het nodig dat een clementiebeslissing van de mededingingsautoriteit recht geeft op een immunititeit of verschooningsgrond in het strafrecht.. Er is op dit punt een vorm van precedent met de ‘spijtoptanten’ regeling in de drugwet<sup>17</sup>.

22. In dezelfde context is het belangrijk dat duidelijk wordt gesteld dat de leden en ambtenaren van de mededingingsautoriteit niet de plicht hebben om de

---

<sup>17</sup> Artikel 6 van de wet van 24 februari 1921.

in de mededingingswet strafbaar gestelde feiten aan het Openbaar Ministerie te melden.