

**Advies over de invoering van strafsancties in het Belgisch
mededingingsrecht**

04.02.2010

Advies over de invoering van strafsancties in het Belgisch mededingingsrecht

Inbehandelingneming

De Commissie voor de Mededinging, hierna Commissie genoemd, heeft op 29 oktober 2009 onder het voorzitterschap van de heer J. BOURGEOIS de heer J. STEENBERGEN, directeur-generaal van de Algemene Directie Mededinging van de fod Economie, gehoord over de mogelijke invoering van strafsancties in het Belgische mededingingsrecht. Bij brief van 17 november 2009 heeft Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen VAN QUICKENBORNE aan de Commissie laten weten dat een formele adviesvraag zou volgen van zodra het ontwerp-dossier opgesteld door de Algemene Directie was afgewerkt. Nadat dit voorstel inzake de invoering van strafsancties in het Belgische mededingingsrecht aan de Commissie in beide landstalen werd bezorgd, heeft de Commissie op 11 december 2009 een formele uitnodiging tot advies in elektronische vorm ontvangen. De Commissie werd hierbij gevraagd om tegen eind januari 2010 een advies uit te brengen. De Commissie heeft daarover op 30 november 2009 en op 6 januari 2010 vergaderd. Daarna werd dit advies door middel van een schriftelijke procedure door de leden unaniem goedgekeurd.

Twee vaststellingen hebben de Minister van Ondernemen en Vereenvoudigen ertoe gebracht aan de Algemene Directie Mededinging te vragen om de mogelijkheid en wenselijkheid van strafsancties in het Belgische mededingingsrecht te onderzoeken.

Eenzijds is er de aanbeveling van de OESO in haar Economic Survey of Belgium 2009 om strafsancties mogelijk te maken voor inbreuken op de Belgische mededingingswet. In een hoofdstuk over de werking van de mededinging op de Belgische markt schrijft de OESO onder meer het volgende met betrekking tot de sanctiemogelijkheden van de Belgische mededingingsautoriteit:

"As in other European countries, fines can reach 10% of turnover (...). However, the effectiveness of the Authority should be enhanced by expanding its panel of possible sanctions by introducing criminal sanctions, such as prison sentences, for hard-core cartels."

Anderzijds zijn er recente evoluties rond strafsancties in het mededingingsrecht van de ons omringende landen. Terwijl in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Ierland bepaalde inbreuken op de mededingingswetgeving al langer strafrechtelijk vervolgd kunnen worden, was dit slechts uitzonderlijk het geval in continentaal Europa. Vandaag echter is dit ook het geval in Estland, en is in Nederland een ontwerp-regeling voor de strafrechtelijke vervolging van bepaalde inbreuken op het mededingingsrecht in voorbereiding. Tevens lijken de Franse mededingingsautoriteiten meer en meer gewonnen te zijn voor de invoering van strafsancties in het mededingingsrecht.

Advies

1 Wenselijkheid van strafsancties in het Belgische mededingingsrecht

De Commissie stelt vast dat de boetes die door de Europese Commissie worden opgelegd aan ondernemingen voor inbreuken op het mededingingsrecht, steeds hoger worden, terwijl er in België pas vrij recent boetes worden opgelegd door de mededingingsautoriteiten en er nog weinig tot geen ervaringen zijn met hoge boetes voor ondernemingen.

De Commissie maakt hierbij de bedenking dat er voorlopig geen enkele Europese coördinatie is rond de invoering van strafsancties in het mededingingsrecht. Tot op heden heeft de Europese Commissie immers nog geen initiatieven in die zin genomen en ondanks de recente evoluties in een aantal buurlanden vormen de lidstaten die over strafsancties in het mededingingsrecht beschikken een minderheid. Bovendien zijn de ervaringen van de lidstaten met dergelijke strafsancties niet altijd onverdeeld positief. Gelet op het feit dat de hoger wordende boetes vooral een probleem van de Europese Commissie lijken te zijn en de invoering van strafsancties een vrij recent debat betreft, vraagt de Commissie zich af of het wenselijk is om in België op een Europees initiatief vooruit te lopen. In het licht daarvan en mede gelet op de taakverdeling op dit gebied tussen EU-lidstaten en de Europese Commissie, ontstaat het risico dat voor "kleine" inbreuken strafsancties bestaat en niet voor "grote" inbreuken.

De tendens van de Europese Commissie tot het opleggen van hogere boetes aan ondernemingen valt volgens de Commissie te verklaren door een economische theorie die poneert dat om afschrikwekkend te zijn het bedrag van de boetes vastgesteld dient te worden aan de hand van de ernst van de inbreuk, van de op grond van de inbreuk verwachte winst en van de kans op ontdekking van de inbreuk. De Commissie constateert dat er verschillende redenen worden aangegeven waarom deze tendens als problematisch kan worden beschouwd.

Ten eerste wordt gevreesd dat hoge boetebedragen niet alleen voor de betrokken ondernemingen ongewenste economische gevolgen met zich kunnen meebrengen, maar ook voor de werknemers in die bedrijven en voor de consumenten in het algemeen. Dit is meer bepaald het geval indien ondernemingen die hiertoe de mogelijkheid hebben de boetes meer en meer afwenden op de consumenten via prijsverhogingen of andere methoden, naarmate de boetes steeds hoger worden.

Ten tweede rijst er twijfel of de administratieve boetes een voldoende afschrikwekkend effect voor ondernemingen hebben. De Commissie merkt hierbij op dat in de meeste gevallen de hoogste boetes die de Europese Commissie heeft opgelegd gevallen van recidive betreffen, wat kan inhouden dat de vorige boetes onvoldoende afschrikwekkend waren. In dat opzicht verdient een studie in opdracht van het Office of Fair Trading (november 2007) over het afschrikwekkend effect van sancties bij ondernemingen¹ de nodige aandacht. Uit die studie blijkt dat bestuurders van ondernemingen administratieve boetes slechts op de vierde plaats op de lijst van sancties met het meest afschrikwekkende karakter rangschikken. Op de eerste plaats staan strafsancties, gevolgd door het verbod om nog een bestuursfunctie uit te oefenen en slechte publiciteit of imagooverlies voor de onderneming.

¹ http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf

De Commissie stelt vast dat om bovenvermelde redenen wordt gezocht naar alternatieven voor de boetes. De conclusie hierbij is meestal dat de invoering van strafsancities en van een verbod om bepaalde functies uit te oefenen (bestuurder, zaakvoerder...) in het mededingingsrecht de tendens tot steeds zwaardere boetes zou kunnen doorbreken.

De Commissie meent echter dat, alvorens zij zich definitief kan uitspreken over de invoering van strafsancities in het Belgische mededingingsrecht, een evaluatie noodzakelijk is van de verschillende maatregelen die de afgelopen jaren werden genomen om de handhaving van het Belgisch mededingingsrecht te versterken en van de sancties die in het huidige systeem reeds mogelijk zijn. Het betreft met name de versterking van de Belgische mededingingsautoriteit door de nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (WBEM), en de inleiding van een clementieregeling, die tot een constante inleiding van nieuwe zaken heeft geleid. Er is nood aan een gedetailleerde en wetenschappelijk onderbouwde impactstudie die aantoonst in hoeverre de hierboven aangehaalde nadelen van hoge boetes (gebrek aan afschrikwekkend effect, afwenteling op consumenten,...) ook in de Belgische context gelden. Pas nadat de Commissie over voldoende relevante gegevens beschikt, kan zij zich definitief uitspreken of het al dan niet wenselijk is strafsancities in het Belgisch mededingingsrecht in te voeren.

De Commissie is er in ieder geval van overtuigd dat de gebeurlijke introductie van strafsancities in het Belgisch mededingingsrecht moet worden beoordeeld in het globaal kader van alle gevolgen die voor de ondernemingen uit een inbreuk kunnen voortvloeien. De Commissie beklemtoont het belang om voorrang te geven aan de preventie van inbreuken (m.n. door de ontwikkeling van compliance programs, door de rol van de bedrijfsjurist te promoten enz.) en dat dus niet alleen moet worden nagedacht over de sanctiemiddelen.

Indien rekening zou worden gehouden met de door de Commissie uitgedrukte wenselijkheid om een impactanalyse uit te voeren alvorens de invoering van strafsancities te overwegen, behoudt de Commissie zich het recht voor om na die impactanalyse een nieuw advies uit te brengen. Bij gebrek aan een dergelijke beoordeling beperkt de Commissie haar advies voorlopig tot de hiernavolgende opmerkingen op het huidige tekstvoorstel.

2 Sine qua non voorwaarden voor de invoering van strafsancities

Volgens de Commissie is het van essentieel belang ervoor te zorgen dat de in het vooruitzicht gestelde procedure nauwkeurig alle procedurele garanties naleeft waarin het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) voorziet, en meer bepaald het recht op een eerlijk proces dat in art.6 van dat Verdrag wordt gewaarborgd.

De Commissie sluit zich aan bij het standpunt van de Algemene Directie Mededinging met betrekking tot twee sine qua non-voorwaarden voor de invoering van strafsancities in het Belgische mededingingsrecht, met name het vrijwaren van de clementieregeling en de voorwaarde dat de strafprocedure de administratieve procedure niet mag schorsen. De Commissie acht het dan ook positief dat in het tekstvoorstel een exclusief klachtrecht wordt toegekend aan het Auditoraat.

De Commissie is van mening dat de invoering van strafsancities in het Belgische mededingingsrecht de rol van het clementiebeleid als onmisbaar instrument voor het vervolgingsbeleid niet in gedrang mag brengen. Clementieverzoeken liggen immers aan de basis van de meeste succesvolle inbreukprocedures. Een betere afdwinging van het mededingingsrecht wordt als hoofddoel vooropgesteld bij het invoeren van strafsancities. Indien het clementieprogramma niet gevrijwaard wordt zou het invoeren van strafsancities het tegenovergestelde effect veroorzaken.

De Commissie sluit zich aan bij de in het tekstvoorstel uitgewerkte gedachte dat een natuurlijke persoon immuniteit van strafvervolging kan verkrijgen indien hij heeft bijgedragen tot het clementieverzoek van zijn onderneming, vooropgesteld dat uit het onderzoek van de mededingingsautoriteiten blijkt dat de onderneming aan de wettelijke voorwaarden voor clementie voldoet. Dit houdt in dat het strafonderzoek naar een natuurlijke persoon pas zou mogen starten nadat de mededingingsautoriteiten een beslissing hebben genomen over de clementieaanvraag. Immers, een natuurlijke persoon zou niet geneigd zijn mee te werken aan een clementieverzoek van zijn onderneming indien hij hiermee zelf het risico loopt op een strafrechtelijke veroordeling.

De Commissie wijst erop dat voldoende aandacht moet worden besteed aan de precieze draagwijdte van de invoering van een dergelijke spijtoptantenregeling. Meer bepaald stelt zich de vraag of de verschoningsgrond ook betrekking heeft op de burgerlijke gevolgen van de strafvordering en aldus de natuurlijke persoon ook tegen private handhaving beschermt. Volgens de Commissie toont deze vaststelling duidelijk de complexiteit van een mogelijke invoering van strafsancities aan en de noodzaak van een diepgaande analyse.

De Commissie is tevens van mening dat het strafonderzoek naar een natuurlijke persoon de administratiefrechtelijke behandeling van de zaak voor de mededingingsautoriteiten niet mag schorsen. De Commissie heeft er reeds meermaals op gewezen dat de gemiddelde duur van de procedures voor de mededingingsautoriteiten nog steeds te lang is². De schorsing van deze administratieve procedure tijdens het strafonderzoek, waarvan de duur ook vrij onvoorspelbaar is, zou betekenen dat een beslissing over de administratieve procedure nog langer op zich zou laten wachten, hetgeen de rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen en consumenten zeker niet ten goede zou komen.

Naast de noodzaak van niet-schorsing van de administratieve procedure zijn er volgens de Commissie nog een aantal procedurele problemen die gepaard gaan met de samenloop tussen de administratieve en strafrechtelijke procedure. Zo merkt de Commissie op dat door de invoering van strafsancities er een interferentie dreigt te ontstaan tussen de administratieve procedure enerzijds, en de strafrechtelijke procedure anderzijds. Dit kan leiden tot de volgende ongewenste resultaten:

- Aangezien de Belgische mededingingsautoriteit zelf ook over verregaande onderzoeksbevoegdheden beschikt, bestaat het risico dat bij het gelijktijdig stellen van onderzoekshandelingen de ene instantie de werking van de andere instantie kan belemmeren, bijvoorbeeld bij inbeslagname van stukken in het strafonderzoek.
- De uitwisseling van informatie tussen de verschillende instanties kan problematisch zijn. Hierbij kan immers het recht van verdediging in strafzaken in conflict komen met de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen in een mededingingsprocedure.

² CRB 2009-49 Advies over het jaarverslag 2007 van de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie (05/02/2009) en CRB 2009-1052 Advies over het jaarverslag 2008 van de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie (06/07/2009).

- Gelijkaardige zaken kunnen leiden tot verschillende beslissingen, hetgeen vooral problematisch is bij toepassing van voormalig artikel 81 EU-verdrag³. Artikel 3 van de Verordening 1/2003⁴ voert een systeem van absolute voorrang van het Europees mededingingsrecht in.
- Er is een gevaar voor versnippering van het onderzoek.

De Commissie is van oordeel dat de invoering van strafsancities in het Belgisch mededingingsrecht een nieuwe afdeling in de WBEM vereist, die de verhouding tussen het administratief onderzoek enerzijds en het strafonderzoek anderzijds vastlegt. Hierbij zouden de volgende aspecten onderzocht moeten worden:

- De Commissie vindt dat het lopende strafonderzoek het administratieve onderzoek niet mag belemmeren. Volgens de Commissie kan eventueel het voorbeeld uit het fiscaal strafrecht worden gevolgd waarbij de toestemming van een belastingsinspecteur nodig is om het strafonderzoek te openen.
- Er zou een algemene geldingskracht moeten uitgaan van de beslissingen van de Europese/Belgische mededingingsautoriteit met betrekking tot het materiële bestanddeel van het misdrijf. Dit zou inhouden dat de strafrechter zich moet richten naar de beslissing van de bevoegde mededingingsautoriteit voor de vraag of er sprake is van een geïmmitteerd kartel, alsook inzake seponeringsbeslissingen van de mededingingsautoriteiten.

3 Toepassingsgebied van de strafsancities

De Commissie wenst eraan te herinneren dat de rechtszekerheid en de duidelijkheid van strafbepalingen tot de voornaamste principes van het Belgische strafrecht behoren. Bij het opstellen van de strafbepalingen met betrekking tot inbreuken op het mededingingsrecht dient men bijgevolg zeer zorgvuldig te werk te gaan, zowel wat betreft het morele als materiële bestanddeel van het misdrijf. Er dient met name vermeden te worden dat de strafbepalingen onduidelijk en voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. De Commissie acht het dan ook noodzakelijk specialisten inzake strafrecht bij het redigeren van de strafbepalingen te betrekken.

De Commissie merkt op dat uit het tekstvoorstel tot invoering van een nieuw artikel 2/1 in zijn huidige vorm niet duidelijk blijkt welke inbreuken men wil onderwerpen aan strafrechtelijke sancties. Er kan immers niet met zekerheid uit de tekst worden afgeleid of de strafsancities zich beperken tot inbreuken die tot de bevoegdheid van de Belgische mededingingsautoriteiten behoren, dan wel of ook de door de Europese Commissie vastgestelde inbreuken strafbaar worden gesteld. De Commissie acht het gewenst in de tekst duidelijk te stellen dat dit ook inbreuken betreft op EU-mededingingsregels welke door de Belgische mededingingsautoriteit worden vastgesteld.

Volgens de Commissie werden in het tekstvoorstel terecht misbruiken van machtsposities en concentraties buiten het toepassingsgebied van de strafsancities gelaten, zodat enkel inbreuken op artikel 2 WBEM en/of artikel 81 EU-verdrag in aanmerking kunnen komen.

³ Nieuw artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁴ Verordening Raad E.G. nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

Wat betreft mededingingsbeperkende afspraken is de Commissie van oordeel dat strafsancities enkel voor ernstige inbreuken op het kartelverbod (de zogenaamde 'hardcore' kartels) ingevoerd mogen worden. Met uitzondering van Nederland is dit trouwens ook zo in alle andere EU-landen die strafsancities invoerden of dat van plan zijn te doen. De Commissie stelt vast dat voor de precieze formulering in het tekstvoorstel aansluiting werd gevonden bij de opsomming van 'hardcore restrictions' in de Europese 'de minimis' regeling⁵. Hoewel dit begrip in de EU-praktijk vaak gehanteerd wordt, blijkt uit die praktijk soms moeilijk af te leiden welke kartels 'hardcore' beperkingen omvatten. Gelet op het principe dat strafbepalingen duidelijk geformuleerd moeten zijn, dient dit begrip nader gepreciseerd te worden.

In dat opzicht gaat de Commissie akkoord met het strafbaar stellen van 'horizontale' inbreuken op het mededingingsrecht of illegale gedragingen tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. De Commissie heeft echter een aantal bedenkingen bij het invoeren van strafsancities voor verticale prijshandhaving. Hoewel prijsafspraken inderdaad tot de ernstigste bedreigingen voor een concurrentiecultuur behoren, laten verticale prijsbeperkingen een veel grotere interpretatiemarge toe dan horizontale. Zo wordt het louter adviseren over maximumprijzen door de leverancier doorgaans niet verboden. Daarnaast mag volgens de Commissie de mogelijkheid tot strafbaarstelling niet afhangen van de vraag of er in het kader van het door de leverancier gekozen distributiesysteem sprake is van een "oneigenlijke" dan wel een "eigenlijke agentuurovereenkomst"⁶. Dit zou immers een verlamdend effect kunnen hebben op de distributiemogelijkheden in de Belgische economie.

De Commissie is verder van oordeel dat het materieel bestanddeel moet worden beperkt tot:

- Geheime kartels, aangezien openlijke beperkingen van de mededinging adequaat kunnen worden aangepakt via sectoronderzoeken of private schadeclaims.
- Actieve handelingen van natuurlijke personen. Het louter volgen van op de markt gestelde prijsbeslissingen van concurrenten mag dan ook niet gevisieerd worden door het strafrecht.
- Gedragingen die daadwerkelijk de mededinging beperken, zodat een nog niet ten uitvoer gelegd kartel niet onder het strafrecht valt.

De Commissie is er zich van bewust dat zelfs met deze beperkingen het materieel afbakenen van het misdrijf een moeilijke aangelegenheid blijft. Als alternatieve optie komt volgens de Commissie de strafbaarstelling van het voortzetten van handelingen in strijd met een beslissing (in kracht van gewijsde) van een mededingingsautoriteit in aanmerking.

Wat betreft het moreel bestanddeel van het misdrijf meent de Commissie uit het tekstvoorstel te mogen afleiden dat een natuurlijk persoon een mededingingsmisdrijf uit onachtzaamheid kan plegen. Volgens de Commissie ligt de lat van de strafbaarstelling hierdoor te laag en is een bijzonder opzet noodzakelijk, dat zou moeten bestaan uit de intentie om een oneerlijk vermogensvoordeel voor zichzelf of voor de onderneming te verwerven.

⁵ Bekendmaking van de Commissie (2001/C368/07) inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis).

⁶ Eigenlijke agentuurovereenkomsten vallen buiten het toepassingsgebied van het voormalige artikel 81 EU-verdrag (artikel 12 e.v. van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Bekendmaking van de Europese Commissie van 13 oktober 2000)

De Commissie acht de zinsnede "die gevat kunnen worden" in § 2 van het nieuw artikel 2/1 in het tekstvoorstel positief, aangezien de gebruikte bewoordingen suggereren dat de strafsanctie bij twijfelgevallen niet opgelegd kan worden. Het is echter belangrijk dat deze interpretatie niet tegengesproken maar verduidelijkt wordt in de Memorie van Toelichting. Omschrijving van het begrip 'daders'

De Commissie benadrukt het belang van een goede omschrijving van het begrip 'dader'. De Commissie is van oordeel dat strafrechtsspecialisten betrokken moeten worden bij het formuleren van het begrip 'dader'. In ieder geval moet de formulering van het begrip 'dader' zo restrictief mogelijk zijn. Er moet met andere woorden worden vermeden dat de omschrijving te ruim is, zoniet zijn alle personeelsleden van de betrokken onderneming aan strafsancties blootgesteld. Anderzijds mag de omschrijving niet toelaten dat de echte daders de schuld van zich af kunnen schuiven.

De Commissie stelt vast dat de Algemene Directie Mededinging in het tekstvoorstel overweegt het begrip 'dader' van een misdrijf inzake mededinging als volgt te omschrijven: "al wie in naam en voor rekening van een onderneming onderhandelt over of beslist tot". In de toelichting bij het voorstel wordt echter nog een tweede optie voorzien, zonder dat uit deze toelichting een duidelijke voorkeur blijkt voor één van beide opties: "de in de eerste optie bedoelde personen en al wie aan deze personen feitelijk leiding geven en van de inbreuk op de hoogte waren of dienden te zijn. De Commissie pleit in ieder geval voor het schrappen van de zinsnede "of dienden te zijn" aangezien deze constructie in het strafrecht ongebruikelijk is, zoniet onbestaand.

Hierbij aansluitend vraagt de Commissie aandacht voor divergenties op een aantal andere punten tussen de memorie van toelichting en het tekstvoorstel zelf.

De Commissie leidt uit het tekstvoorstel af dat de regels van de strafbare deelneming van toepassing zijn. Aangezien hierdoor de kring van strafrechtelijk aansprakelijke personen sterk vergroot, vraag de Commissie zich af of dit wel de bedoeling is. Daarnaast blijkt uit het tekstvoorstel dat er sprake is van een aflopend misdrijf, zodat een bedrijfsleider niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor een hardcore kartel dat een aanvang nam onder zijn voorganger indien hij zelf geen actie heeft ondernomen.

4 Omvang van de strafsancties en mogelijke alternatieven

De Commissie stelt vast dat de Algemene Directie Mededinging een strafbepaling overweegt die voorziet in het opleggen van vrijheidsstraffen van 2 maanden tot 5 jaar en boetes van 100 tot 10000 euro.

De Commissie is van mening dat het verbod om nog bepaalde mandaten of functies als bestuurder, commissaris of zaakvoerder uit te oefenen, naar analogie met het faillissementsrecht, veelal een meer geschikte en doeltreffende sanctie kan vormen. Hierbij zou het een interessante oefening zijn om de ervaringen met het opleggen van deze sanctie in andere landen na te gaan.
