



Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking

mr R. de Bree

Inleiding

Het internationale kartelrecht kent een tendens van 'criminalisering' waarmee getracht wordt *hard core* kartels (nog) effectiever te kunnen opsporen en bestraffen.¹ Daarvoor wil de handhaver van het kartelrecht de mogelijkheid hebben waar nodig streng en met precisie te kunnen bestraffen. Om die doeleinden te kunnen verwezenlijken wordt veelal het strafrecht geïntroduceerd, aangezien met dat 'instrument' individuen kunnen worden bestraft en zo'n bestraffing ook een celstraf kan omvatten. Mede onder invloed van het harde beleid van de Verenigde Staten op dit vlak wint de introductie van het kartelstrafrecht terrein.²

De kern van het kartelstrafrecht is de mogelijkheid individuen met celstraffen³ te kunnen raken. De gedachte daarachter is dat het rechtstreeks bestraffen van bestuurders voor de karteldaden voldoende afschrikwekkende werking heeft om hen van deze daden af te houden dan wel hen aan te sporen te voorkomen dat zulke handelingen binnen de onderneming plaatshebben. Alhoewel over de afschrikwekkende werking verschillend kan worden gedacht⁴, is het 'eruit lichten' van *the man in charge* een fenomeen dat alleen al door de invoelbaarheid voor de collega-bestuurders een zekere werking niet kan worden ontzegd. Het is bovendien een handhavingsstrategie die bijvoorbeeld ook in het economische straf-

recht te ontwaren valt; bij financiële en fiscale strafzaken is het meer en meer de bestuurder die zich voor de strafrechter moet verantwoorden in plaats van het bedrijf.

Recentelijk is ook in Nederland de stem opgegaan om het strafrecht als handhavingsvorm in het mededingingsrecht te introduceren. Vanuit de Tweede Kamer is daarop aangedrongen in het kader van de evaluatie van de huidige Mededingingswet.⁵ De minister van Economische Zaken heeft zich voorstander verklaard van een dergelijke introductie en zal hiertoe samen met de minister van Justitie voor het einde van het jaar een wetsvoorstel indienen.⁶

Onder meer vanuit de advocatuur is stevige kritiek geuit op het voornemen. Die kritiek komt deels voort uit het feit dat er in de Nederlandse situatie iets gekks aan de hand is met de relatie mededingingsrecht en strafrecht. Waar het internationaal gezien gaat om een tendens tot criminalisering, had Nederland al eens een (niet vruchtbaar) samengaan van mededingingsrecht en strafrecht. Sterker: er werd om reden van een gebrek aan succes bewust voor gekozen afscheid te nemen van de handhavingsroute van het strafrecht. Het gaat

Robbert de Bree is advocaat bij Wladimiroff & Waling te 's-Gravenhage. In dit artikel onderzoekt hij de relatie mededingingsrecht en strafrecht zoals die er was, is en zou kunnen zijn. Hij bespreekt het politieke voornemen tot herintroductie van het strafrecht bij de handhaving van het Nederlandse mededingingsrecht en bespreekt een voorbeeld voor een duaal handhavingsmodel.

-
- 1 Over dat onderwerp werd bijvoorbeeld in Amsterdam op 17 en 18 februari 2005 een congres georganiseerd door het ACLE ('Remedies and sanctions in competition policy'). Vgl. F.O.W. Vogelaar, 'Criminalisering van het mededingingsrecht: trendy of noodzaak', AA 2005, p. 1015-1020.
 - 2 Zie bijvoorbeeld OECD, *Cartels: sanctions against individuals*, DAF/COMP(2004)39 en OECD, *Hard core cartels, third report on the implementation of the 1998 recommendation*, 2006, pp. 3 en 26-29.
 - 3 Maar ook met bijvoorbeeld een werkstraf of een boete of ontzetting uit het beroep.
 - 4 J. Cobert en M. Punch, *Rethinking corporate crime*, Londen: Buttersworths 2003, p. 281-282.
 - 5 *Handelingen TK*, 15 juni 2006, 91-5562 e.v.
 - 6 *Handelingen TK*, 29 augustus 2006, 91-6119 e.v.

dan ook niet om een introductie als wel om een herintroductie van het strafrecht in het Nederlandse mededingingsrecht.

Voordat ik het politieke voornemen en de daarop geuite kritiek verder zal behandelen schets ik eerst het historisch perspectief en belicht ik dat ook nu al strafrechtelijke handhaving van *hard core* kartels mogelijk is. Vervolgens doe ik een voorzet voor een duaal model van handhaving (strafrecht naast bestuursrecht).

Strafrechtelijk verleden

De handhaving van het mededingingsrecht heeft in ons land een strafrechtelijk verleden. Tot 1998 was overtreding van de Wet economische mededinging ('WEM') een economisch delict. Juister weergegeven: (alleen) gekwalificeerd misbruik van een kartel of misbruik van een economische machtspositie leverde een strafbaar feit op.⁷

Weliswaar heeft de WEM een bijna veertigjarig bestaan gekend, de strafrechtelijke handhaving heeft altijd op een zeer laag pitje gestaan. Die vorm van handhaving werd weinig benut dan wel was die weinig succesvol. Het lijkt er zelfs op – zonder de gehele periode over één kam te willen scheren – dat de strafrechtelijke handhaving zeker tot aan midden jaren negentig niet werkelijk als onderdeel van het handhavingssysteem werd gezien.⁸ Vaak kwam het strafrecht sowieso niet aan de orde, omdat de (veelal) noodzakelijke onverbindend verklaring van Economisch Zaken wegens strijdigheid met het algemeen belang van een mededingingsregeling maar zelden werd toegepast.

Dat de WEM nimmer het pronkstuk van handhaving is geweest, valt te verklaren door te wijzen op wat Mok noemt de 'systematische karaktertrekken van de wet'. Verkort weergegeven gaat het om het feit dat: (i) De WEM in hoofdzaak een 'instrumentenwet' was, die (ii) werd toegepast door de centrale overheid, (iii) in beginsel een misbruikstelsel volgde, en (iv) die – zij het niet uitsluitend – civielrechtelijke uitgangspunten had.⁹ Vooral de laatste drie elementen in combinatie beschouwd vormden een recept voor een weinig daadkrachtig waken over de vrije mededinging.¹⁰ In feite was het in de constellatie van de WEM niet zozeer de handhaving die de boventoon voerde als wel de regulering. Het schortte in zoverre niet alleen aan strafrechtelijke handhaving, maar de handhaving *an sich* werd niet gehanteerd als belangrijk instrument van het (wettelijk) beleid.

Dat gebrek aan (primaat van) handhaving begon een decennium voor inwerkingtreding van de huidige Mededingingswet ('Mw') schrill af te steken tegen de pendant van ons mededingingsrecht: de EG-mededingingsbepalingen.¹¹ De handhaving van die laatste bepalingen door de Europese Commissie was daadkrachtig. Niet zonder reden motiveerde de minister van Economische Zaken bij de introductie van de Mw het nieuwe wettelijk kader onder meer door te wijzen op 'De veranderde omgeving: het Europese mededingingsbeleid'.¹² Van WEM naar Mw betekende het omwisselen van het misbruikstelsel in een verbodstelsel. Het bracht tevens met zich een focus op de handhaving van de verboden.¹³ Daaraan doet overigens niet af dat expliciet werd gekozen

voor bestuursrechtelijke handhaving.¹⁴ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers dat de (bestuursrechtelijke) handhaving de naleving van het mededingingsrecht moest inscherpen.

En zo werd afscheid genomen van een strafrechtelijke handhaving die als zij op waarde wordt geschat feitelijk een *rara avis* was in de WEM omdat zij er – systematisch, conceptueel en beleidsmatig – niet goed in paste.¹⁵ Niettemin is daarmee niet in volledigheid verklaard waarom de strafrechtelijke handhaving zonder succes was. Daarin speelde ook zeker het gebrek aan expertise een rol. De Economische Controledienst ('ECD') en het openbaar ministerie die strafrechtelijk bezien over de WEM waakten, konden simpelweg niet bogen op grote kennis van en ervaring met het mededingingsrecht. Voor wat betreft de WEM werd in stijl afscheid genomen van het strafrecht met de 'bouwzaken die de Rotterdamse rechtbank vorig jaar beoordeelde'.¹⁶ De WEM-feiten die aan de strafrechter werden voorgelegd waren inmiddels verjaard. Gelet op de zeer beperkte jurisprudentie van de strafrechter omtrent de WEM lijkt dat een passende afsluiting van de (eerste) periode 'strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht'.

-
- 7 Om het op de kartelsituatie toe te spitsen moet daarbij de precisering worden gemaakt dat slechts strafbaar was het niet-aanmelden van een vastgelegd kartel (mededingingsregeling) en het handelen in strijd met een door de minister van Economische Zaken (algemene) onverbindendverklaring ten aanzien van (een) kartel(s) wegens strijdigheid met het algemeen belang. In 1994 kwamen daar de generieke onverbindendverklaringen bij, waarvan overtreding strafbaar was.
- 8 Om twee voorbeelden te geven: in het overzicht van M.R. Mok, '20 jaar WEM', in *SEW* 1978, p. 737-760 en in een overzicht als van A.P.J. Gilde en D.J. Haank, *De praktijk van de Wet economische mededinging*, Onderzoeksrapporten, nr. 37, Den Haag 1985, komt de strafrechtelijke handhaving niet naar voren.
- 9 M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer: Kluwer 2004, p. 34-36. Zie ook H.M.J. Quaadvlieg, *Ondernemende autoriteiten?*, Deventer Kluwer 2001 (diss. Maastricht), p. 53-74.
- 10 Vgl. Mok, a.w. p. 53 en 56.
- 11 Vgl. M.H. van der Woude, 'Nederlands en Europees kartelrecht', *RM Themis*, 1995, p. 200 e.v. Maar zie: M.M. Slotboom, 'De Mededingingswet: niet met handen en voeten gebonden aan het EG-recht', *SEW* 1999, p. 42-48.
- 12 M.B.W. Biesheuvel, E.J. Daalder, J.M.E. van Breugel, *Mededingingsrecht, de parlementaire geschiedenis van de mededingingswet*, Den Haag: Sdu uitgevers 1998, p. 5, rk. Zie M.R. Mok, 'De mededingingswet – inleiding', in: P.J. Slot en Ch.R.A. Swaak, *De Nederlandse mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 2 e.v.
- 13 Quaadvlieg a.w., pp. 1, 4-7, 44-50.
- 14 Biesheuvel, Daalder en Van Breugel, a.w., pp. 53 en 75, 331 e.v. (bijvoorbeeld), waaruit die expliciete keuze blijkt. Een keuze die onder meer zijn basis vond in het uitgangspunt dat het strafrecht als *ultimum remedium* moet worden gezien en er meer handhavingspotentie werd verwacht van het bestuursrecht.
- 15 In de woorden van Mok: 'Strafrechtelijk gehandhaafde verboden waren secundair' (M.R. Mok, a.w., p. 35). Zie Van der Woude, a.w., p. 199-200. Zie ook M.R. Mok, '20 jaar WEM', *SEW* 1978, p. 760.
- 16 Daarover bijvoorbeeld: L.E.J. Korsten, 'Bouwfraude: vooroverleg bouwbedrijven', *M&M* 2005, p. 257-267.

Artikel 328bis Sr

Het strafrechtelijk denken over mededinging is evenwel ouder dan de WEM. Ook het 'gewone' Wetboek van Strafrecht ('Sr') bevat een artikel over de zogenaamde oneerlijke mededinging. Het artikel stamt uit 1915 en moet worden geplaatst in de sleutel van de civielrechtelijke vorm van oneerlijke mededinging (een vorm van onrechtmatige daad) die, in elk geval op het continent van Europa, het mededingingsrecht voorging en ook op een (wat) andere leest is geschoeid.¹⁷ Die vorm van oneerlijke mededinging of oneerlijke concurrentie is bij ons niet meer goed gekend (in tegenstelling tot bijvoorbeeld in Frankrijk), maar duikt in de jurisprudentie een enkele keer op.¹⁸

Ondanks het gegeven dat de civielrechtelijke oneerlijke mededinging van weleer in ons land is overvleugeld door het mededingingsrecht gebaseerd op de (huidige) artikelen 81 en 82 EG, is de strafrechtelijke pendant van die civielrechtelijke mededinging nog altijd bruikbaar. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat het artikel niet beperkt is tot de 'oude' oneerlijke mededingingssituatie. Zoveel blijkt uit de tekst van het artikel alsook uit de jurisprudentie.¹⁹

Het artikel luidt:

'Hij die, om het handels- of bedrijfsdebië van zichzelf of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, enige bedrieglijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit enig nadeel voor concurrenten van hem of van die ander kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.'

Die maximale boete betreft – in geval het om een natuurlijk persoon gaat – € 67.000,-.

Uit de tekst van het artikel blijkt dat het moet gaan om een handelen (of nalaten) met de bedoeling om 'het handels- of bedrijfsdebië van zichzelf of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden', welk handelen bestaat in 'enige bedrieglijke handeling [...] tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon' en hetgeen kan leiden tot 'enig nadeel voor concurrenten van hem of die ander'.

Vooraf in het vereiste dat sprake moet zijn van een 'bedrieglijke handeling tot misleiding' is een beperking van de toepassing van het artikel gelegen. Daardoor omvat het artikel niet alle met het mededingingsrecht strijdige handelingen.²⁰ Toch denk ik dat een omvangrijk deel van de overtredingen van art. 6 Mw ook met art. 328bis Sr zou kunnen worden gehandhaafd. Alhoewel het Nederlandse openbaar ministerie artikel 328bis Sr – voorzover mij bekend – tot op heden niet heeft ingezet bij een kartel, heeft de Hoge Raad immers wel al in 1984 bepaald dat een kartelsituatie onder art. 328bis strafbaar is gesteld.

In het arrest van 12 juni 1984²¹ werd de Hoge Raad een zaak voorgelegd waarin de rechtbank had geoordeeld dat

de verdachte kon worden uitgeleverd aan de Bondsrepubliek Duitsland omdat aan het zogenoemde dubbele strafbaarheidsvereiste was voldaan. Dit dubbele strafbaarheidsvereiste houdt – kortweg – in dat uitlevering slechts kan plaatshebben als het feit waarvoor de verzoekende staat de verdachte wil berechten ook strafbaar is in de staat waar de verdachte verblijft. De feiten waarvoor Duitsland de verdachte in dit geval wilde berechten, zo oordeelde de rechtbank, vielen naar Nederlands recht onder art. 328bis Sr.

Die feiten bestonden erin dat een aantal bouwondernemingen had ingeschreven op bouwprojecten voor prijzen die waren gevormd, niet in vrije concurrentie, maar op grond van onderlinge, geheime, afspraken waarbij de verdachte als administrateur van de groep een belangrijke rol speelde, en wel zo dat telkens het laagste bedrag waarvoor werd ingeschreven zoveel hoger was dan het bedrag dat aanvankelijk – onafhankelijk van die afspraken – was berekend, dat het verschil niet correspondeerde met een redelijke vergoeding voor kosten, risico's e.d. van de bij de afspraken betrokkenen.²² In huidige termen: *bid rigging*.²³ Het cassatiemiddel gericht tegen de beoordeling door de rechtbank van die feiten als ressorterend onder art. 328bis Sr, slaagde niet. Daarmee staat vast dat – in elk geval onderdelen – van het kartelrecht ook nu al door middel van het strafrecht zouden kunnen worden gehandhaafd. De daarbij in ogenschouw te nemen restricties, de maximale gevangenisstraf van slechts een jaar en het bedrogelement ('bedrieglijke handeling'), maken evenwel dat het wijzen op (het bestaan van) dit artikel de politieke roep om kartelstrafrecht waarschijnlijk niet zal doen verstommen.

Politiek voornemen

Het politieke voornemen inschattend zal het wetsvoorstel ter (her)invoering van het strafrecht in het mededingingsrecht de maximale gevangenisstraf niet bemeten op een jaar. Immers, het voornemen voor het kartelstrafrecht wordt juist ingegeven door de mogelijkheid om daarmee celstraffen te kunnen laten uitdelen aan kartellisten.

17 M.R. Mok, 'Mededinging en mededingingsrecht', *TVVS* 1993, p. 218.

18 Bijvoorbeeld Hof Den Haag, 19 december 1985, *NJ* 1988, 332 en Hof Arnhem (kort geding) 23 november 2004, *NJ* 2006, 413, rov. 5.22.

19 Zie over de totstandkoming en achtergrond van artikel 328bis Sr: Th.E.E. van Schaik, *De oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd*, Utrecht: Dekker & Van der Vegt 1946, pp. 1-14. Aldaar tevens oudere jurisprudentie, p. 15 e.v.

20 Zo meen ik dat misbruikelijk handelen in strijd met art. 24 Mw in een aantal gevallen waarschijnlijk niet als 'bedrieglijk handelen tot misleiding' zal worden gekwalificeerd. Een voorbeeld daarvan lijkt mij de 'kortingsjurisprudentie' zoals die is 'verfijnd' in *Michelin II* (GvEA 30 september 2003, T-203/01) (zie ook *CR Delta*, NMa 31 december 2003, zknr. 3353).

21 HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 174.

22 HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 174, rov. 7.1.

23 Vgl. NMa Richtsnoeren Boetetoemeting, 12 december 2001. Zie eindrapport parlementaire enquête bouwnijverheid 'De bouw uit de schaduw'; *Kamerstukken II* 2002/03, nr. 6.

Dit voornemen werd in juni van dit jaar in de Tweede Kamer met luide stem ten gehore gebracht. Dit geschiedde in eerste instantie door het PvdA-Kamerlid Heemskerk die in het kader van de evaluatie van de Mededingingswet²⁴ een amendement indiende met de strekking tot het strafbaar stellen van het opdracht geven tot dan wel feitelijk leidinggeven aan handelen in strijd met artikelen 6, eerste lid en/of 24, eerste lid Mw. Volgens het amendement zou de maximale gevangenisstraf zes jaar moeten bedragen en zouden de gedragingen strafbaar moeten worden gesteld door de Wet op de economische delicten ('WED').²⁵ In de Tweede Kamer is vervolgens op 15 juni 2006 met de minister van Economische Zaken over het voorstel gesproken en de minister²⁶ toonde zich – in navolging van een ogenschijnlijke Kamermeerderheid – een voorstander van het idee gevangenisstraffen voor bestuurders te introduceren voor de overtreding van het mededingingsrecht.²⁷ De minister gaf te kennen de strafrechtelijke handhaving te zien naast de bestuursrechtelijke (door de NMa) en ziet de inzet van het strafrecht in 'de lijn van de afschrikking'.

De minister heeft bij brief van 16 juni 2006 aan de Tweede Kamer laten weten dat hij samen met de minister van Justitie in oktober 2006 een wetsvoorstel zal indienen waar het strafrecht als aanvullend instrument wordt geïntroduceerd in het mededingingsrecht. Inmiddels maakte zijn opvolger kenbaar dat het voorstel voor het einde van het jaar het licht zal zien.²⁸ In hoofdlijnen zal met het wetsvoorstel de strafrechtelijke sanctionering van bestuurders mogelijk worden gemaakt, maar ook zal de NMa de mogelijkheid krijgen zogenaamde strafbeschikkingen op te leggen²⁹, hetgeen in de nabije toekomst ook voor het openbaar ministerie mogelijk zal worden.³⁰

Kernpunt in het politieke voornemen is dat het strafrecht als aanvullend instrumentarium wordt gezien om de mogelijkheid te creëren bestuurders van ondernemingen die handelen in strijd met het kartelverbod dan wel in strijd met het verbod op misbruik van machtspositie, door een strafrechter in de gevangenis te laten belanden.³¹

In zoverre sluit het in te dienen wetsvoorstel aan bij de reeds in de evaluatiewet voorgestelde mogelijkheid om in het bestuursrechtelijke NMa-traject leidinggevend (bestuurders, managers en andere werknemers) een boete op te leggen voor diezelfde feiten.³² In dat voorstel wordt de groep van boetelingen gevormd door de afbakening als genoemd in art. 51 Sr (opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers).³³ Alhoewel dat juridisch voor de hand liggend is, wordt daarmee niet concreet duidelijk op wie het oog gericht zal zijn. De feitelijk leidinggever kan in mededingingsverband de persoon zijn die bijvoorbeeld de onderhandelingen/besprekingen voert met mede-kartellisten. Om evenwel een directeur of commissaris of ander soort bestuurder conform het criterium van art. 51 Sr aan te kunnen spreken is – volgens de zogenoemde Slavenburg-criteria – nodig dat die persoon (i) maatregelen achterwege heeft gelaten ter voorkoming van de verboden gedraging hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was en (ii) voorwaardelijk opzettelijk heeft gehandeld (en dus

een zekere mate van wetenschap heeft gehad).³⁴ Zeker in de mededingingsrechtelijke context kan – bijvoorbeeld in geval het gaat om een groot concern – niet bij voorbaat worden gezegd dat zo'n bestuurder feitelijk leidinggever is geweest.

Geuite kritiek

De kritiek vanuit het veld op het voornemen was ogenblikkelijk en niet mild. Een meerderheid van commentatoren bracht naar voren dat de politieke wil tot het voorstel voortkwam uit een onterechte vergelijking met financiële 'fraude' in het bedrijfsleven en met 'Amerikaanse toestanden'. Om enkele meer specifieke voorbeelden te noemen van kritiepunten³⁵ (waarbij volledigheid niet is nagestreefd): VerLoren van Themaat liet in NRC Handelsblad onder meer weten dat er geen rechtvaardiging was het strafrecht in te zetten; er zijn geen substantiële *hard core*

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, 'Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet', ingediend bij de Tweede Kamer op 8 april 2005.

25 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16.

26 Toen nog L.J. Brinkhorst.

27 *Handelingen TK*, 15 juni 2006, p. 91-5579.

28 *Handelingen TK*, 29 augustus 2006, p. 91-6124.

29 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 27. Daarnaast zullen de hoogte van strafrechtelijk op te leggen boetes worden afgestemd op de hoogte van bestuurlijke boetes en zullen bepaalde NMa-ambtenaren boa (bijzonder opsporingsambtenaar) worden en zullen zij een bijzondere opsporingsdienst vormen bij de NMa.

30 Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet Omafdoening), *Stb.* 2006, 330. De wet is nog niet in werking getreden.

31 Minister Wijn liet evenwel weten ook na te (willen) denken over het strafrechtelijk vervolgbaar stellen van het bedrijf; *Handelingen TK*, 29 augustus 2006, p. 91-6125.

32 *Kamerstukken II*, 30 071, nr. 2, p. 4 (voorgesteld art. 56, vierde lid Mw voor de overtreding van artt. 6/24 Mw). Zie ook *Kamerstukken II*, 30 071, nr. 3, p. 8-9.

33 Breder: in de vierde tranche Awb wordt voorgesteld dit criterium voor al het boeterecht te laten gelden: *Kamerstukken TK*, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 77 e.v. Zie over de verhouding vierde tranche en Mw – kritisch – M.J. Frese, 'Verwijderen van sanctiebepalingen uit de Mw? Bezint eer gij begint!', *M&M* 2006, p. 136-142.

34 Zie HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 126. Op voorwaardelijk opzet wordt hier niet uitvoerig ingegaan. Opgemerkt zij slechts dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft op de verboden gedraging indien hij zich willens en wetens aan de aanmerkelijke kans op de verwezenlijking daarvan heeft blootgesteld. Bij feitelijk leidinggeven kan dit worden afgeleid uit wetenschap van eerdere soortgelijke feiten die door de rechtspersoon werden gepleegd, HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321. De 'opdrachtgever' wordt hier verder terzijde gelaten; uitleg van dat criterium sluit dichter aan bij het normale taalgebruik en is minder van belang in de rechtspraktijk. Ik merk nog op dat in het strafrecht de feitelijk leidinggever en opdrachtgever slechts vervolgd kunnen worden indien de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan (accessoire strafbaarheid).

35 Anders (in 2005): F.O.W. Vogelelaar, a.w., p. 1020, die zich voorstander van strafrechtelijke handhaving toonde.

kartels waarvoor het instrument zou kunnen worden ingezet.³⁶ Uit de mond van Swaak en Doorenbos tekende het FD op dat het de Kamer aan historisch besef zou ontbreken, dat in 1998 nu juist bewust de keuze voor het bestuursrecht was gemaakt.³⁷ Dekker wees er onder meer op dat de huidige clementieregeling aan belang zal inboeten, evenals dat tevoren duidelijk moet zijn voor welke feiten precies gevangenisstraf mogelijk is (in zijn opinie alleen voor *hard core* kartelgedragingen).³⁸ Pijnacker Hordijk bracht de recente strafrechtelijke bouwfraudezaak naar voren als bewijs van het onvermogen van het strafrecht in de handhaving van het mededingingsrecht. Verder wees hij parallelle onderzoekstrajecten – vrij rigoreus – van de hand.³⁹ Vanuit het bedrijfsleven was de algemene reactie dat het gaat om overtrokken maatregelen.⁴⁰

Er valt mijns inziens begrip op te brengen voor de kritiek dat de politiek ten onrechte het bedrijfsleven over een kam schoor in het debat en dat de verwijzing naar de Verenigde Staten geen opgeld mag doen. Toch vind ik de meer inhoudelijke argumenten niet vol overtuigend. Daarmee is niet gezegd dat ik me voorstander toon van het politieke voornemen, enkel dat de kritiek pareerbaar is.

De essentie van de kritiek omvat in mijn visie zes facetten: (i) de mededingingsovertredingen zouden naar aard en morele lading niet ernstig genoeg zijn om met het strafrecht te handhaven, (ii) het voornemen gaat in tegen de geschiedenis en het falende vervolgingsbeleid ten tijde van de WEM, (iii) er is samenloopproblematiek, (iv) het clementie-instrument zal aan kracht inboeten, (v) het openbaar ministerie (en in die visie misschien ook de strafrechter) zijn niet voldoende geverseerd in het mededingingsrecht en (vi) het mededingingsrecht leent zich niet voor handhaving door middel van het strafrecht.

Voor wat betreft de beweerdelijke morele lading die het mededingingsrecht zou ontbreken, wijs ik er slechts op dat de strafwet niet gespeend is van dergelijke strafbaarstellingen. Ik kan mij in elk geval in gemoede voorstellen dat een omvangrijke kartelzaak moreel gezien een groter normschendend karakter heeft dan een minieme steunfraude (uitkeringsfraude) zaak die strafbaar is gesteld onder art. 227a en b Sr.⁴¹

Ten tweede meen ik dat het wijzen op de historie in dit verband een hachelijke zaak is. Immers, als hiervoor onderzocht, blijkt uit de WEM-periode niet zozeer dat het strafrechtelijk vervolgingsbeleid faalde, als wel dat de WEM inherent niet zozeer op handhaving (om het even welke) was gericht en dat er – in de woorden van Mok – van de WEM spaarzaam gebruik is gemaakt.⁴² Het is dan in mijn visie ook een misvatting te stellen dat de WEM-periode ‘*ceteris paribus*’ is aan de Mw-periode. Het handhaven van de NMa heeft zoveel waarlijk bewezen. Nu veel meer dan toen is het beleid gebaseerd op handhaving van de bepalingen van artt. 6 en 24 Mw.

Het derde facet, samenloop, levert inderdaad enige problemen op. Dit komt erop neer dat er problemen kunnen worden verwacht waar enerzijds de onderneming door de NMa in een boetetraject wordt betrokken, terwijl de bestuurder in een strafrechtelijk vervolgingsonderzoek wordt geleid.

Zonder de these hier volledig te behandelen zij er evenwel op gewezen dat vanuit het strafrechtelijk denken dergelijke problematiek niet onbekend is. De leer van *ne bis in idem* alsook die van het *una via* beginsel kunnen een oplossing vormen voor samenloopproblematiek. Beboeting van de onderneming en vervolging van haar bestuurder kan, indien daardoor in feite dezelfde persoon dubbel wordt gestraft voor hetzelfde feit (bijvoorbeeld in sommige gevallen van een DGA), op grond van de genoemde beginselen leiden tot strafmatiging.⁴³ Een vervolging van zowel onderneming als haar bestuurder hoeft evenwel niet met *ne bis in idem* alsook niet met het *una via* beginsel te strijden. Het naast elkaar vervolgen/beboeten van onderneming en bestuurder is, *vide* art. 51 Sr, mogelijk. Wel is het de vraag of die vervolging/beboeting in één traject (bestuursrechtelijk of strafrechtelijk) dan wel gecombineerd gaat plaatsvinden. Teneinde tegenstrijdige oordelen in dezelfde kwestie te voorkomen en ter bevordering van de proceseconomie, valt er veel voor te zeggen dat NMa en openbaar ministerie, na constatering van een schending van het mededingingsrecht,⁴⁴ een dwingende keuze voor één van de trajecten moeten maken.⁴⁵ Ofwel bestuursrechtelijk⁴⁶, ofwel strafrechtelijk. Op die wijze hoeven samenloop problemen effectieve handhaving niet in de weg te staan.

Het vierde pijnpunt, clementie, is naar mijn opvatting weg te nemen door de clementieregeling zodanig aan te pas-

36 *NRC Handelsblad*, ‘Nu geen celstraf voor kartelovertraders’, 14 juni 2006. Overigens wees VerLoren van Themaat op een interessant aspect – waarvan behandeling de reikwijdte van dit artikel helaas te buiten gaat –, te weten de Europese context van het criminaliseren van kartelgedrag. Zijn argument dat op Europa gewacht zou moeten worden vind ik niet overtuigend, alleen al niet omdat er al landen in de Unie zijn die kartelgedrag strafbaar hebben gesteld. Maar het is wel terecht dat hij wijst op de Europese dimensie. Zo kan men benieuwd zijn naar de houding die de Europese Commissie zal aannemen naarmate meer lidstaten het strafrecht benutten ter bestrijding van kartelgedrag, terwijl de Commissie zelf niet beschikt over een vergelijkbaar instrumentarium. Zie F.O.W. Vogelhaar, a.w., pp. 1017-1018 en 1019.

37 *Het Financieele Dagblad*, 24 juli 2006. Ook zij benoemden het aspect van het gebrek aan normatief belang van overtredingen van de mededingingswet om daarvoor het strafrecht in te zetten.

38 *Het Financieele Dagblad*, ‘Celstraf bij kartel is lastig’, 22 juni 2006.

39 E.H. Pijnacker Hordijk, ‘Leve de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht’, *M&M* 2006, p. 97.

40 *Het Financieele Dagblad*, 17 juni 2006, waarin onder meer VNO-NCW aan het woord kwam.

41 Vgl. Gobert en Punch, a.w., p. 46 e.v.

42 Mok, a.w., p. 53.

43 HR 12 augustus 2005, *V-N* 2005/59.7 en HR 19 maart 2002, *V-N* 2002/28.9.

44 Meer specifiek na het rapport ex art. 59 Mw.

45 Het fiscale *una via* beginsel werkt aldus (art. 69a Algemene wet inzake rijksbelastingen (‘AWR’)). De ‘boete-bepaling’ van het strafrecht (met een maximum van € 670.000,-) zou kunnen worden verhoogd voor deze gevallen door de boete-omvang als vermeld in 57 Mw op te nemen in de WED (vgl. de fiscale strafrechtelijke bepaling in art. 69, eerste lid AWR: ‘*Degene [...] wordt [...] gestraft met [...] geldboete van de vierde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting.*’)

46 Hetgeen met de bestuurlijke boete voor de feitelijk leidinggever en opdrachtgever ook in mededingingszaken mogelijk zal worden (voetnoten 32 en 33 (*supra*)).

sen dat zij ook de 'inkerende' bestuurder vrijwaart (in zijn geval van strafrechtelijke vervolging/bestuurlijke beboeting). Wellicht zou het in alle gevallen van inkeer⁴⁷ (clementieverzoek) bieden van strafrechtelijke vrijwaring aan de bestuurder de clementieverzoeken zelfs niet zozeer doen afnemen als wel doen toenemen. Immers, het in de clementieregeling besloten *prisoners dilemma* wordt nog beter uitgespeeld indien de beloning voor inkeren een strafrechtelijke vrijwaring is.

Ten vijfde de vermeende – in mijn parafrase – onkunde van het openbaar ministerie en de strafrechter. Allereerst moet ik toegeven dat het mededingingsrecht niet voor 'the faint hearted' is. Niettemin omvat het een onderdeel van het recht dat voor rechters hanteerbaar is. Sterker: in de visie van na Vo 1/2003 is het voor alle rechters bevatbaar. Door ook het derde lid van art. 81 EG in de nationale context te laten toepassen (met inmiddels art. 6, derde lid Mw) is de weg geopend voor een veel grotere stroom aan zaken die aan de rechter zullen (kunnen) worden voorgelegd dan voorheen mogelijk was.⁴⁸ Ik kan niet inzien waarom, gelet op die ontwikkeling, de strafrechter het mededingingsrecht niet zou kunnen toepassen. In feite geldt hetzelfde voor het openbaar ministerie. Het lijkt niet verstandig daarbinnen een heel vervolgingsteam voor het mededingingsrecht op te zetten. Daar is immers de NMa bij uitstek geschikt voor. Wel zal het nodig zijn expertise toe te voegen aan het Functioneel Parket. Dat kost wat tijd en energie, maar is verre van onmogelijk. In dat verband zij belicht dat het Functioneel Parket (met de behandeling van de gecompliceerde fiscale, milieu- en economie-zaken) niet wars is van expertiseonderwerpen.

Ten slotte het argument van de incompatibiliteit. Het mededingingsrecht zou niet geschikt zijn voor strafrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld vanwege de aan het rechtsgebied inherente economische (beleids)aspecten. Ik wijs dat argument van de hand. Er is geen principieel verschil tussen de handelingen die de bestuursrechter en de strafrechter verrichten in sanctierechtzaken, behoudens het feit dat het de strafrechter is die vrijheidsstraffen oplegt. Wat de bestuursrechter in dezen kan, moet de strafrechter – lijkt mij – ook kunnen.

Dit alles laat onverlet dat de keuze uiteindelijk aan de politiek is. Voorzover het voornemen wordt doorgezet is er echter geen noodzaak het wiel opnieuw uit te vinden. Er blijkt op het terrein van de handhaving een mal te zijn waarin het proces van duale handhaving van het Nederlandse mededingingsrecht kan worden gegoten, te weten de handhaving van het fiscale recht.⁴⁹

Het duale model

In de uitgelichte kritiek komt vooral naar voren dat er getwijfeld wordt aan de wens om het strafrecht te herintroduceren. Naast die politieke vraag is het mijns inziens net zo interessant te bezien hoe de duale handhaving vorm kan worden gegeven. Mij lijkt dat er bij het begin van de handhaving in het huidige systeem weinig behoeft te worden aangepast: het opsporen van mededingingsovertredingen kan plaats blijven vinden door de NMa. Immers, de NMa

heeft bewezen zich van haar taak als waakhond te kunnen kwijten. De opgebouwde expertise moet blijvend worden ingezet voor dat doel.

Bij het vervolgen van mededingingsinbreuken moet echter een aanpassing in het systeem worden aangebracht. Het openbaar ministerie zal de strafrechtelijke vervolging voor zijn rekening nemen. Om ervoor te zorgen dat vervolging in mededingingszaken effectief is, kan inspiratie worden opgedaan bij de wijze waarop belastingfraude wordt aangepakt. Dat fiscale systeem bestaat erin dat de belastingdienst – net als de NMa – bij ontdekking van fiscale malversaties de mogelijkheid heeft zelf een boete op te leggen. Daarnaast kan er besloten worden dat een zaak zodanig gewicht of belang heeft dat het openbaar ministerie de zaak voorlegt aan de strafrechter. Zo'n beoordelingsbeslissing wordt genomen in het tripartiete overleg, waarin de belastingdienst met het openbaar ministerie zaken bespreekt om een keuze te maken tussen zelf afdoen of voorleggen aan de strafrechter. Die keuzes worden gemaakt op basis van beleid waarin de selectie- en beoordelingscriteria zijn vervat.⁵⁰ Dergelijk beleid vormt het kader voor de strafrechtelijke handhaving en biedt de mogelijkheid beleidsmatig het strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel in te kleuren. Door dat in dergelijke beleidsregels te doen wordt de rechtszekerheid gediend.⁵¹

Het voordeel van het fiscale systeem is evident. De slagkracht en effectiviteit van de handhaving van de fiscale regels liggen besloten in de mogelijkheid voor de belastingdienst om zelf het leeuwendeel van de zaken af te doen met een boete en in de mogelijkheid een aantal zaken door het openbaar ministerie eruit te laten lichten in een strafrechtelijke vervolging. Daarbij wordt de inhoudelijke kennis van de belastingdienst (en overigens ook van de FIOD) benut om de overtredingen te kunnen opsporen.

47 Vgl. art. 69, derde lid AWR: '*Het recht tot strafvervolging op de voet van dit artikel vervalt, indien de schuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet, dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat een of meer van de in artikel 80, eerste lid, bedoelde ambtenaren de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden.*' Het verschil tussen deze bepaling en de clementieregeling is dat de AWR-inkeer ook rechtsherstel omvat.

48 Vgl. M.C.M. van Dijk, 'Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook?', *M&M* 2004, p. 4-11. Vgl. Het groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels', 19 december 2005, COM(2005)672 en M.F.J. Haak en I.W. VerLoren van Themaat (red.), 'De mogelijkheden voor civiele handhaving van de mededingingsregels in Nederland; een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken', 3 november 2005.

49 Maar niet alleen het fiscale recht, zo kent inmiddels ook de financiële wetgeving (gehandhaafd door de AFM en het openbaar ministerie) eenzelfde soort duaal model: convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties, Directoraat-Generaal Belastingdienst van 8 juli 2004, *Stcrt.* 2004, 126. Evenwel is met het fiscale model de meeste ervaring opgedaan.

50 Zie de Kennisgeving Directoraat-Generaal Belastingdienst van 12 december 2005, ATV-Richtlijnen (Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen), *Stcrt.* 2005, 247.

51 Ook minister Wijn maakte al referte aan (de noodzaak van) vervolgingsbeleid: *Handelingen TK*, 29 augustus 2006, p. 91-6125.

Als de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht op deze leest wordt geschoeid, lijkt mij dat die handhaving als aanvullend zal kunnen gelden zonder dat er procesmatig grote samenloopproblemen hoeven te ontstaan.⁵² De NMa blijft kartels en andere mededingingsrechtsschendingen opsporen. Zij blijft de autoriteit die zelf boetes op kan leggen (met controle van de bestuursrechter). Daarbij wordt een overlegsituatie geschapen met het openbaar ministerie, waarin zaken worden besproken die zich beter lenen voor strafrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld omdat er naar de mening van de NMa en/of het openbaar ministerie gevangenisstraf kan worden geëist. Er zal ten slotte beleid moeten worden opgesteld voor de selectie- en beoordelingcriteria van dergelijke zaken. Dat beleid zal recht moeten doen aan het uitgangspunt dat het strafrecht *ultimum remedium* is, zodat slechts een deel van de zaken zich zal lenen voor strafrechtelijke handhaving.⁵³

Dat brengt mij op een aspect van strafrechtelijke handhaving waarmee naar mijn opvatting de betrokkene beter af is dan in het bestuursrecht, te weten de rechtsbescherming. Het strafrechtelijk model van handhaving is wat die rechtsbescherming betreft mijns inziens met meer waarborgen omkleed dan het bestuursrechtelijke. In elk geval is de strafrechter vanuit het strafvorderlijk kader beter bekend met die waarborgen en passen zij daarin beter dan in het bestuursrecht.⁵⁴ De waarde van die constatering moet niet worden overdreven, maar zo kan in een strafprocedure bijvoorbeeld de verdediging in het voortraject zelfstandig een rechter verzoeken onderzoek te verrichten⁵⁵ en zo geldt in zijn algemeenheid dat door middel van een spreekplicht in een administratief onderzoek afgedwongen verklaringen niet later tegen diezelfde persoon in een sanctieprocedure mogen worden gebruikt.⁵⁶ Tevens kent het strafrecht een bewijssystem dat meer gericht is op bescherming van de betrokkene dan het bestuursrecht.⁵⁷ Voorts is het uitgangspunt in een strafprocedure dat de rechter een straf oplegt,⁵⁸ in tegenstelling tot de bestuursrechtelijke procedure waarin de rechter de door het bestuursorgaan opgelegde boete wikt en weegt. Om kort te gaan, de introductie van het kartelstrafrecht biedt voor de positie van betrokkenen de mogelijkheid van een hoger niveau van rechtsbescherming.⁵⁹ Wel moet er uiteraard in zo'n strafprocedure met behoedzaamheid over worden gewaakt dat de rechten van betrokkenen ook *in concreto* worden beschermd.

Uitleiding

Het bestraffen van gedrag strijdig met de mededingingsregels is met het voornemen tot strafbaarstelling van bestuurders van kartelondernemingen stevig op de politieke agenda gezet. Ik denk dat dit voornemen – wat er inhoudelijk ook van wordt gedacht – past in het huidige klimaat dat gericht is op naleving en handhaving van de mededingingsverboden.

Alhoewel naar mijn opvatting een duaal model van handhaving van het mededingingsrecht zeker mogelijk is en een voorbeeld daarvan kan worden gevonden in het fiscale

recht, moet de wetgever zich wel buigen over de geuite kritiek en waar nodig de procedurele waarborgen creëren teneinde ervoor zorg te dragen dat duale handhaving niet tornt aan de mate van rechtsbescherming van betrokkenen. Maar ook voor de betrokkenen zelf zal het in de toekomst nog nauwer luisteren te waken over die rechtsbescherming. De gevolgen van de handhaving zullen immers ingrijpender kunnen worden. Of de strafrechter ook daadwerkelijk overgaat tot oplegging van vrijheidsstraf blijft overigens aan hem ter beoordeling voorbehouden. De politiek kan het delict (door de wetgever laten) scheppen en met gevangenisstraf (laten) bedreigen, maar het blijft de strafrechter die in het concrete geval bepaalt of een dergelijke straf aangewezen is als bestraffing. Wat er ook zij van het politieke voornemen en de kritiek daarop, ik vind dát in ieder geval een geruststellende slotgedachte.

52 Alhoewel Minister Wijn het fiscale duale model, blijkens zijn opmerkingen in de Tweede Kamer (*Handelingen TK*, 29 augustus 2006, 91-6125 en 6131), kent van zijn periode op het Ministerie van Financiën, lijkt hij de finesses ervan niet goed in het oog te hebben. Zo lijkt hij te suggereren dat het openbaar ministerie op basis van criteria beslist of een zaak strafrechtelijk wordt vervolgd en lijkt hij tevens de suggestie te wekken dat bij strafrechtelijke vervolging er fiscaalrechtelijk geen actie wordt ondernomen. Beide suggesties zijn niet juist: in werkelijkheid heeft de belastingdienst heel wat mogelijkheden om de zaak zelf af te doen (al dan niet met bestuurlijke boeten) en wordt in het tripartiete overleg op basis van toetsing aan de criteria beslist (geen 'one man show' van het openbaar ministerie derhalve). Daarnaast is de belastingdienst weliswaar voor wat betreft beboeting niet (meer) aan zet als het openbaar ministerie de zaak vervolgt, maar zal een naheffing van de verschuldigde belastingen gewoon plaats (kunnen) hebben.

53 Vgl. Biesheuvel, Daalder en Van Breugel, a.w., p. 76.

54 Vgl. B. van den Berg, 'Bouwen aan het bestuursrechtelijk sanctie-recht inzake boetes', *M&M* 2004, p. 229-245. Ook al gaat het deels om rechten die ook in het bestuursrechtelijk boeterecht gelden omdat zij voortvloeien uit art. 6 EVRM.

55 Art. 36a Sv (mini-instructie).

56 EHRM 17 december 1996, (*Saunders vs. VK*), *NJ* 1997, 699, EHRM 10 november 2004, (*Kansal vs. VK*) en HR 16 september 2005, V-N 2005/48.9 (LJN AO9013, *in fiscalibus*). Maar zie ook al M.M. Slotboom, 'De bescherming tegen zelfbeschuldiging in het Nederlandse mededingingsrecht: te beperkt in het licht van art. 6 EVRM?', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 142. Dit alles nog los van het feit dat de betrokkene vanaf het moment dat er jegens hem een vermoeden van schuld aan een strafbaar feit is een zwijgrecht toekomt (ex art. 29, tweede lid Sv, evenals ex art. 6 EVRM).

57 Als voorbeeld: het strafrecht kent een systeem van waardering van fouten in de bewijsgaringsprocedure (art. 359a Sv) dat een kader geeft voor beoordeling, terwijl het bestuursrecht dat niet – in die mate – kent.

58 Met enige nuancering in het (komende) model van de strafbeschi-king, zij het dat taakstraffen boven de 180 uren en gevangenisstraf in alle gevallen ook *in primo* aan de rechter voorbehouden blijven.

59 Ik meld t.d.p. nog dat met de introductie van het strafrecht op systematisch de meest logische wijze de doorzoeking van de woning van bestuurders – waarover al tijdens in de Tweede Kamer wordt gesproken (zie *Kamerstukken TK*, 2003-2004, 29 276, nr. 9) – kan worden geregeld; Mok, a.w., p. 597.