

AFSCHRIKWEKKENDE WERKING VAN BOETES VAN DE AUTORITEIT CONSUMENT EN MARKT

Analyse van de afschrikwekkende werking van boetes die door (voorlopers van) de
Autoriteit Consument en Markt zijn opgelegd wegens overtredingen van de
Mededingingswet tussen 2010 en 2012. Uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van
Economische Zaken.

6 februari 2014

0 MANAGEMENTSAMENVATTING

Een van de doelen van het beboeten van deelnemers aan een kartel is de afschrikwekkende werking waardoor het boetebeleid andere ondernemingen weerhoudt van deelname aan een kartel. Op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken heeft SiRM de boetes geanalyseerd die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in 2010, 2011 en 2012 heeft opgelegd vanwege deelname aan een kartel. Er is specifiek gekeken naar de afschrikwekkende werking van het boetebeleid en de rol van het wettelijk boetemaximum daarbij.

0.1 GEANALYSEERDE BESLUITEN EN OPGELEGDE BOETES

Er zijn 81 besluiten uit 2010, 2011 en 2012 geanalyseerd voor 18 kartels. SiRM heeft steeds het laatst beschikbare besluit van de ACM gebruikt. De impact van uitspraken van rechters over deze zaken is niet meegenomen.

De basisboete is de boete die de ACM vaststelt op basis van de betrokken omzet, de duur en de ernst van de overtreding. De basisboetes in de besluiten uit 2010, 2011 en 2012 bedroegen in totaal €623 miljoen. De basisboete kan om verschillende redenen worden verlaagd, bijvoorbeeld vanwege het wettelijk boetemaximum of de clementieregeling.

Voor ongeveer een derde van de onderzochte partijen is de uiteindelijk opgelegde boete lager dan de basisboete, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden zou worden. Het wettelijk boetemaximum is nu €450.000 of, als dat hoger is, 10% van de jaaromzet van de deelnemer aan een kartel. De totale verlaging in verband met overschrijding van het wettelijk boetemaximum bedraagt €377 miljoen. Voor de partijen waarvoor de boete verlaagd is vanwege het wettelijk boetemaximum, is de boete gemiddeld ruim 80% verlaagd. Deze hoge verlaging komt doordat de basisboete gekoppeld is aan de duur van het kartel terwijl het wettelijk boetemaximum gekoppeld is aan de jaaromzet. Verlaging van de basisboete wegens overschrijding van het wettelijk boetemaximum vindt daarom vooral plaats bij meerjarige kartels.

0.2 SCHATTING VAN HET VOORDEEL VAN DEELNAME AAN EEN KARTEL

Het berekende voordeel van deelname aan een kartel betreft een ruwe schatting, omdat niet alle specifieke markt- en bedrijfsomstandigheden kunnen worden meegenomen.

Het maximale voordeel van deelname aan een kartel wordt geschat op basis van de verwachte prijsverhoging. De verwachte prijsverhoging is gebaseerd op bevindingen uit de wetenschappelijke literatuur en op de ernst van het kartel zoals die door de ACM in het besluit vastgesteld is. Het minimale voordeel wordt geschat door er vanuit te gaan dat het

effect van prijsverhoging getemperd wordt door lagere volumes; bij hogere prijzen worden meestal minder producten of diensten afgenomen.

Overigens heeft een bedrijf mogelijk nog andere voordelen van deelname aan een kartel, zoals minder druk om te innoveren en minder kosten voor dienstverlening. Dergelijke andere voordelen zijn niet meegewogen.

0.3 VERGELIJKING VAN VOORDEEL EN VERWACHTE BOETES

Het geschatte voordeel van deelname aan een kartel is vergeleken met de verwachte boete. Als voor (potentiële) deelnemers aan een kartel de verwachte boete hoger is dan het voordeel van deelname aan een kartel heeft het boetebeleid een afschrikwekkende werking.

De verwachte boete is de pakkans maal de opgelegde boete. Dit is voor twee scenario's bepaald; een scenario met een pakkans van 15% en een scenario met een zekere pakkans. Voor de hoogte van de boetes zijn de door de ACM opgelegde boetes in 2010, 2011 en 2012 gebruikt. Tabel 0 laat de uitkomsten van deze analyse zien.

Tabel 0 Aandeel van in 2010, 2011 en 2012 beboete partijen waarvoor de verwachte boete hoger is dan het geschatte voordeel van deelname aan het kartel, zodat het boetebeleid een afschrikwekkende werking heeft [procent]

		Schatting van voordeel van deelname aan het kartel	
		Laag	Hoog
Pakkans	1,0	72%	37%
	0,15	2%	2%

Het minimale geschatte voordeel van deelname aan een kartel ligt voor 72% van de partijen onder de boete die de ACM heeft opgelegd. Voor deze 72% van de partijen *kan* de boete dus een afschrikwekkende werking hebben. Echter, de afschrikwekkende werking neemt af naarmate de pakkans en daarmee de verwachte boete lager ingeschat wordt. Bij het maximale geschatte voordeel is voor 98% van de partijen het voordeel hoger dan de verwachte boete.

De werkelijke afschrikwekkende werking van het opsporen van kartels kan hoger zijn dan uitsluitend de verwachte boete, bijvoorbeeld vanwege reputatieschade of door het beboeten van personen die feitelijk leiding gegeven hebben aan een kartel. In dit onderzoek is uitsluitend de werking van de boetes die opgelegd zijn aan deelnemers aan een kartel onderzocht.

0.4 HOGER WETTELIJK BOETEMAXIMUM?

De partijen in een kartel behalen hun voordeel gedurende de duur van het kartel, terwijl het wettelijk boetemaximum gebaseerd is op de omzet in één jaar. Toepassing van het wettelijk boetemaximum leidt daarom vooral voor langdurende kartels tot een lagere afschrikwekkende werking van de boete.

Uit de analyse komt naar voren dat de verlagingen van de basisboetes vanwege het wettelijk boetemaximum ertoe leiden dat voor circa een kwart van de beboete partijen de opgelegde boete lager uitkomt dan het minimale geschatte voordeel, terwijl de boete vóór verlaging hoger was dan het minimale geschatte voordeel. De basisboete is namelijk voor vrijwel alle beboete partijen hoger dan het minimale geschatte voordeel. Zowel de basisboete als het voordeel van het kartel zijn direct gerelateerd aan de betrokken omzet en dus ook aan de duur van het kartel.

Het wettelijk boetemaximum zal vaker leiden tot aanpassing van boetes voor monoproducentondernemingen dan voor conglomeraten. Immers, het boetemaximum is gebaseerd op de jaaromzet van de totale onderneming, dus ook op de omzet uit activiteiten buiten de kartelafspraken.

Met een hoger wettelijk boetemaximum zal de afschrikwekkende werking van boetes voor kartelleden toenemen. Deze toename van de afschrikwekkende werking is uiteraard afhankelijk van de mate van verhoging en van de mate waarin de verhoging van het wettelijk boetemaximum ook daadwerkelijk gerealiseerd kan worden in de boetebesluiten van de ACM. Mogelijk verlaagt de ACM de boete al vanwege andere redenen, waardoor het wettelijk boetemaximum niet relevant is.

Een scenario voor toename van het wettelijk boetemaximum is: van €450.000 naar €900.000 of, als dat hoger is, van 10% naar 15% van de jaaromzet van de beboete deelnemer aan een kartel. Dit scenario leidt tot een beperkte toename van de afschrikwekkende werking. De verhouding tussen het geschatte voordeel en de boete verandert door deze verhoging te weinig om grote impact te hebben. Met andere woorden, voor de meeste partijen waarvoor de basisboete verlaagd is in verband met de overschrijding van het wettelijk boetemaximum is het ingeschatte voordeel van het kartel zo veel hoger dan het wettelijk boetemaximum, dat ook bij een verhoging van het wettelijk boetemaximum (en dus een beperktere verlaging van de boete) de boete niet afschrikwekkend is. Verhoging van het wettelijk boetemaximum naar €900.000 of 15% van de jaaromzet kan leiden tot ruim €40 miljoen aan hogere boetes over 3 jaar. Het totaal aan opgelegde boetes over 2010, 2011 en 2012 zou dan 25% hoger geweest zijn.

Om de afschrikwekkende werking van de boetes te verhogen zou het boetemaximum, net als de basisboete, gekoppeld kunnen worden aan de duur van het kartel. Ook na een eventuele beslissing om het boetemaximum te verhogen moet de ACM uiteraard nog, net

als thans het geval is, de redelijkheid van de boete en de draagkracht voor partijen meewegen bij het bepalen van op te leggen boetes.

INHOUDSOPGAVE

0	Managementsamenvatting.....	2
	0.1 Geanalyseerde besluiten en opgelegde boetes.....	2
	0.2 Schatting van het voordeel van deelname aan een kartel.....	2
	0.3 Vergelijking van voordeel en verwachte boetes.....	3
	0.4 Hoger wettelijk boetemaximum?	4
1	Inleiding.....	7
2	Opbouw van boetes voor kartels.....	9
3	Geanalyseerde besluiten van de ACM.....	12
	3.1 In de database opgenomen besluiten.....	12
	3.2 Opbouw van boetes in de besluiten.....	14
	3.3 Basisboete.....	14
	3.3.1 Betrokken omzet.....	14
	3.3.2 Boetegrondslag.....	15
	3.3.3 Ernstfactor.....	15
	3.3.4 Zeer zware overtredingen.....	16
	3.3.5 Verhogingen en verlagingen van de basisboete.....	16
	3.4 Wettelijk boetemaximum.....	18
	3.5 Clementieregeling.....	19
	3.6 Behoorlijk bestuur.....	19
	3.6.1 Voorkomen faillissement van beboete onderneming.....	19
	3.6.2 Overschrijding wettelijke termijnen.....	19
	3.6.3 Overige verlaging van boetes.....	20
4	Methode om voordeel voor kartelleden te berekenen.....	21
	4.1 Verhoging van de prijs: k	21
	4.2 De operationele winstmarge: m	23
	4.3 De prijselasticiteit: ϵ	24
5	Schatting van voordeel voor kartelleden en afschrikwekkende werking boetes.....	25
	5.1 Voordeel van kartel in verhouding tot betrokken omzet.....	25
	5.2 Voordeel van het kartel in verhouding tot de finale boete.....	26
	5.3 Voordeel van het kartel in verhouding tot de basisboete.....	29
	5.4 Afschrikwekkende werking naast de boetes.....	31
	5.5 Analyse van eerdere besluiten met onherroepelijke boetes.....	31
	5.6 Analyse van mogelijke recidive van overtredingen van de Telecommunicatiewet.....	33
6	Impact van een hoger wettelijk boetemaximum.....	35
	6.1 Boetes bij hoger wettelijk boetemaximum.....	35
	6.2 Impact van een hoger wettelijk maximum op afschrikwekkende werking.....	36
7	Conclusie.....	38
	7.1 Het voordeel van deelname aan een kartel.....	38
	7.2 Verlaging van de basisboete vanwege het wettelijke maximum.....	38
	7.3 Aandeel recidive bij overtredingen Telecommunicatiewet.....	39
	7.4 Discussie aangaande hoger wettelijk boetemaximum.....	39
8	Literatuur.....	41

1 INLEIDING

De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM), en voor haar de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), kan bedrijven die de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet overtreden, beboeten. Een juiste hoogte van de boetes weerhoudt bedrijven en personen ervan om de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet te overtreden.

Het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) heeft SiRM – Strategies in Regulated Markets (hierna: SiRM) gevraagd de boetes van de ACM in kaart te brengen. In het bijzonder is gevraagd om te analyseren of het wettelijk boetemaximum de afschrikwekkende werking niet te veel belemmert. Het wettelijk boetemaximum is nu €450.000 of, als dat hoger is, 10% van de jaaromzet van een onderneming. Indien de door de ACM berekende boete hoger is dan het wettelijk boetemaximum wordt een korting toegepast tot de hoogte van het wettelijk boetemaximum. Naast het analyseren of het wettelijk boetemaximum voldoende afschrikwekkend is, is SiRM gevraagd om de impact van een verhoging van het wettelijk boetemaximum naar €900.000 of, als dat meer is, 15% van de jaaromzet van een onderneming, op de begroting van EZ te onderzoeken.

Het betreft een kort en bondig onderzoek waarvoor bestaande methodes en technieken zijn gebruikt. SiRM heeft een gestructureerde database opgebouwd van besluiten aangaande overtredingen van de Mededingingswet die de ACM in 2010, 2011 en 2012 heeft genomen. De geanalyseerde besluiten zijn steeds het laatste besluit van de ACM. Uitspraken van de rechter zijn niet meegenomen. Daarnaast zijn besluiten geanalyseerd uit 2002 tot en met 2007, waarvoor de boete voor deelnemers aan een kartel na eventueel bezwaar en beroep onherroepelijk is.

Met de informatie uit de besluiten kan het voordeel van een kartel worden geschat. Voor de schatting van het voordeel van het kartel is een bestaande methode gebruikt. Met deze methode wordt uitsluitend het voordeel voor de leden van het kartel geschat. De economische schade van het kartel kan groter zijn dan dit geschatte voordeel. Het geschatte voordeel wordt vervolgens vergeleken met de uiteindelijke boete die is opgelegd. De verhouding zegt iets over de afschrikwekkende werking van een boete. Hierbij dient opgemerkt te worden dat reputatieschade de afschrikwekkende werking van een boete kan verhogen. Daarnaast zullen ook de door de ACM opgelegde boetes aan natuurlijke personen voor feitelijk leidinggeven aan kartelgedrag van een onderneming een afschrikwekkende werking hebben. Deze boetes zijn niet meegewogen in onderhavige analyse.

Naast het onderzoeken van de afschrikwekkende werking van een boete is het hoge aandeel van mogelijke recidive van overtredingen van de Telecommunicatiewet bestudeerd als mogelijke indicatie van een te lage afschrikwekkende werking van opgelegde boetes.

In Hoofdstuk 2 worden de Boetebeleidsregel en de Boetecode op basis waarvan de ACM de boetes berekent, behandeld. In Hoofdstuk 3 worden de besluiten die gebruikt zijn in de analyse besproken, inclusief de stappen in de opbouw van de boetes. De gehanteerde methode om het voordeel van deelname aan een kartel te schatten, wordt besproken in Hoofdstuk 4. De resultaten van het toepassen van de methode op de besluiten van de ACM worden in Hoofdstuk 5 besproken. Daar wordt ook ingegaan op de afschrikwekkende werking van de boetes. Hoofdstuk 6 bevat de conclusies en een discussie over de afschrikwekkende werking en de effecten van een verhoging van het wettelijk boetemaximum.

2 OPBOUW VAN BOETES VOOR KARTELS

Vanaf 1 januari 2010 beboet de ACM overtredingen van het kartelverbod in de Mededingingswet op basis van de “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009” [EZ, 2009] (hierna: Boetebeleidsregel).

De Boetebeleidsregel geldt voor overtredingen die ondernemingen begaan hebben na de inwerkingtreding van de regels per 1 oktober 2009. Overtredingen die begaan zijn voor deze datum vallen nog onder de “Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit 2007” [NMa, 2007] (hierna: Boetecode).

Ongeveer 85% van de geanalyseerde besluiten zijn gebaseerd op de Boetecode. De verschillen tussen de Boetecode en de Boetebeleidsregel worden aangegeven bij de bespreking van de stappen waarmee de ACM boetes berekent.

Op 1 april 2013 zijn de “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM” van kracht geworden [EZ, 2013]. Deze nieuwste beleidsregels zijn niet van toepassing voor dit onderzoek.

De ACM bepaalt eerst een basisboete op basis van de duur van de overtreding, de betrokken omzet en de ernst van de overtreding. Naar gelang er boeteverhogende of -verlagende omstandigheden zijn, kan de basisboete worden aangepast. Vervolgens kan korting worden gegeven vanwege clementie en/of vanwege de uitgangspunten van behoorlijk bestuur. De boete moet worden verlaagd indien deze hoger is dan het wettelijk boetemaximum. Voorts kan de boete worden verlaagd als het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt.

De ACM berekent de boete als volgt:

1. Basisboete
 - a. De betrokken omzet is de totale omzet van kartelleden op de markt waarover prijsafspraken zijn gemaakt gedurende de duur van het kartel.
 - b. De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet.
 - c. De basisboete is dan $E \times$ boetegrondslag, waarbij E de “ernstfactor” is. De ernstfactor bedraagt ten hoogste 5 (in de Boetecode was dat maximaal 3). De factor (E) voor de ernst van de overtreding wordt vastgesteld op basis van de zwaarte van de overtreding en de economische context waarin de overtreding plaatsgevonden heeft. Bij de beoordeling van de

economische context houdt de ACM onder meer rekening met de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreders, het eventuele gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. Tevens houdt de ACM rekening met de (potentiële) afbreuk aan het normale mededingingsproces en de weerslag op de economie die de gedraging in het kartel heeft. Er worden 3 typen overtredingen onderscheiden: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.

- d. Voor zeer zware overtredingen zoals een prijskartel of marktverdelingsafspraken kan de ACM de basisboete (na het toepassen van de ernstfactor) verder verhogen met een basistoeslag van 25% van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding. Daarnaast kan de ACM in specifieke gevallen de basisboete aanpassen met het oog op het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet van deze overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking. (Dit deel bestond niet in de Boetecode).
- e. Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden:
 - i. Bij recidive wordt de boete in beginsel met 100% verhoogd (opgenomen in de Boetebeleidsregel).
 - ii. Andere omstandigheden voor verhoging zijn bijvoorbeeld het belemmeren van het onderzoek of het spelen van een leidinggevende rol in het kartel.
 - iii. Redenen voor boeteverlaging zijn bijvoorbeeld dat de overtreder de getroffen schadeloos stelt of het kartel uit eigen beweging beeindigt.
2. Wettelijk maximum: De uit voorgaande stappen resulterende boete mag niet hoger zijn dan het wettelijk boetemaximum van €450.000, of als dat hoger is, 10% van de jaaromzet van de onderneming. Indien de uit voorgaande stappen resulterende boete hoger is dan het wettelijk boetemaximum wordt door de ACM een korting toegepast tot de hoogte van het wettelijk maximum.
3. Clementie: De ACM kan korting geven aan partijen die de ACM hebben ingelicht over het kartel op basis van haar Richtsnoeren Clementie. Sinds september 2009 gelden de “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels” [EZ, 2009b].

4. Behoorlijk bestuur: Als de ACM wettelijke termijnen overschrijdt, wordt een korting op de boete gegeven. Daarnaast is in de Boetecode expliciet opgenomen dat de ACM een boete kan verlagen om faillissement van een beboete onderneming te voorkomen.

3 GEANALYSEERDE BESLUITEN VAN DE ACM

3.1 IN DE DATABASE OPGENOMEN BESLUITEN

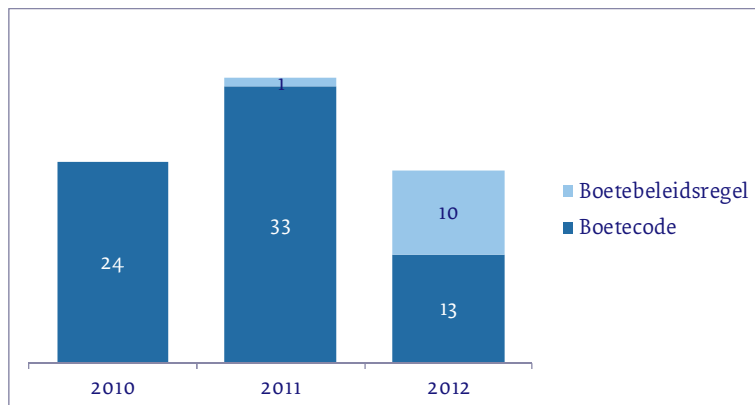
Voor deze opdracht heeft SiRM de gegevens uit besluiten in kartelzaken in 2010, 2011 en 2012 gebruikt. De zaaknummers van de geanalyseerde besluiten zijn door de ACM aan EZ verstrekt. SiRM heeft de besluiten met die zaaknummers in oktober 2013 gedownload van de website van de ACM (tabel 1). Door de ACM opgelegde boetes aan natuurlijke personen voor feitelijk leidinggeven aan kartelgedrag van een onderneming zijn niet meegeteld.

Tabel 1 Kartels en zaaknummers die zijn opgenomen in de analyse.

Jaar besluit	Zaaknummer	Zaaknaam
2010	5965	Isolerend dubbelglas
2010	6274	Midden IJssel (thuiszorg)
2010	6306	Meelfabrieken
2010	6442	WMO Friesland (thuiszorg)
2010	6494/6836	Limburgse bouwzaken
2011	6109	Caraat (thuiszorg)
2011	6425	Glazenwassers
2011	6538	Executieveilingen
2011	6855	Wasserijen
2011	6888	LHV (landelijke huisartsenvereniging)
2011	6929	Zeescheepsafval
2012	6964	Zilveruien
2012	6987	Eerstejaars plantuien
2012	7036	Paprika
2012	7130	Taxivervoer IJsselsteden
2012	7131	Taxivervoer Rijnmond
2012	7249	Slopersbedrijven Rotterdam
2012	7130/7131	Taxivervoer IJsselsteden/Rijnmond

Er zijn 18 kartels geanalyseerd. Voor 81 partijen was het in primo besluit beschikbaar. Voor 35 partijen was naast het in primo besluit een besluit op bezwaar beschikbaar. In de analyses is steeds het laatste besluit van de ACM meegenomen. 48 partijen waren op het peilmoment in beroep en 7 partijen waren in hoger beroep. Voor 15 partijen is de boete die opgelegd is in het besluit de definitieve boete (figuur 1).

Figuur 1 Het aantal boetebesluiten per jaar waarbij de boete vastgesteld is op basis van de Boetebeleidsregel en het aantal zaken waarbij de boete vastgesteld is op basis van de Boetecode.



De besluiten voor 4 partijen zijn niet meegenomen in de analyse van de boetes, omdat die boetebesluiten afwijken. Dit zijn de volgende besluiten:

- Partij A: Partij A valt onder de 3 telcoöperaties en afzetorganisaties van paprika's die in de periode van 2006 tot en met 2009 een prijskartel vormden. Partij A heeft in dit kartel geen omzet behaald met de afzet en verkoop van paprika's, maar heeft slechts een faciliterende rol gehad. Om deze reden is de boete niet op de standaardwijze berekend en heeft de ACM partij A een symbolische boete van €5000,- opgelegd.
- Partij B1 en partij B2 (samen een partij): Deze taxivervoerders hebben in de periode van 2007 tot en met 2010 overeenkomsten gesloten met partij C. In deze overeenkomsten maakten zij afspraken over wie van hen in de regio Rotterdam zou inschrijven bij aanbestedingen van contractueel taxivervoer. Aangezien partij B in staat van faillissement verkeerde op het moment van het uitbrengen van het in primo besluit is geen boete berekend volgens de in Hoofdstuk 2 geschetste systematiek, maar is een symbolische boete opgelegd van €1000,-.
- In de zaak Caraat (thuiszorg) zijn de besluiten herroepen in bezwaar. Partijen D en E krijgen dus geen boete.

Door bovenstaande partijen niet mee te nemen in de analyse zijn de gegevens van 77 partijen over 17 kartels geanalyseerd. Voor 44 partijen was het in primo besluit de informatiebron. Voor 33 partijen was het besluit op bezwaar de bron van gegevens.

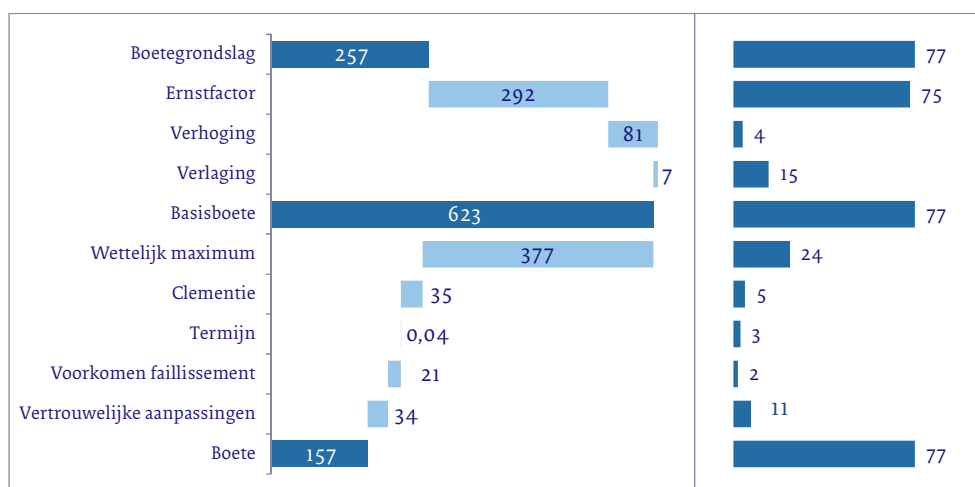
3.2 OPBOUW VAN BOETES IN DE BESLUITEN

SiRM heeft alle stappen om tot de uiteindelijke boete te komen opgenomen in een database. In de meeste gevallen is de ACM transparant over tussenstappen. In sommige gevallen konden tussenstappen herleid worden uit overige informatie in het besluit. Er is geen rekening gehouden met nog lopende beoordelingen in zaken van hardheidsverzoeken, bezwaar en eventuele rechterlijke matiging (of vernietiging) in beroep.

Het bedrag aan boetes dat de ACM in 2010, 2011 en 2012 in kartelzaken heeft opgelegd, is €157 miljoen (figuur 2). De basisboetes waren in totaal €623 miljoen. Er is voor €466 miljoen aan kortingen op basisboetes gegeven. Verreweg het grootste deel van de kortingen, €377 miljoen, is vanwege overschrijding van het wettelijk boetemaximum. Bij 24 besluiten is de boete op grond hiervan aangepast.

Hieronder worden de resultaten besproken van de stappen, waarmee de ACM de hoogte van de boete bepaalt.

Figuur 2 Opbouw van boetes voor leden van kartels opgenomen in de besluiten van de ACM tussen 2010 en 2012 (Euro, miljoen) en besluiten waarin de desbetreffende aanpassing van de boete is gemaakt (aantal).



3.3 BASISBOETE

3.3.1 Betrokken omzet

De ACM berekent de betrokken omzet van de overtreder op basis van de duur van de overtreding. De betrokken omzet wordt gedefinieerd als de opbrengst die tijdens de totale duur van een overtreding behaald is met de levering van goederen en diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over

de omzet geheven belastingen. De betrokken omzet varieerde van €7.200,- tot een betrokken omzet van ongeveer €1 miljard. De gemiddelde betrokken omzet bedroeg circa €73,5 miljoen.

De minimale duur van de overtreding bedroeg bijna 2 maanden, de maximale duur 154 maanden en de gemiddelde duur 45 maanden.

3.3.2 Boetegrondslag

De boetegrondslag wordt afgeleid van de betrokken omzet. De ACM hanteert een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet van de overtreder. Bij 21 partijen is een ander percentage of een andere wijze van berekenen gehanteerd:

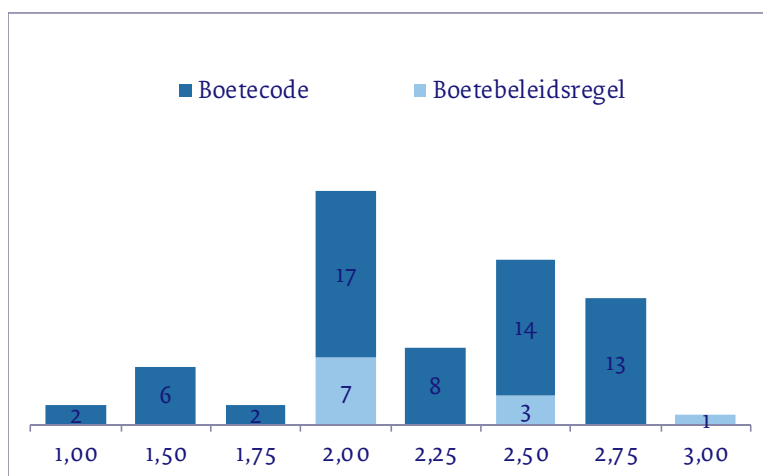
- Voor de handelaren op executieveilingen is een boetegrondslag van 1% gehanteerd. De handelaren maakten afspraken om huizenveilingen te manipuleren en overtraden hiermee het kartelverbod. De boetegrondslag is 1% in plaats van 10%, omdat er sprake is van een inkoopkartel in plaats van een verkoopkartel. De ACM heeft de boetegrondslag van 1% gemotiveerd uit een parallel met aanbestedingsregels.
- Bij partij F is de boetegrondslag gezien de hoge omzet op een andere wijze berekend (een vermenigvuldiging van de duur van de overtreding met €750.000).
- In de zaken taxivervoer (IJsselsteden en Rijnmond) is voor 4 partijen een andere berekening toegepast. De boetegrondslag is 5% van de betrokken omzet. De ACM motiveert dit als volgt: De taxibedrijven hebben twee overeenkomsten gesloten die naast elkaar bestonden. Eén overeenkomst met alle taxibedrijven had een grotere restrictieve impact op de mededinging gehad. In dat geval zou de gebruikelijke 10% gehanteerd zijn.

3.3.3 Ernstfactor

De ACM bepaalt de basisboete door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een factor (E) voor de ernst van de overtreding. De ernstfactor wordt vastgesteld op basis van de zwaarte van de overtreding en de economische context, waarin de overtreding plaatsgevonden heeft (figuur 3). Totaal leidt dit tot een verhoging van de boetegrondslag met €292 miljoen, ofwel een gemiddelde ernstfactor van 2,1.

Voor 2 partijen is geen ernstfactor toegepast. Het betreft 2 individuele taxivervoerders in de zaken Taxivervoer IJsselsteden en Rijnmond, voor wie de boete op een andere wijze berekend is en waarbij de ernstfactor niet expliciet gemaakt is.

Figuur 3 Frequentieverdeling van de toegepaste ernstfactor, waarbij de Boetecode en Boetebeleidsregel zijn toegepast.



3.3.4 Zeer zware overtredingen

Onder de Boetebeleidsregel kan de ACM in het geval van een zeer zware overtreding de basisboete (na het toepassen van de ernstfactor) verder verhogen met maximaal 25% van de betrokken omzet die de onderneming in het laatste jaar van (haar deelname aan) de overtreding behaald heeft. In de besluiten van 2010, 2011 en 2012 is een dergelijke verhoging van de basisboete niet toegepast.

3.3.5 Verhogingen en verlagingen van de basisboete

Recidive. Conform de Boetebeleidsregel moet de boete in beginsel met 100% worden verhoogd wanneer er sprake is van een recidive. Er is sprake van een recidive wanneer de ACM of een andere bevoegde autoriteit, waaronder de Europese Commissie of een rechterlijke instantie, reeds eerder onherroepelijk een zelfde of een vergelijkbare door de overtreder begane overtreding heeft vastgesteld. In de besluiten van 2010, 2011 en 2012 is een verhoging met 100% vanwege een recidive niet toegepast in zaken waarbij de Boetebeleidsregel van toepassing is.

In de zaken waarbij de Boetecode van toepassing is, is eenmaal een verhoging vanwege recidive toegepast. Dit betreft een verhoging van de boete vanwege recidive voor partij G, een Limburgse bouwzaak. De boete is vastgesteld op €3 miljoen om een preventieve werking te garanderen. Daarmee is de boete bijna 10 maal hoger dan de boetegrondslag maal de ernstfactor.

Verhogingen. Bij 5 partijen in 3 zaken is de basisboete verhoogd:

- In de Limburgse bouwzaken is voor partij G naast de verhoging vanwege recidive (een verhoging met 100%, resulterend in een boete van ruim €500.000,-) een extra verhoging toegepast om de preventieve werking te garanderen (een verhoging naar €3.000.000). De basisboete van partij H is met 30% verhoogd, omdat de partij zich te weinig aangetrokken heeft van de impact van de bouwfraude op de economie.
- Voor 1 van de 14 partijen van het kartel van meelfabrieken, partij I, is het bedrag van verhoging niet bekend, aangezien zowel een verhoging als een verlaging toegepast is, maar het bedrag van verhoging en het bedrag van verlaging niet genoemd worden in het besluit. De verhoging voor deze partij was 20%, omdat zij een coördinerende rol in het kartel speelde. Een andere meelfabriek, partij J, kreeg een verhoging van 50% vanwege de leidende rol in het kartel.
- Voor partij F heeft de ACM de boete verhoogd, omdat deze partij goed op de hoogte was van de grenzen in de Mededingingswet (10%) en een afspraak had gemaakt die tegen de wetgeving in gaat (5%).

Het totale bedrag van verhoging voor de 4 partijen waarvoor dat bekend is, bedraagt €81,5 miljoen.

Verlagingen. De ACM heeft de basisboete 16 keer verlaagd¹

- Voor 4 partijen is de boete verlaagd met 25%. Het betreft kartels in de thuiszorg in de gebieden Friesland en Midden IJssel. De ACM stelt daarmee rekening te houden met de opgelegde omslag naar marktwerking van de partijen in de thuiszorg en met nog geldende regulering die een begrenzing vormde voor de mogelijkheden tot prijsopdrijving.
- Voor 11 partijen is de boete verlaagd vanwege een geringere betrokkenheid bij bepaalde handelingen. Bij 1 van de glazenwassers is de boete verlaagd naar €1,- gezien de persoonlijke omstandigheden van de persoon.
- Voor partij I is het bedrag van verlaging niet bekend, omdat alleen het saldo van verhoging en verlaging opgenomen is in het besluit.

Het totale bedrag van verlaging voor de 15 partijen waarvoor de verlaging in het besluit gemeld is, is €7,1 miljoen.

¹ Dit is exclusief eventuele verlaging vanwege overschrijding van het wettelijk boetemaximum, clementie of behoorlijk bestuur. Dergelijke verlagingen worden eerst na vaststelling van de basisboete toegepast.

3.4 WETTELIJK BOETEMAXIMUM

Voor 24 partijen in 8 kartels is de boete verlaagd, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden werd. Het wettelijk boetemaximum bedraagt ten hoogste €450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan het besluit. De ACM kan de boete verder verlagen als het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt.

Totaal bedraagt de boeteverlaging wegens het wettelijk boetemaximum €377 miljoen (tabel 2). De boete voor de 25 partijen met een verlaging vanwege het wettelijk boetemaximum wordt daarmee met 80% verlaagd van €470 miljoen naar €93 miljoen.

- Voor 9 partijen is de boete op grond van het wettelijk boetemaximum verlaagd naar €450.000. De totale boeteverlaging voor deze partijen is €15,5 miljoen. Het betreft 8 partijen in de zaak executieveilingen en 1 partij in de zaak wasserijen.
- Voor 16 partijen is de boete op grond van het wettelijk boetemaximum verlaagd naar 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. De totale boeteverlaging voor deze partijen is €362,0 miljoen ofwel 81% van de in de voorliggende stap berekende boete. Overigens is bijna 90% van de verlaging toe te rekenen aan 4 partijen. Dat zijn partijen met een hoge basisboete vanwege meerjarige deelname aan een kartel. Bij 2 partijen in de zaak eerstejaars plantuien was 10% van de omzet lager dan €450.000, maar is de boete niet naar €450.000 aangepast.

Tabel 2. Partijen waarvoor de boete is aangepast, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden zou worden.

Jaar van besluit	Zaak-nummer	Zaaknaam	Partijnaam	Basisboete	Korting vanwege boetemaximum	Boete-bedrag na korting vanwege boetemaximum
2010	6306	Meelfabrieken	Partij K	28.067.826	5.263.701	22.804.125
2010	6306	Meelfabrieken	Partij L	7.705.038	4.212.992	3.492.046
2010	6306	Meelfabrieken	Partij J	232.772.100	204.045.100	28.727.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 1	957.320	507.320	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 2	911.563	461.563	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 3	3.265.625	2.815.625	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 4	678.923	228.923	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 5	610.235	160.235	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 6	745.405	295.405	450.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 7	637.953	187.953	450.000
2011	6855	Wasserijen	Partij M	101.421.618	87.994.901	13.426.717
2011	6855	Wasserijen	Partij N	6.013.250	3.869.597	2.143.653
2011	6855	Wasserijen	Partij O	2.543.466	2.093.466	450.000
2011	6855	Wasserijen	Partij P	26.566.205	24.222.512	2.343.693
2011	6929	Zeescheepsafval	Partij Q	1.106.213	271.913	834.300
2012	6987	Eerstejaars plantuien	Partij R	367.186	107.186	260.000
2012	6987	Eerstejaars plantuien	Partij S	912.838	312.838	600.000
2012	6987	Eerstejaars plantuien	Partij T	231.230	90.230	141.000
2012	7130	Taxivervoer IJsselsteden	Partij C	9.705.483	5.141.243	4.564.240
2012	6964	Zilveruien	Partij U	4.744.850	3.732.533	1.012.317
2012	6964	Zilveruien	Partij V	3.589.930	3.139.930	450.000
2012	6964	Zilveruien	Partij W	5.063.824	4.613.824	450.000
2012	6964	Zilveruien	Partij X	12.587.300	6.312.025	6.275.275
2012	6964	Zilveruien	Partij Y	17.564.984	16.425.004	1.139.980
			24 zaken			
			totaal	468.770.362	376.506.016	92.264.346

3.5 CLEMENTIEREGELING

Op grond van de clementieregeling kan een karteldeelnemer strafvermindering krijgen als hij het kartel meldt bij de ACM. In de onderzochte zaken is bij 5 partijen een verlaging wegens clementie toegepast:

- Voor 1 van de 4 partijen in de zaak Isolerend dubbelglas, partij Z, is de boete op basis van de clementieregeling kwijtgescholden. Een andere partij in de zaak Isolerend dubbelglas, partij AA, heeft 30% korting vanwege clementie gekregen, omdat zij als tweede vrijwillig informatie aan de ACM verstrekt heeft.
- 3 van de 14 meelfabrieken hebben korting vanwege clementie gekregen, omdat ze vrijwillig informatie aan de ACM hebben verstrekt. Voor de eerste partij die informatie heeft verstrekt bedraagt de korting 80%, voor de tweede partij bedraagt de korting 30% en voor de derde partij bedraagt de korting 10%.

Het totale bedrag van verlaging op grond van de clementieregeling is €35,3 miljoen.

3.6 BEHOORLIJK BESTUUR

3.6.1 Voorkomen faillissement van beboete onderneming

Voor 2 partijen in de zaak Paprika zijn de boetes verlaagd naar een door de ACM bepaald bedrag (€7 miljoen), omdat de bedrijven een hogere boete niet konden dragen. Het totale bedrag van verlaging wegens het voorkomen van faillissement bedraagt €20,7 miljoen op een basisboete van €34,7 miljoen.

3.6.2 Overschrijding wettelijke termijnen

De ACM kan een verlaging van boetes geven wegens overschrijding van wettelijke termijnen. De wettelijke termijn wordt zaakspecifiek beoordeeld, waarbij voor een zaak waarin sprake is van een overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet, een termijn van 2 jaar voor bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar, in beginsel redelijk is.

Op grond van deze wettelijke termijn is in 3 zaken een verlaging wegens overschrijding van de wettelijke termijn toegepast. Het totale bedrag van verlaging wegens overschrijding van de wettelijke termijn is €40.000,-.

3.6.3 Overige verlaging van boetes

Ten slotte is in 11 zaken de boete na het doorlopen van alle stappen van de boeteberekening een verlaging vanwege vertrouwelijke redenen toegepast. Het totale bedrag van verlaging vanwege vertrouwelijke redenen is €33,6 miljoen. Een mogelijke vertrouwelijke reden is het voorkomen van faillissement van de partij.

Voor 5 partijen zijn de boetes in de voorlaatste stap bijgesteld naar het wettelijk boetemaximum en daarna vanwege vertrouwelijke redenen nog verder verlaagd (tabel 3). Verlagingen vanwege clementie of het overschrijden van termijnen door de ACM vallen niet onder vertrouwelijke redenen.

Tabel 3 Overzicht van de partijen van wie de boete is gemaximeerd tot het wettelijk boetemaximum en die daarna nog een verlaging vanwege vertrouwelijke redenen hebben gehad.

Jaar van besluit	Zaak-nummer	Zaaknaam	Partijnaam	Basisboete	Aanpassing naar wettelijk boetemaximum	Uiteindelijke boete na vertrouwelijke aanpassingen
2010	6306	Meelfabrieken	Partij J	232.772.100	28.727.000	9.000.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 5	610.235	450.000	225.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 2	911.563	450.000	225.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 4	678.923	450.000	225.000
2011	6538	Executieveilingen	Handelaar 7	637.953	450.000	5.000

4 METHODE OM VOORDEEL VOOR KARTELLEDEN TE BEREKENEN

Hieronder wordt de gebruikte methode om het voordeel voor kartelleden te berekenen summier weergegeven. Voor de onderbouwing daarvan wordt verwezen naar Combe & Monnier [Combe & Monnier, 2009] en Bruegel [Bruegel, 2013].

De ACM, noch andere mededingingsautoriteiten, stellen het voordeel van deelname aan een kartel vast. Dat is ook niet nodig voor het opleggen van een boete.

De meest voor de hand liggende voordelen van deelname aan een kartel zijn de extra inkomsten door prijsverhoging. Dit zou echter een overschatting zijn, omdat de prijsverhoging kan leiden tot lagere afzetvolumes. De impact daarvan is sterker in bedrijfstakken met hogere winstmarges. Op basis van deze drie parameters (prijsverhoging door karteldeelner, prijselasticiteit en gebruikelijke operationele winstmarge) is het voordeel van een kartel te schatten. Het betreft een ruwe schatting, omdat de specifieke markt- en bedrijfsomstandigheden niet worden meegenomen. Overigens heeft een bedrijf mogelijk nog andere voordelen van deelname aan een kartel, zoals minder druk om te innoveren en minder kosten voor dienstverlening. Die andere voordelen zijn niet meegewogen.

Het voordeel uit de overwinst die bedrijven met een kartel behalen, wordt geschat door de betrokken omzet gedurende de gehele periode dat het kartel actief geweest is te vermenigvuldigen met de factor f . Deze factor wordt geschat met de volgende formule:

$$f(k, \varepsilon, m) = \frac{k[(1+m)(1-\varepsilon k) - \varepsilon m]}{(1+m)(1+k)(1-\varepsilon k)}$$

De definities van de symbolen zijn als volgt:

- k de verhoging van de prijs door de deelnemer aan het kartel
- m de gebruikelijke operationele winstmarge voor de sector van het kartel
- ε de prijselasticiteit

Hieronder worden de parameters nader toegelicht en wordt uitgewerkt hoe de parameters geschat zijn.

4.1 VERHOOGING VAN DE PRIJS: k

Kartelleden verhogen over het algemeen hun prijs. Hoe hoger de prijsverhoging k is, hoe hoger het voordeel voor de kartelleden is.

In de analyses van Combe & Monnier wordt ervan uitgegaan dat alle kartels de prijzen verhogen met 20%, tenzij specifieke informatie beschikbaar is. Bruegel gaat uit van een prijsverhoging van 20% voor alle kartels. In de besluiten van de ACM is geen informatie over de prijsverhoging opgenomen. Voor dit onderzoek is de prijsverhoging daarom geschat op basis van de ernstfactor. Omdat in het berekenen van de ernstfactor de weerslag die de gedraging in het kartel op de economie heeft, wordt meegenomen, is er vanuit gegaan dat een hogere ernstfactor samenhangt met een hogere prijsverhoging.

Om de relatie tussen de ernstfactor en de prijsverhoging te bepalen zijn een aantal ijkpunten genomen.

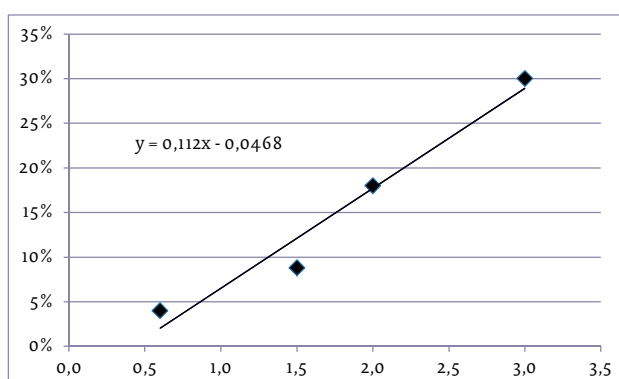
- De laagste ernstfactor in de geanalyseerde besluiten was 0,6². Er is aangenomen dat dit gepaard ging met een prijsverhoging van 4,0%.
- De prijsverhoging in de bouwfraudezaken is geschat op 8,8%. De ernstfactor voor de 2 besluiten in de Limbourse bouwzaken was 1,5.
- De mediane prijsverhoging die kartels weten te bewerkstelligen is 18%. Dit volgt uit een economisch onderzoek naar kartels binnen een land (zie Combe & Monnier). De meeste kartels in de geanalyseerde besluiten hebben een ernstfactor van 2,0.
- Internationale kartels laten een gemiddelde prijsverhoging van meer dan 30% zien. Dat gemiddelde is hier genomen als bovengrens voor nationale kartels. Dat is lager dan prijsverhogingen van meer dan 40% die volgens Combe & Monnier ook geobserveerd zijn. Er wordt van uitgegaan dat deze prijsverhoging wordt behaald voor kartels met een ernstfactor van 3,0, de hoogste ernstfactor die de ACM heeft toegepast.

De verwachte prijsverhoging k volgt uit de geschatte lineaire relatie tussen de ernst van het kartel en de prijsverhoging (figuur 4). De prijsverhoging is dus geschat op basis van onderzoek naar kartels in andere landen. Er wordt aangenomen dat vergelijkbare prijsverhogingen in Nederland mogelijk zijn.

Met deze methode en de in de besluiten vermelde ernstfactoren kwam de prijsverhoging gemiddeld op 17%. Dat is lager dan de prijsverhoging van 20% waarmee in vergelijkbare onderzoeken vaak gerekend wordt.

² Dat is inclusief besluiten met onherroepelijke boetes in 2008 en 2009.

Figuur 4 Gebruikte lineaire relatie tussen ernstfactor (x-as) en prijsverhoging (y-as).



4.2 DE OPERATIONELE WINSTMARGE: M

De operationele winstmarge is de operationele winst (dus vóór rente en bijzondere baten) in de sector waarin het kartel actief is, als er geen kartel zou zijn geweest. Wanneer de operationele winstmarge al hoog is, valt er minder voordeel in een kartel te halen. Daarom geldt dat hoe hoger de operationele winstmarge m is, hoe lager het voordeel voor de kartelleden is.

Voor sommige kartels is al informatie beschikbaar over de operationele winstmarge. Voor de meeste onderzochte kartels is deze parameter echter moeilijk te schatten, omdat er geen publieke gegevens over de specifieke markt beschikbaar zijn (tabel 4). In die gevallen is 17% genomen. 17% is de gemiddelde operationele marge van meer dan 6.000 bedrijven verdeeld over bijna 90 sectoren (Damadoran, 2013).

Tabel 4 Schatting van operationele marge van sector per kartel

Kartel / Sector	Schatting van de operationele marge (%)	Bron
Taxivervoer	14%	Rabobank sectorstudie Taxibedrijven
Landbouw (excl. Tuinbouw)	6%	LEI (Wageningen UR) en CBS, "Land- en tuinbouwcijfers 2012" geven aan dat de winstgevendheid in de land- en tuinbouw laag is. Wij schatten de operationele marge op 6%.
Overige sectoren	17%	Damadoran, "Margins by sector - january 2013", A Damadoran 2013, (gebaseerd op gegevens van 6.177 bedrijven).

4.3 DE PRIJSELASTICITEIT: ϵ

De prijselasticiteit van de vraag is de mate waarin de gevraagde hoeveelheid als gevolg van een prijsverandering van het product verandert. De specifieke prijselasticiteit voor de producten waarover kartelleden afspraken hebben gemaakt, is moeilijk te bepalen. Voor de prijselasticiteit wordt daarom, net als bij Combe & Monnier, gewerkt met twee scenario's:

- Laag scenario: Prijselasticiteit 0 ($\epsilon = 0$). In dit scenario is er geen invloed van de prijs op de vraag. Hiermee is het voordeel van een prijsverhoging voor de kartelleden hoog.
- Hoog scenario: Prijselasticiteit 2 ($\epsilon = -2$). Dit scenario stelt dat een prijsstijging leidt tot minder vraag naar de producten of diensten van het kartel. Een prijselasticiteit van 2 is een gebruikelijke bovengrens voor prijselasticiteit; uit de meeste onderzoeken volgt een lagere prijselasticiteit. Een scenario met een prijselasticiteit van 2 geeft daarom een ondergrens voor het voordeel voor de kartelleden.

5 SCHATTING VAN VOORDEEL VOOR KARTELLEDEN EN AFSCHRIKWEKKENDE WERKING BOETES

Uit de 75 besluiten waarvoor in Hoofdstuk 3 de opbouw van de boetes geanalyseerd is, zijn nog 15 besluiten verwijderd. Het voordeel van deelname aan een kartel is daarom geschat voor 60 partijen:

- Van 2 individuele taxibedrijven was de opbouw van de boete niet duidelijk genoeg om de schatting te kunnen berekenen.
- De boetebesluiten voor 13 partijen in de zaak executieveilingen zijn ook niet meegenomen in de analyse. Het gaat in deze zaak om een inkoopkartel, terwijl de methode om te schatten gebaseerd is op kartels die de prijs op een markt verhogen.

5.1 VOORDEEL VAN KARTEL IN VERHOUDING TOT BETROKKEN OMZET

Het voordeel van de kartels voor kartelleden in 2010, 2011 en 2012 wordt geschat tussen bijna 5% en ruim 20% van de betrokken omzet.

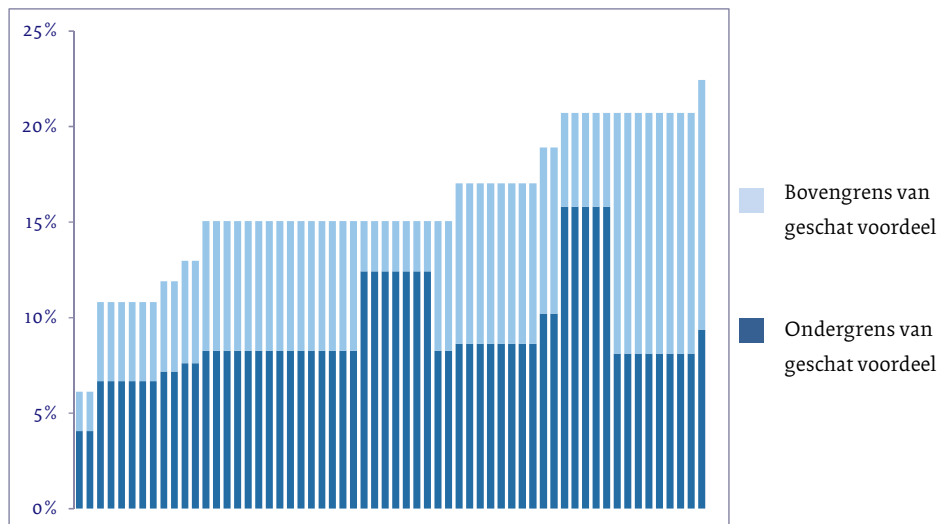
Dit is het bereik van de parameter f , zoals gedefinieerd in Hoofdstuk 4. De parameter f is de verhouding tussen het voordeel uit deelname aan het kartel en de betrokken omzet. Dat wordt vooral bepaald door de prijsverhoging die het kartel weet te realiseren. Daarbij wordt gecorrigeerd voor vraaguitval bij hogere prijzen en voor de operationele winstmarge als het bedrijf niet deel zou nemen aan het kartel.

De operationele winstmarge is gesteld op de gemiddelde waarde van 17%, tenzij specifieke gegevens voor de sector bekend zijn. De prijsverhogingen zijn gekoppeld aan de ernstfactor. Hoe hoger de ernstfactor, hoe sterker de prijsverhoging. Voor de prijselasticiteit zijn twee uiterste waarden genomen (figuur 5):

- Ondergrens: Bij een prijselasticiteit van 2 (epsilon = -2) (een hoge invloed van de prijs op de vraag en hiermee de ondergrens voor het voordeel voor kartelleden) loopt het voordeel van 4% tot 16% van de betrokken omzet.
- Bovengrens: Bij prijselasticiteit 0 (epsilon = 0) (geen invloed van de prijs op de vraag en hiermee de bovengrens voor het voordeel voor kartelleden) loopt het voordeel van 6% tot 22% van de betrokken omzet.

Deze schatting van het voordeel van het kartel staat los van de kans dat het kartel gevonden en beboet wordt.

Figuur 5 Geschat voordeel van deelname aan het kartel in verhouding tot de betrokken omzet (alpha=1,0). Ondergrens bij hoge prijselasticiteit (epsilon= -2), bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon=0). Iedere staaf in de grafiek is een beboete partij.



5.2 VOORDEEL VAN HET KARTEL IN VERHOUDING TOT DE FINALE BOETE

De verhouding tussen het voordeel van het kartel en de verwachte waarde van de boete (hierna: voordeelfactor) is een maat voor de afschrikwekkende werking van het boetebeleid.

Hierbij wordt een eventuele extra afschrikwekkende werking als gevolg van de boete die aan de onderneming wordt opgelegd, bijvoorbeeld door reputatieschade voor betrokken ondernemingen niet meegerekend.

De voordeelfactor v is als volgt gedefinieerd:

$$v = \frac{f(k, \varepsilon, m)}{\alpha \times b}$$

De definities zijn als volgt:

- f het voordeel van deelname aan het kartel (zie Hoofdstuk 4)
- α de kans dat het kartel ontdekt en beboet wordt (pakkans)
- b de boete die de ACM oplegt.

De verwachte waarde van de boete is hier dus benaderd door de pakkans te vermenigvuldigen met de door de ACM opgelegde boetes.

De voordeelfactor kan groter of kleiner dan 1 zijn:

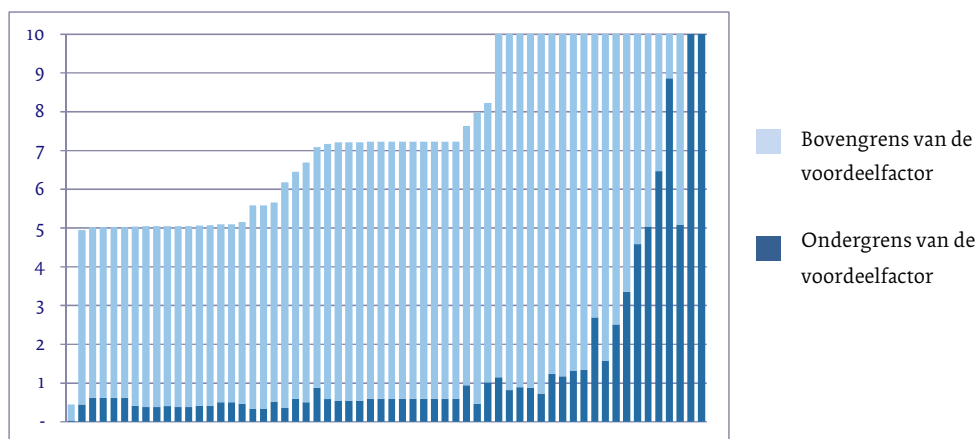
- Bij een voordeelfactor > 1 is het voordeel van het kartel hoger dan de boete en heeft de boete geen afschrikwekkende werking. De interpretatie hiervan hangt af van de kans op ontdekking en beboeting van het kartel (alpha):
 - Bij zekere ontdekking en beboeting van het kartel (alpha = 100%) houdt een voordeelfactor > 1 in dat het kartel in alle gevallen (zowel bij ontdekking als bij geen ontdekking van het kartel) lucratief is.
 - Bij een kans van 15% op ontdekking en beboeting van het kartel (alpha = 15%) houdt een voordeelfactor > 1 in dat de verwachte waarde van het voordeel voor de kartelleden positief is. Echter, voor de partijen waarbij het kartel ontdekt en beboet wordt, kan het zijn dat de boete wel hoger is dan het voordeel van het kartel. Dit is omdat voor deze partijen, ondanks de laag geschatte kans op ontdekking en beboeting van het kartel, het kartel gevonden en beboet is.
- Bij een voordeelfactor < 1 is het voordeel van het kartel lager dan de boete en heeft de boete een afschrikwekkende werking.

Er zijn twee voordeelfactoren berekend:

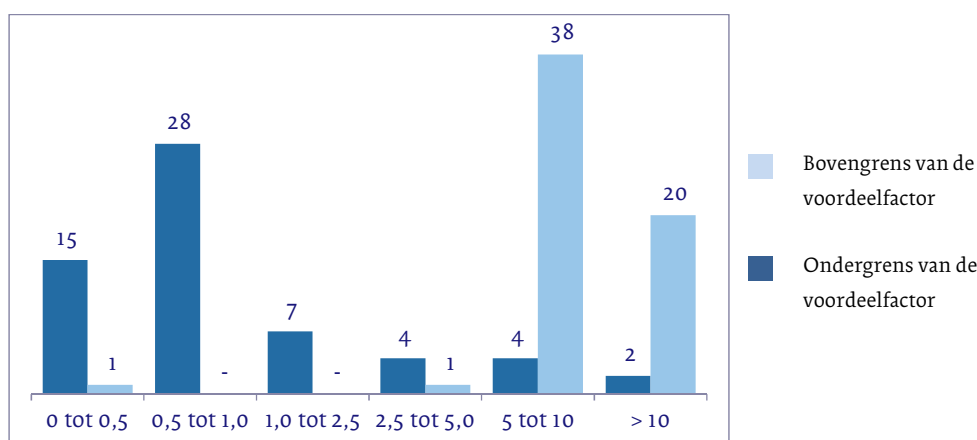
- Een ondergrens van het voordeel van het kartel: een hoge prijselasticiteit (epsilon = -2) en volledige zekerheid dat het kartel gevonden en beboet wordt (alpha = 100%).
- Een bovengrens van het voordeel van het kartel: geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en 15% kans dat het kartel gevonden en beboet wordt (alpha = 15%)

De ondergrens van de voordeelfactor loopt van 0,3 (op één lagere waarde van 0,04 na) tot een waarde hoger dan een miljoen. De bovengrens loopt van 5 (op één lagere waarde van 0,5 na) tot waarden boven een miljoen (figuur 6, 7). De zeer hoge waarden van de voordeelfactor betreffen partijen waarvoor de boete is verlaagd vanwege het wettelijk boetemaximum. Dit betekent dat de partijen met een verlaging van de boete vanwege het wettelijk maximum het grootste voordeel van het kartel lijken te hebben.

Figuur 6 Voordeelfactor (waarde van het kartel gedeeld door de finale boete). Ondergrens bij hoge prijselasticiteit (epsilon = -2) en zekerheid van ontdekking en beboeting (alpha = 100%). Bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en kans van 15% op ontdekking en beboeting (alpha = 15%). Iedere staaf in de grafiek is een beboete partij.



Figuur 7 Frequentieverdeling van de onder- en bovengrens van de voordeelfactor per beboete partij (zie voorgaande figuur). Ondergrens bij hoge prijselasticiteit (epsilon = -2) en zekerheid van ontdekking en beboeting (alpha = 100%). Bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en kans van 15% op ontdekking en beboeting (alpha = 15%).



Uit figuur 6 en 7 volgt dat voor kartelleden het voordeel van het kartel hoger kan zijn dan de boete voor het kartel, zelfs als wordt uitgegaan van de ondergrens voor de schatting van het voordeel van deelname aan een kartel (een prijsstijging leidt tot een grote vermindering van de vraag (hoge prijselasticiteit) en er is sprake van een zekere ontdekking en beboeting):

- Voor 17 van de 60 partijen was de ondergrens van de geschatte voordeelfactor hoger dan 1. Deze partijen hebben dan ook vrijwel zeker voordeel gehad van de

deelname aan het kartel, ook als zij van tevoren rekening gehouden hadden met de boete.

- Voor 43 van de 60 partijen was de ondergrens van de voordeelfactor lager dan 1 en is er mogelijk een afschrikwekkende werking van de boete. Stel dat de ondergrens inderdaad het voordeel van deelname aan het kartel weergeeft, dan had de boete voor deze zaken een afschrikwekkende werking. Als het voordeel (zoals de deelnemers aan het kartel dat zelf inschatten) hoger ligt, kan het zijn dat de boetes niet afschrikwekkend zijn, ook als er rekening wordt gehouden met de boetes. Dit kan het geval zijn bij lagere prijselasticiteit en/of hogere prijsverhoging dan de aannames.

In slechts 1 geval (een Limburgse bouwzaak) was de bovengrens van de voordeelfactor kleiner dan 1 en is de boete dus in alle gevallen afschrikwekkend. Het ging daarbij om een door de ACM sterk verhoogde boete om de afschrikwekkende werking groter te maken, terwijl de partij, partij G, een relatief lage betrokken omzet had.

Bij een lage schatting van het voordeel van deelname aan een kartel, is ongeveer 72% van de boetes hoger dan het voordeel van deelname aan het kartel. Bij een hoge schatting geldt dat slechts voor 1 uitzonderlijk geval.

5.3 VOORDEEL VAN HET KARTEL IN VERHOUDING TOT DE BASISBOETE

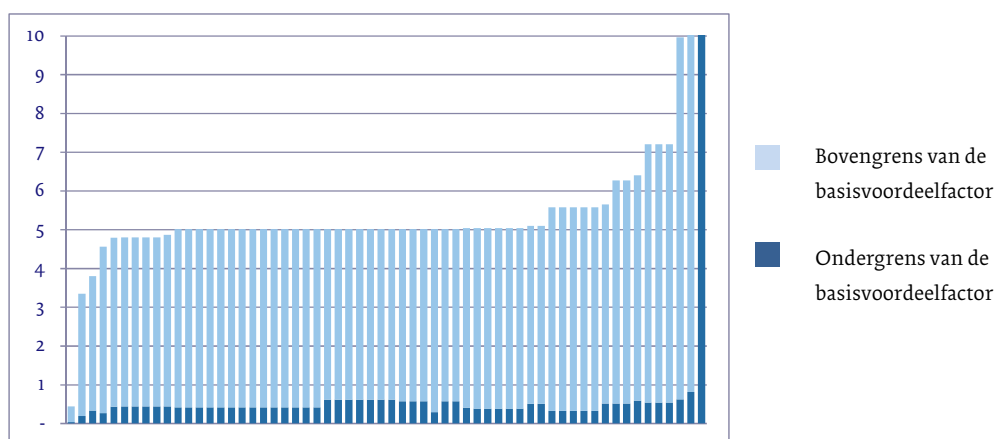
Het voordeel van het kartel is voor iedere beboete partij ook vergeleken met de basisboete (hierna: basisvoordeelfactor). In de basisboete zit alle informatie over de ernst van het kartel en de rol die een bedrijf daarin gespeeld heeft, verwerkt. De basisboete is de boete vóór aanpassingen vanwege het wettelijk boetemaximum, de clementieregeling of andere redenen. Die redenen hebben niets te maken met het voordeel van het kartel, terwijl de basisboete waarschijnlijk via de boetegrondslag en ernstfactor is gekoppeld aan het voordeel van deelname aan een kartel. De berekening voor de onder- en bovengrens van de basisvoordeelfactor is hetzelfde als de berekening voor de voordeelfactor.

De ondergrens van de basisvoordeelfactor, waarin de prijselasticiteit hoog is en er volledige zekerheid is dat het kartel gevonden en beboet wordt, loopt van 0,2 (op één lagere waarde van 0,04 na) tot een waarde hoger dan een miljoen. De bovengrens van de basisvoordeelfactor, waarin geen invloed is van de prijs op de vraag en de kans dat het kartel gevonden en beboet wordt 15% is, loopt van 3,4 (op één lagere waarde van 0,5 na) tot waarden boven een miljoen (figuur 8, 9).

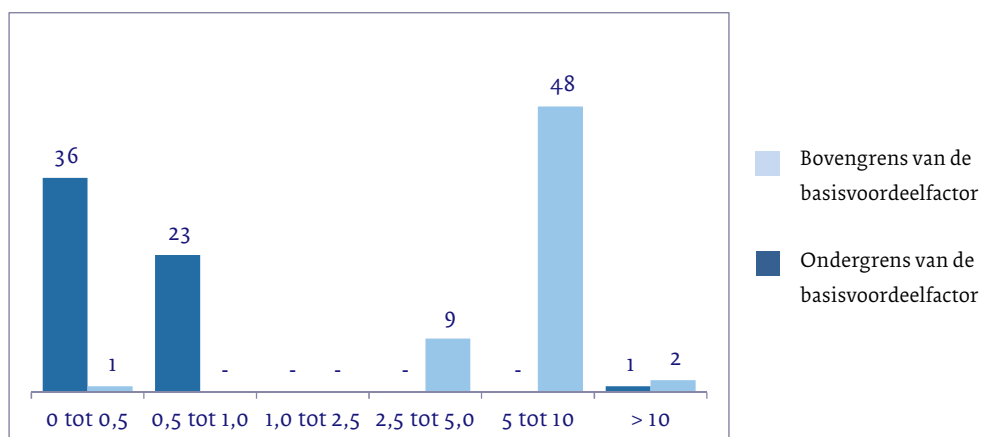
Voor 59 van de 60 partijen was de ondergrens van de basisvoordeelfactor lager dan 1. Dit betekent dat vrijwel alle basisboetes afschrikwekkend zijn, indien het voordeel van deelname aan een kartel conservatief geschat wordt (hoge prijselasticiteit en volledige zekerheid dat het kartel gevonden en beboet wordt). De bovengrens van de

basisvoordeelfactor is, op één uitzondering na, hoger dan 1. Dit betekent dat de basisboetes niet voldoende afschrikwekkend zijn, wanneer uitgegaan wordt van een lage prijselasticiteit en 15% kans dat het kartel gevonden en beboet wordt. De basisboetes worden door de ACM nog aangepast, onder andere vanwege clementie en vanwege het wettelijke boetemaximum.

Figuur 8 Basisvoordeelfactor (waarde van het kartel gedeeld door de basisboete). Ondergrens bij hoge prijselasticiteit (epsilon = -2) en zekerheid van ontdekking en beboeting (alpha = 100%). Bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en kans van 15% op ontdekking en beboeting (alpha = 15%). Iedere staaf in de grafiek is een beboete partij.



Figuur 9 Frequentieverdeling van onder- en bovengrens van de basisvoordeelfactor (waarde van het kartel gedeeld door de basisboete) per beboete partij (zie vorige figuur). Ondergrens bij hoge prijselasticiteit (epsilon = -2) en zekerheid van ontdekking en beboeting (alpha = 100%). Bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en kans van 15% op ontdekking en beboeting (alpha = 15%).



Vrijwel alle basisboetes zijn hoger dan de ondergrens van het geschatte voordeel. Dit betekent dat vrijwel alle basisboetes voldoende afschrikwekkend zijn, indien uitgegaan wordt van een hoge prijselasticiteit en zekerheid van ontdekking en beboeting. Verlaging van de basisboetes, voornamelijk vanwege het wettelijk boetemaximum, leidt tot een lagere afschrikwekkende werking. Voor de finale boetes geldt namelijk dat slechts circa 72% van de boetes voldoende afschrikwekkend is, indien uitgegaan wordt van een hoge prijselasticiteit en zekerheid van ontdekking en beboeting (ondergrens van het voordeel van deelname aan het kartel).

5.4 AFSCHRIKWEKKENDE WERKING NAAST DE BOETES

De opgelegde boetes vormen niet de enige afschrikwekkende werking van het opsporen en beboeten van kartels.

De beboete partijen hebben mogelijk ook reputatieschade geleden [Broek, 2012]. Die reputatieschade kan bijdragen aan de afschrikwekkende werking van het opsporen en beboeten van kartels. De afschrikwekkende werking is dan hoger dan uitsluitend het bedrag van de boete. De impact van reputatieschade is in deze analyse niet meegewogen.

Ook de impact van een beboeting op de persoonlijke reputatie van bestuurders kan afschrikwekkend werken. Een bestuurder van een beboete onderneming vindt wellicht moeilijker een volgende rol als bestuurder.

Naast het beboeten van ondernemingen kan de ACM ook de personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan kartelgedrag van een onderneming beboeten. Hier gaat hoogstwaarschijnlijk een sterke afschrikwekkende werking van uit. Dit is niet meegewogen in deze analyse.

5.5 ANALYSE VAN EERDERE BESLUITEN MET ONHERROEPELIJKE BOETES

Naast de besluiten uit 2010, 2011 en 2012 zijn 13 besluiten uit 2002 tot en met 2007 die in de periode 2010 tot en met 2012 onherroepelijk zijn geworden, summier geanalyseerd. Het betreft besluiten in 5 kartelzaken waarvoor de boete na eventueel bezwaar en beroep onherroepelijk is. Daarbij is vooral ingegaan op de impact van het wettelijk boetemaximum.

Al deze besluiten van de ACM zijn gebaseerd op de Boetecode. Voor 13 partijen was naast het in primo besluit een besluit op bezwaar beschikbaar. Voor 5 partijen was het besluit van de rechter na beroep en het besluit van de rechter na hoger beroep beschikbaar.

Voor 4 partijen is de boete door de ACM verlaagd, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden werd.

- 3 partijen vallen onder de 5 partijen die in de periode van 1998 tot en met 2004 de prijzen van roosters onderling afstemden. De basisboete is verlaagd naar 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Totaal bedraagt de boeteverlaging wegens het wettelijk maximum €19,4 miljoen. De totale boete voor de 3 partijen wordt hiermee met 82% verlaagd van €23,6 miljoen naar €4,2 miljoen. In de volgende stap van de boeteberekening is voor 1 van deze 3 partijen de boete kwijtgescholden vanwege clementie. Voor de andere 2 partijen is de boete op basis van medewerking in het kader van clementie verder verlaagd met 10 tot 15%. Hun korting vanwege medewerking in het kader van clementie is €2,0 miljoen. Indien de partij die volledige clementie heeft gekregen niet wordt meegerekend, bedraagt de verlaging vanwege het wettelijk maximum €12,0 miljoen. Naast deze 3 partijen is overigens voor een vierde partij in de zaak roosters de boete vanwege vertrouwelijke redenen verlaagd. Daardoor kwam de boete uit onder het wettelijk maximum.
- Partij AB valt onder de 3 fietsfabrikanten die in 2000-2001 afspraken maakten over de doorberekening van gestegen kosten voor fietsonderdelen in consumentenadviesprijzen. In het in primo besluit is voor partij AB een verlaging toegepast, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden werd. De in het besluit op bezwaar bepaalde boetehoogte behoefde geen aanpassing meer vanwege het wettelijk boetemaximum. Om deze reden is de partij AB niet meegenomen in de analyse.

Voor de 3 partijen in de zaak Roosters zijn de basisboetes dus met minstens 82% verlaagd vanwege het wettelijk boetemaximum.

De ondergrens van de voordeelfactor, waarbij de invloed van de prijs op de vraag hoog is en er volledige zekerheid is dat het kartel gevonden en beboet wordt, loopt van 0,4 tot 4,5 met 2 uitschieters (Roosters) boven 1 miljoen. Voor iets meer dan de helft van de partijen is de uiteindelijke boete hoger dan de ondergrens van de geschatte waarde van het voordeel van deelname aan het kartel. Dit betekent dat geen van de opgelegde boetes afschrikwekkend is als wordt uitgegaan van de bovengrens van het voordeel van deelname aan het kartel. De basisboete is op een uitzondering na wel hoger dan het geschatte voordeel.

Toepassing van het wettelijk boetemaximum heeft dus voor bijna de helft van de beboete partijen die een verlaging hebben gehad vanwege het wettelijk boetemaximum de voordeelfactor onder 1 gebracht en ervoor gezorgd dat de boete niet langer afschrikwekkend is.

De bovengrens van de geschatte voordeelfactor loopt van 3,9 tot 50 met 2 uitschieters (Roosters) boven 1 miljoen. Dit betekent dat geen van de boetes afschrikwekkend is,

wanneer uitgegaan wordt van geen invloed van de prijs op de vraag en de kans op ontdekking en beboeting van het kartel 15% is.

Als het wettelijk boetemaximum 15% en €900.000 in plaats van 10% en €450.000 was geweest, waren de opgelegde boetes vóór toepassing van korting vanwege clementie en zorgvuldig bestuur €2,4 miljoen hoger.

5.6 ANALYSE VAN MOGELIJKE RECIDIVE VAN OVERTREDINGEN VAN DE TELECOMMUNICATIEWET

De mate van recidive is mogelijk een maat voor de afschrikwekkende werking van boetes. Immers, als boetes te laag zijn vastgesteld, gaat er geen prikkel vanuit om een beboete gedraging niet nogmaals uit te voeren. Een hoog percentage recidive in een markt is een indicatie dat de opgelegde boetes niet afschrikwekkend genoeg zijn [Ginsburg 2010].

In onderzoek van Pels Rijcken en SiRM naar de boete-inkomsten van de ACM werd het aandeel recidive in de boetes vanwege de Telecommunicatiewet geschat op maximaal een derde [SiRM 2013]. Dat betrof het turven van het aantal besluiten voor overtreding van de Telecommunicatiewet per beboete partij. Deze besluiten zijn hier nader geanalyseerd. Daarbij is geen schatting van het behaalde voordeel gemaakt, omdat het type behaalde voordeel hier mogelijk anders is dan voor een kartel.

Tussen 2003 en 2012 heeft de Onafhankelijke Post en Telecom Autoriteit, voorganger van de ACM voor handhaving van de Telecommunicatiewet (hierna: ACM) boetes opgelegd naar aanleiding van overtredingen van de Telecommunicatiewet. Daarvan zijn er 68 geanalyseerd. In 26 gevallen was de beboete partij al eerder beboet vanwege overtreding van de Telecommunicatiewet. Dat betrof vooral partij AC met 22 besluiten voor overtreding van de Telecommunicatiewet.

- In 10 van die 22 gevallen betrof het een overtreding van artikel 6 van de Telecommunicatiewet, voornamelijk vanwege overtreding van het non-discriminatieverbod. Na bezwaar en beroep zijn 2 van die boetebesluiten vernietigd. Voor 5 besluiten wordt nog een uitspraak in (hoger) beroep verwacht. In deze analyse zijn 8 besluiten met formele rechtskracht gebruikt. Totaal is partij AC op basis van de 8 geanalyseerde besluiten voor €53,9 miljoen beboet vanwege overtreding van het non-discriminatiebeginsel. Dat houdt bijvoorbeeld in dat partij AC individuele afnemers kortingen biedt alhoewel dat verboden is. Daarmee behoudt partij AC marktaandeel en kan ze voor andere klanten de prijzen hoog houden.

- Al eerder was sprake van een recidive. Partij AC heeft 5 keer niet voldaan aan haar meldingsplicht. Dit leidde in het vijfde besluit tot een verhoging van de basisboete met 20%.

Er is dus sprake van een recidive. Vergelijkbare overtredingen komen over meerdere jaren voor.

In de onderzochte besluiten is niet vermeld dat de ACM de boetes heeft verlaagd vanwege het bereiken van het wettelijk boetemaximum. Indien de boetes inderdaad zodanig laag zijn geweest dat er geen afschrikwekkende werking vanuit is gegaan, heeft dat andere oorzaken dan het wettelijk maximum.

6 IMPACT VAN EEN HOGER WETTELIJK BOETEMAXIMUM

Verlaging van de basisboetes, voornamelijk vanwege het wettelijk boetemaximum, leidt tot een lagere afschrikwekkende werking. Vrijwel alle basisboetes zijn hoger dan de ondergrens van het geschatte voordeel. Voor de finale boetes is dat ongeveer 72%.

Het wettelijk boetemaximum heeft 24 keer geleid tot verlaging van de boete. Het voordeel van het kartel ten opzichte van de hoogte van de opgelegde boete door de ACM neemt daardoor toe. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de impact van een verhoging van de wettelijke boetemaxima op de hoogte van opgelegde boetes en op de afschrikwekkende werking van beboeting is.

6.1 BOETES BIJ HOGER WETTELIJK BOETEMAXIMUM

Verhoging van het wettelijk boetemaximum van 10% naar 15% en van €450.000 naar €900.000 kan leiden tot hogere boetes en hierdoor tot een wat hogere afschrikwekkende werking van beboeting. Als deze hogere grenzen zouden zijn toegepast in de geanalyseerde besluiten, zouden de opgelegde boetes totaal €198 miljoen zijn. Dat is ruim €40 miljoen hoger dan in de daadwerkelijke besluiten (tabel 5). Daarbij zijn mogelijke dan relevante verlagingen niet verwerkt.

Tabel 5 Impact van verhogen van wettelijk maximum op de opgelegde boetes in 2010, 2011 en 2012.

Wettelijk maximum boete	Aantal besluiten	Verlaging boetes vanwege huidig wettelijk maximum (EUR, miljoen)	Wettelijk maximum boete scenario	Verlaging boetes vanwege wettelijk maximum bij toepassen nieuwe grens (EUR, miljoen)	Vershil door toepassen scenario wettelijk maximum (EUR, miljoen)
450.000 of lager (executieveilingen)	7	4,7	900.000	1,4	3,6
450.000 of lager (overig)	3	9,8	900.000	8,4	1,4
10% omzet	14	362,0	15% omzet	324,2	37,8
Totaal	24	376,5		334,0	42,8

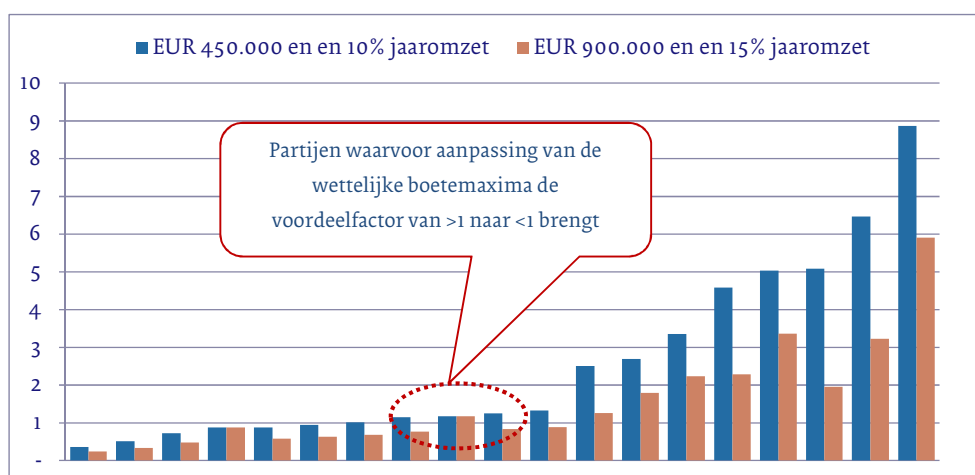
6.2 IMPACT VAN EEN HOGER WETTELIJK MAXIMUM OP AFSCHRIKWEKKENDE WERKING

Een verhoging van het wettelijk boetemaximum heeft een geringe impact op de afschrikwekkende werking van de boetes.

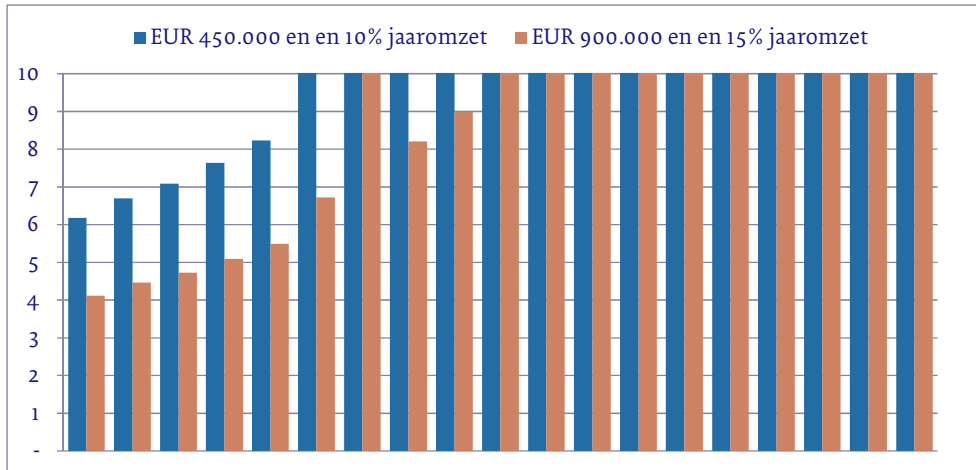
De ondergrenzen van de voordeelfactor voor huidige en mogelijke wettelijke boetemaxima zijn met elkaar vergeleken voor partijen waarvoor de boete verlaagd is vanwege het wettelijk maximum (figuur 10). In 2010, 2011 en 2012 zouden hogere boetemaxima ertoe leiden dat voor 2 partijen de ondergrens van de schatting van het voordeel van deelname aan het kartel lager wordt dan de boete (voordeelfactor < 1), terwijl dat onder de huidige boetemaxima hoger is (voordeelfactor > 1). Dit betekent dat voor 2 partijen hogere boetemaxima zouden leiden tot een afschrikwekkende werking.

Ook de bovengrenzen van de voordeelfactor voor huidige en mogelijke wettelijke boetemaxima zijn vergeleken voor partijen waarvoor de boete verlaagd is vanwege het wettelijk maximum (figuur 11). De bovengrens van de schatting van het voordeel van deelname aan het kartel lag voor alle partijen die een verlaging wegens het boetemaximum kregen al boven de boete. De geschatte bovengrens van de voordeelfactor was voor alle partijen hoger dan 1.

Figuur 10 Vergelijking van de ondergrens van de voordeelfactor voor huidige (450k/10%) en mogelijke (900k/15%) wettelijke boetemaxima voor partijen waarvoor de boete is begrensd vanwege het wettelijk maximum. Ondergrens bij hoge prijselasticiteit ($\epsilon = -2$) en zekerheid van ontdekking en beboeting ($\alpha = 100\%$).



Figuur 11 Vergelijking van de bovengrens van de voordeelfactor voor huidige (450k/10%) en mogelijke (900k/15%) wettelijke boetemaxima voor partijen waarvoor de boete is begrensd vanwege het wettelijk maximum. Bovengrens bij geen prijselasticiteit (epsilon = 0) en kans van 15% op ontdekking en beboeting (alpha = 15%).



7 CONCLUSIE

7.1 HET VOORDEEL VAN DEELNAME AAN EEN KARTEL

Het boetebeleid heeft een afschrikwekkende werking als voor (potentiële) deelnemers aan een kartel de verwachte boete hoger is dan het voordeel van deelname aan een kartel.

De verwachte boete is gelijk aan de pakkans maal de opgelegde boete. Dit is voor twee scenario's bepaald; een scenario met een pakkans van 15% en een scenario met een zekere pakkans. Voor de hoogte van de opgelegde boetes zijn de door de ACM opgelegde boetes in 2010, 2011 en 2012 gebruikt. Tabel 5 toont de uitkomsten van deze analyse.

Tabel 5 Aandeel van in 2010, 2011 en 2012 beboete partijen waarvoor de verwachte boete hoger is dan het geschatte voordeel van deelname aan het kartel, zodat het boetebeleid een afschrikwekkende werking heeft [procent]

		Schatting van voordeel van deelname aan het kartel	
		Laag	Hoog
Pakkans	1,0	72%	37%
	0,15	2%	2%

Het minimale geschatte voordeel van deelname aan een kartel ligt voor 72% van de partijen onder de boete die de ACM heeft opgelegd. Voor deze 72% van de partijen *kan* de boete dus een afschrikwekkende werking hebben. De afschrikwekkende werking neemt echter af naarmate de pakkans en daarmee de verwachte boete lager ingeschat wordt. Het maximale geschatte voordeel van deelname aan een kartel is voor 98% van de partijen hoger dan de verwachte boete.

7.2 VERLAGING VAN DE BASISBOETE VANWEGE HET WETTELIJKE MAXIMUM

Voor ongeveer een derde van de partijen is de uiteindelijk opgelegde boete lager dan de basisboete, omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden zou worden. Het wettelijk boetemaximum is nu €450.000 of, als dat hoger is, 10% van de omzet van de beboete deelnemer aan een kartel in het laatst afgesloten boekjaar. Voor de partijen die verlaging vanwege het wettelijk boetemaximum kregen, is de boete gemiddeld ruim 80% verlaagd. Deze hoge verlaging komt doordat de basisboete gekoppeld is aan de duur van het kartel, terwijl het wettelijk boetemaximum gekoppeld is aan de jaaromzet. Verlaging van

de basisboete wegens overschrijding van het wettelijk boetemaximum vindt dan ook vooral plaats bij meerjarige kartels.

De verlagingen van de basisboetes vanwege het wettelijk boetemaximum leiden ertoe dat voor circa een kwart van de beboete partijen de opgelegde boete lager uitkomt dan het minimale geschatte voordeel, terwijl de boete vóór verlaging hoger was dan het minimale geschatte voordeel. De basisboete is namelijk voor vrijwel alle beboete partijen hoger dan het minimale geschatte voordeel. Zowel de basisboete als het voordeel van het kartel zijn direct gerelateerd aan de betrokken omzet en dus ook aan de duur van het kartel.

Het wettelijk boetemaximum zal vaker leiden tot aanpassing van boetes voor monoproducentondernemingen dan voor conglomeraten. Immers, het boetemaximum is gebaseerd op de jaaromzet van de totale onderneming, dus ook op de omzet uit activiteiten buiten de kartelafspraken.

7.3 AANDEEL RECIDIVE BIJ OVERTREDINGEN TELECOMMUNICATIEWET

Het relatief hoge aandeel recidive van overtredingen van de Telecommunicatiewet is mogelijk een signaal dat de boetes niet afschrikwekkend zijn. Die boetes zijn, voor zover te achterhalen, niet getemperd vanwege het wettelijk boetemaximum.

7.4 DISCUSSIE AANGAANDE HOGER WETTELIJK BOETEMAXIMUM

Met een hoger wettelijk boetemaximum zal de afschrikwekkende werking van boetes voor kartelleden toenemen. De toename van de afschrikwekkende werking is niet alleen afhankelijk van de mate van verhoging, maar ook van de mate waarin de verhoging van het wettelijk boetemaximum daadwerkelijk gerealiseerd kan worden in de boetebesluiten van de ACM.

Een scenario voor toename van het wettelijk boetemaximum is: van €450.000 naar €900.000 of, als dat hoger is, van 10% naar 15% van de jaaromzet van de beboete deelnemer aan een kartel. Dit scenario leidt tot beperkte toename van de afschrikwekkende werking. De verhouding tussen het geschatte voordeel en de boete verandert door deze verhoging te weinig om grote impact te hebben. Met andere woorden, voor de meeste partijen waarvoor de basisboete verlaagd is in verband met de overschrijding van het wettelijk boetemaximum is het ingeschatte voordeel van het kartel zo veel hoger dan het wettelijk boetemaximum, dat ook bij een verhoging van het wettelijk boetemaximum (resultierend in een beperktere verlaging van de boete) de boete niet afschrikwekkend is. Verhoging van het wettelijk boetemaximum naar €900.000 of 15% van de jaaromzet kan leiden tot ruim €40 miljoen aan hogere boetes over 3 jaar. Het totaal aan opgelegde boetes over 2010, 2011 en 2012 zou dan 25% hoger geweest zijn.

Om de afschrikwekkende werking van de boetes te verhogen zou het boetemaximum, net als de basisboete, gekoppeld kunnen worden aan de duur van het kartel. Ook na een eventuele beslissing om het boetemaximum te verhogen moet de ACM uiteraard nog, net als thans het geval is, de redelijkheid van de boete en de draagkracht voor partijen meewegen bij het bepalen van op te leggen boetes.

8 LITERATUUR

Broek, 2012: “Reputational penalties to firms in antitrust investigations”, S. van de Broek, R Kemp, W Verschoor W en A.C. de Vries, *Journal of Competition Law & Economics* 8(2), 231-258, 2012.

Bruegel 2013: “Do European union fines deter price fixing?”, Bruegel policy brief, mei 2013.

Combe & Monnier 2009: “Fines against hard core cartels in Europe: the myth of overenforcement”, E. Combe, C. Monnier, *Cahiers de recherche PRISM-Sorbonne*, juni 2009.

EZ 2009: “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009”, Minister van Economische Zaken, *Staatscourant* 14079, 22 september 2009.

EZ 2009b: “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels”, Minister van Economische Zaken, *Staatscourant*, 11 september 2009.

EZ, 2013: “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009”, Minister van Economische Zaken, *Staatscourant* 14214, 24 april 2013.

NMa, 2007: “NMa Boetecode 2007”, Nederlandse Mededingingsautoriteit, 28 juni 2007.