

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85497>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-24 and may be subject to change.

Artikel

Strafrecht baat niet, schaadt wel

Prof. mr. D.R. Doorenbos*

Inleiding

In 2007 werd de Mededingingswet op een aantal onderdelen gewijzigd als gevolg van een evaluatie van die wet.¹ Tijdens de parlementaire behandeling van de voorgestelde wijzigingen toonde de Tweede Kamer zich in meerderheid voorstander van de (her)introductie van het strafrecht teneinde de naleving en handhaving van de Mededingingswet te bevorderen. In reactie daarop zegde de regering een wetsvoorstel toe, waarvan de hoofdlijnen alvast werden geschetst.² Vervolgens bleef het enkele jaren stil. Meer recent werd de toezegging van strafwetgeving echter herhaald en werd door de minister van Economische Zaken ook wat meer zicht geboden op de thans bestaande voornemens aangaande de (her)introductie van het strafrecht in dezen.³ Daarbij is tevens enige aandacht besteed aan de noodzaak van afstemming met het thans geldende bestuursrechtelijke handhavingssysteem, inclusief het clementiebeleid. In onderstaande bijdrage wordt nog eens kritisch gekeken naar de argumentatie die ten grondslag is gelegd aan het pleidooi voor de inzet van het strafrecht op dit terrein. Betoogd wordt dat die argumentatie uiterst mager

was (en is) en dat zij de greep naar het ‘ultimum remedium’ van het strafrecht niet kan rechtvaardigen. Daarnaast wordt uiteengezet waarom de verwachtingen die de politiek kennelijk van het strafrecht heeft, niet reëel zijn indien deze worden getoetst aan de historische en actuele realiteit van de (straf)rechtspraak. Vooruitblikkend op de voornemens van de wetgever, worden ten slotte kanttekeningen geplaatst bij de (on)mogelijkheid van afstemming van het handhavings- en clementiebeleid van de Nederlandse Mededingingsautoriteit met de beoogde strafrechtelijke handhaving door Openbaar Ministerie en strafrechter. De conclusies ten aanzien van noodzaak en wenselijkheid van strafwetgeving in dezen luiden negatief: de geest moet terug in de fles.

Wie stelt, moet bewijzen – schiet de handhaving tekort?

Wie voorstander is van de inzet van het strafrecht, zal aannemelijk moeten maken dat daar ook een noodzaak voor bestaat. Als het gaat om rechtshandhaving, geldt het strafrecht immers vanouds als het uiterste redmiddel. De inzet van dit ‘ultimum remedium’ is slechts dan gerechtvaardigd indien aannemelijk is dat andere vormen van rechtshandhaving – bestuursrechtelijk, civielrechtelijk en tuchtrechtelijk – tekort schieten.⁴ Voorstanders van het strafrecht zullen moeten kunnen voldoen aan deze bewijslast. Een wetgever behoort het strafrecht immers niet lichtvaardig in te zetten. Bij het strafrecht gaat het niet om *nice to have* maar kan het slechts gaan om *need to have*. Waar met minder

167

* Prof. mr. D.R. Doorenbos is hoogleraar ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Amsterdam. Het onderhavige artikel is een bewerking van zijn voordracht op het Stibbe-seminar Mededingingsrecht: strafrechtelijke horizon? dat op 9 september 2010 plaatsvond.

1. Zie de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, *Stb.* 29007, 284, in werking getreden op 1 oktober 2007.
2. Zie de brief van de minister van Economische Zaken van 16 juni 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 27.
3. Zie het verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24 036, nr. 369, p. 17 e.v.

4. Aldus ook de toelichting bij aanwijzing nr. 11 van de welbekende Aanwijzingen voor de regelgeving, aangehaald in de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 42.

ingrijpende middelen kan worden volstaan, behoort het strafrecht achterwege te blijven.

Welnu: het mededingingsrecht wordt alweer ruim tien jaar gehandhaafd met behulp van andere handhavingsinstrumenten dan het strafrecht. Dat de bestuursrechtelijke handhaving op dit terrein tekortschiet, is geenszins aannemelijk. Zo bleek al bij de evaluatie van de Mededingingswet (in 2002) dat de bestuursrechtelijke handhaving van deze wet over het algemeen de beoogde effecten bewerkstelligde.⁵ En dat was dan nog vóór de invoering (in 2007) van de vergaande onderzoeksbevoegdheden in woningen, de zwaardere sanctionering van de medewerkingsverplichtingen en de introductie van de mogelijkheid van persoonlijke beboeting van opdracht- en leidinggevers.⁶

Bij de huidige stand van zaken is derhalve vrijwel uitgesloten dat de voorstanders van het strafrecht aan hun bewijslast zouden kunnen voldoen. Het is volstrekt niet aannemelijk dat de bestuursrechtelijke handhaving anno 2010 tekort schiet. Wie vandaag de dag uit is op criminalisering van het mededingingsrecht, zet daarom aan tot lichtvaardige strafwetgeving. Er is geen noodzaak voor.

In het verleden behaalde resultaten verzwaren de bewijslast

Is het strafrecht dus geen *need tot have* – het is ook geen *nice to have*. Van het strafrecht valt namelijk op dit terrein weinig goeds te verwachten.

In feite weten we dat ook al wel, want het mededingingsrecht werd in 1998 niet voor niets gedecriminaliseerd. Dat was in elk geval mede ingegeven door de ervaring dat het strafrechtelijk handhavingsinstrumentarium in de praktijk niet functioneerde. Het werd niet of nauwelijks ingezet en voor zover dat incidenteel anders was, waren de resultaten ervan uiterst minimaal.⁷ Tegen die achtergrond bezien, wordt de bewijslast van de voorstanders van het strafrecht nog wat zwaarder. Zij pleiten immers voor herinvoering van een middel dat in algemene zin als uiterst redmiddel geldt, maar waarmee notabene juist op het terrein van het mededingingsrecht in het verleden nagenoeg uitsluitend negatieve ervaringen zijn opgedaan. Waarom zouden we dat nu anders moeten inschatten? Is de materie van het mededingingsrecht er misschien eenvoudiger op geworden? Hebben

5. Zie o.a. *Kamerstukken I* 2001/02, 27 639, nr. 228b, p. 2.

6. Zie de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, *Stb.* 2007, 284, in werking getreden op 1 oktober 2007. Meer recent werd daar nog de mogelijkheid aan toegevoegd ook de medepleger te beboeten: zie art. 5:1 lid 2 Awb.

7. Vgl. in dit verband ook E.H. Pijnacker Hordijk, 'Leve de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht', *M&M* 2006, p. 97, waar hij ingaat op de resultaten van het strafrechtelijk optreden in de bouwfraude-affaire en deze vergelijkt met het optreden van de NMa in die kwestie.

officieren van justitie nu wél de ruimte en capaciteit(en) om overtredingen van de Mededingingswet te vervolgen? En is de kans op nietige dagvaardingen en vrij-spraken in tien jaar tijd soms substantieel afgenomen? Men kan dat toch moeilijk geloven.

'Dreigen met gevangenisstraf is pas effectief' – hoe reëel is het verwachtingspatroon?

Van de inzet van het strafrecht wordt blijkbaar vooral iets verwacht als het gaat om de dreiging met gevangenisstraf. In het politieke debat bij gelegenheid van de recente aanscherping van de Mededingingswet leek de discussie gaandeweg beperkt te raken tot het wel of niet introduceren van gevangenisstraf voor natuurlijke personen. Ik laat voorlopig maar even daar dat het zo eenvoudig natuurlijk niet is: wie gevangenisstraf introduceert, introduceert het strafrecht, met daarmee een heel complex aan regels, actoren en een onvoorspelbare dynamiek (zie daarover ook hierna, paragraaf *Kanttekeningen bij de beoogde afstemming van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving e.v.*).

In elk geval dringt de vraag zich op hoeveel effect nu werkelijk te verwachten valt van een dreiging met gevangenisstraf. De verwachtingen op dit punt zijn onmiskenbaar hooggespannen, maar vermoedelijk ook overspannen. Politici beweren met grote stelligheid dat de preventieve werking en de effectiviteit van de Mededingingswet zal worden verhoogd zodra de strafrechtelijke dreiging wordt ingevoerd.⁸ Dat is een aanname die bij hen verder niet ter discussie lijkt te staan.

Welnu: dat van het dreigen met gevangenisstraf enig afschrikwekkend effect uitgaat, zal vast wel zo zijn, maar laten we dat effect nu vooral niet overschatten. Zo staat bijvoorbeeld ook op rijden onder invloed of het doen van onjuiste belastingaangifte gevangenisstraf, net als op ontelbare economische delicten, maar er zijn toch elk jaar weer duizenden mensen die zich daaraan bezondigen. Enige garantie op normconform gedrag kan uiteraard ook de dreiging met gevangenisstraf niet bieden.

In de pleidooien voor invoering van de gevangenisstraf wordt veelvuldig verwezen naar de wettelijke mogelijkheden in Angelsaksische landen en in het bijzonder naar de praktijk in de VS, waarvan bekend is dat de gevangenisstraf in voorkomend geval ook daadwerkelijk wordt opgelegd. Maar leidt dat er nu toe dat in die landen aantoonbaar minder wordt gezondigd tegen de mededingingsregels dan in de vele Europese landen waar de

8. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij het amendement dat het Kamerlid Heemskerck indiende bij gelegenheid van de wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16, p. 2: 'De mogelijkheid tot het opleggen van een gevangenisstraf zal een betere naleving van de wet tot gevolg hebben.'

strafrechtelijke sanctie ontbreekt?⁹ En wordt in de landen die meer recent tot strafbaarstelling zijn overgegaan,¹⁰ sedertdien aantoonbaar minder gezondigd tegen de mededingingsregels?

Wie zulke effecten zou kunnen aantonen, heeft in elk geval een goed argument vóór de strafrechtelijke handhaving, maar ik vrees dat zulk bewijs niet zal worden geleverd: nu niet en straks al evenmin.

In het kader van de parlementaire discussie is van regeringszijde overigens wel opgemerkt dat gevangenisstraffen effectiever zouden zijn dan persoonlijke boetes. Dit zou blijken uit de ervaringen in de VS, waar overtreders van de *Sherman Act* herhaaldelijk zouden vragen om gevangenisstraf te mogen omzetten in boete en nooit omgekeerd. Daaruit zou volgen dat de afschrikwekkende werking van de gevangenisstraf hoger is dan die van een persoonlijke boete.¹¹

Los van de aannemelijkheid van die laatste conclusie, is de redenering die hier werd neergezet natuurlijk veeleer vermakelijk dan overtuigend. De overtreder die eenmaal gepakt is, heeft liever een boete dan gevangenisstraf, dat geloof ik graag, maar hij liet zich blijkbaar door geen van beide – dus ook niet door de gevangenisstraf – afschrikken. De conclusie zou dus eerder moeten luiden dat geen van beide straffen voldoende effectief is.

Gevangenisstraf is een papieren tijger

Wat de afschrikwekkende werking van de straf betreft, wordt algemeen aangenomen dat die werking afneemt naarmate de straf in de praktijk minder wordt toegepast. Deze notie is hier van groot belang. De kans dat de Nederlandse rechter in de toekomst (na de thans nagestreefde wetswijziging) ooit zal overgaan tot het opleggen van gevangenisstraf ter zake van het overtreden van de Mededingingswet, is namelijk reeds op voorhand verwaarloosbaar klein te achten.

Deze verwachting kan allereerst kan worden gebaseerd op de ervaringen met strafzaken betreffende (louter) economische delicten, waarin zelden of nooit een gevangenisstraf volgt, maar praktisch altijd een geldboete. Ook ter zake van het commune misdrijf van de ‘oneer-

lijke mededinging’ is in het verleden overigens nooit een gevangenisstraf opgelegd.¹²

Daarnaast kan worden gewezen op de ervaringen in de zogenoemde bouwfraude, waar het volgens sommigen toch zou zijn gegaan om het grootste kartel in de Nederlandse geschiedenis. Terwijl het Openbaar Ministerie al tijdens het vooronderzoek aankondigde lange gevangenisstraffen te zullen gaan eisen en dat vervolgens ook inderdaad heeft gedaan, volstond de rechtbank in de vonnissen betreffende de betrokken natuurlijke personen met het opleggen van bescheiden geldboetes, die veelal volledig ‘wegvielen’ indien zij werden verdisconteerd met de aftrek ter zake van het voorarrest. Daarbij verdient opmerking dat in enkele van deze vonnissen niet alleen een veroordeling volgde voor een veelheid van commune delicten (waaronder oplichting, valsheid in geschrift en deelneming aan een criminele organisatie), maar tevens werd veroordeeld ter zake van het feitelijke leiding geven aan het opzettelijk overtreden van de Wet economische mededinging.¹³ Op het geheel genomen, kan de geldboete ter zake van deze laatste feiten niet anders dan zeer gering zijn geweest.

Deze concrete en nog behoorlijk recente ervaring toont aan dat de Nederlandse strafrechter absoluut niet geneigd is mededingingsovertredingen op Amerikaanse wijze te beoordelen. Bovendien heeft hij reeds in een andere spraakmakende zaak – de zogenoemde *Ahold*-zaak – heel duidelijk gemaakt niet bevattelijk te zijn voor Amerikaanse invloeden op de straftoemeting.¹⁴ Verwijzingen naar torenhoge straffen in Amerikaanse zaken mogen het in de politieke arena wellicht goed doen, maar zullen de Nederlandse strafrechter hoegenaamd niet imponeren.

Tot slot zal een strafrechter zich ook bepaald niet laten leiden door de waan van de dag en derhalve in zijn oordeel wel degelijk laten meewegen dat de wetgever nog maar nauwelijks tien jaar geleden benadrukte dat ‘de aard van de overtredingen’ op het terrein van het mededingingsrecht geen inzet van het strafrecht vergde c.q. dat geen behoefte bestond aan strafsancities zoals gevangenisstraf.¹⁵ Gewezen werd op de ‘geringe normatieve lading’, op afwezigheid van schade aan personen en goederen en op de relatief geringe verontrusting die inbreuken op de mededingingswetgeving teweeg brengen.¹⁶ Dat wij dit alles nu volstrekt anders zouden moeten waarderen, vergt een ommezwaai in denken waar de

9. Citaat uit het Financieel Dagblad van 11 februari 2009 (‘Nederland volgt wereldwijde tendens om kartelovertridders snoeihard aan te pakken’): ‘De verpersoonlijking van de harde Amerikaanse aanpak is Scott Hammond, de tweede man bij het kartelbureau van het DoJ. Al jaren predikt Hammond dat hoge geldboetes en celstraffen de enige manier zijn om kartelovertridders tot bezinning te brengen. Desondanks is van een daling van het aantal overtredingen geen sprake.’

10. Vgl. in dat verband F.O.W. Vogelaar, ‘Criminalisering van het mededingingsrecht: trendy of noodzaak?’, AA 2005, p. 1015-1020, op p. 1016, waar hij wijst op Ierland, Engeland, Duitsland, Frankrijk en Estland.

11. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 6, p. 29.

12. Zie Th.E.E. van Schaik, *De oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd* (diss. Utrecht), Nijmegen 1946, p. 49-50. Meestal werd met geringe geldboetes volstaan. De desbetreffende strafbepaling (art. 328bis Sr) is vandaag de dag een dode letter.

13. Zie o.a. Rb. Rotterdam 9 juni 2005, LJN AT7375 en Rb. Rotterdam 9 juni 2005, LJN AT7378.

14. Zie o.a. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, LJN AX3111, waarin werd geconcludeerd: ‘Het gaat (...) naar het oordeel van de rechtbank niet aan om Amerikaanse maatstaven in een Nederlands strafproces als richtsnoer te gebruiken.’

15. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43 (‘De aard van de overtreding brengt niet met zich mee dat er behoefte bestaat aan andere dan bestuursrechtelijke sancties, zoals gevangenisstraf.’). In gelijke zin *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, A, p. 24 en *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 75.

16. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 42-43.

gemiddelde politicus blijkbaar geen moeite mee heeft,¹⁷ maar die een gewetensvol oordelend strafrechter niet zo snel zal volgen.¹⁸ De wetgever kan hem dan straks wel voor zijn politieke karretje spannen, maar waar het ritje eindigt, bepaalt de rechter gelukkig toch zelf. Zolang aan zijn straftoemingsvrijheid niet wordt getornd, is hij vrij te volstaan met een geldboete en is de verwachting dus gewettigd dat hij het daar in voorkomend geval ook bij zal laten.

Heeft het strafrecht dan overigens nog toegevoegde waarde?

Indien wordt overgegaan tot strafbaarstelling, zal in voorkomend geval ook de taakstraf kunnen worden opgelegd. Ik geloof echter niet dat het de voorstanders van strafrecht daar om te doen is. Zij willen bovenal afschrikken, en het is nu eenmaal een gegeven dat de afschrikwekkende werking van een taakstraf maar door weinigen hoog wordt aangeslagen. De gedachte aan borden wassen in het bejaardenhuis of papiertjes prikken in het plantsoen, zal niet iedere potentiële kartellist onmiddellijk op andere gedachten brengen.

Het bestuursverbod dan? In het strafrecht is dat inderdaad een optie waar de laatste tijd relatief veel aandacht voor bestaat en juist op het terrein van de economische delicten, is er op papier veel mogelijk.¹⁹ De rechter pleegt deze straf echter niet op te leggen, vermoedelijk vooral vanwege het ingrijpend karakter ervan. En zelfs indien hij daar wel toe zou besluiten, moet worden bedacht dat een hoger beroep of cassatieprocedure de tenuitvoerlegging van de straf nog jaren kan vertragen. Zo een in eerste aanleg opgelegd bestuursverbod dus al stand zou houden tot het einde toe, dan zal het pas na zeer lange tijd enig effect kunnen hebben. Ook van deze strafsancie valt per saldo dus geen wezenlijke bijdrage aan de handhaving van het mededingingsrecht te verwachten en ook daarvoor hoeft men niet tot strafbaarstelling over te gaan.

De wetgever kan zijn energie dan beter stoppen in het ontwerpen van een bestuursrechtelijke variant van het bestuursverbod, bijvoorbeeld op te leggen door de NMa en direct van kracht, behoudens een veto van de voorlopige voorzieningenrechter. Ik ben daar overigens zeker geen voorstander van, onder meer omdat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in relatie tot zulke ingrijpende, overwegend punitieve sancties duidelijk onderdoet voor die in het strafrecht, maar voor wie louter denkt in termen van effectiviteit zou een dergelijke figuur vanzelfsprekend veel meer perspectief bieden.

Ten slotte kent het strafrecht natuurlijk nog de geldboete, maar die legt het in hoogte duidelijk af tegen de bestuurlijke boetes die de NMa kan uitdelen. In het strafrecht is het maximumbedrag van de hoogste geldboetecategorie recent vastgesteld op € 760.000,²⁰ terwijl het boetemaximum in de Mededingingswet wordt gerefereerd aan 10 procent van de omzet en tot in de miljoenen kan lopen. Meer in het bijzonder valt op hoezeer de boetebedragen uiteenlopen waar het gaat om het niet-meewerken aan onderzoek. Volgens het commune strafrecht kan deze vorm van 'ongehoorzaamheid' in het ergste geval worden beboet met € 3.800 voor natuurlijke personen of € 7.600 voor rechtspersonen.²¹ Hetzelfde gedrag kan krachtens de Mededingingswet worden beboet met € 450.000 of, wanneer dat hoger is, 1 procent van de omzet van de betrokken onderneming.²² Dit is een verschil in waardering dat niet te rechtvaardigen valt, nu onmogelijk kan worden volgehouden dat het niet-meewerken aan een onderzoek van de NMa zo ongelooflijk veel strafwaardiger zou zijn dan het niet-meewerken aan bijvoorbeeld een onderzoek van de belastingdienst naar een potentiële miljoenenfraude of een onderzoek van de politie naar een levensdelict.

Afgezien van de hoogteverschillen die de wetgever al heeft aangebracht, geldt voorts dat in de praktijk de beboeting mogelijk nog sterker uiteenloopt. Zo werd de voormalige CEO van Ahold uiteindelijk door de strafrechter veroordeeld tot een geldboete van € 30.000 ter zake van valsheid in geschrift.²³ Daarentegen besloot de NMa onlangs een aantal (voormalige) bestuurders en commissarissen van het Wegener-concern te beboeten voor bedragen variërend van € 150.000 tot € 350.000 ter zake van het geven van feitelijke leiding aan de overtreding van een vergunningvoorschrift.²⁴ De stelling hier is uiteraard niet dat deze zaken vergelijkbaar zouden zijn, maar wel dat zij kunnen illustreren hoe weinig moeite de NMa heeft met het zwaar beboeten van natuurlijke personen, die op het terrein van het strafrecht vrijwel nooit met zulke boetebedragen worden geconfronteerd. In diezelfde strenge lijn ligt de beboeting door de NMa van zwijgende ex-werknemers tot een

17. Illustratief daarvoor is de draai die het Kamerlid Heemskerk maakte, door zich aanvankelijk publiekelijk tegen de mogelijkheid van gevangenisstraffen uit te spreken, om enkele maanden later een amendement in te dienen waarin wordt voorgesteld een gevangenisstraf van maar liefst zes jaar mogelijk te maken; zie in dat verband *Handelingen II* d.d. 15 juni 2006, p. 91-5565, waarin het betrokken Kamerlid dit verklaart vanuit 'voortschrijdend inzicht'.

18. Vgl. in dit verband ook M.R. Mok, 'Mededingingswet weer gewijzigd', *SEW* 2008, p. 226-235, op p. 231. Zie meer recent voorts R. Wesseling, 'De kartelhel', *M&M* 2010, p. 128-135, die op p. 133 vaststelt: 'Nederland kent geen historie en daarom ook geen cultuur waarin overtreding van het kartelverbod diepe morele verontwaardiging uitlokt.' Wesseling wijst daarbij tevens op de inconsequentie dat de wetgever door een recente uitbreiding van de zogenoemde bagatelbepaling, de wat kleinere kartels per saldo heeft gelegaliseerd. Ook dat gegeven zal een rechter nu niet direct tot de overtuiging brengen dat bij kartels 'boven de streep' een gevangenisstraf hoort.

19. Zie daarover nader D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 422-428.

20. Zie nader art. 23 Sr, dat ook van toepassing is op het door de WED bestreken terrein.

21. Zie art. 184 Sr.

22. Zie art. 69 Mw, waarin art. 184 Sr expliciet buiten toepassing wordt verklaard.

23. Zie Hof Amsterdam 28 januari 2009, LJN BH1792.

24. Zie daarover NMa-persbericht van 14 juli 2010 ('NMa: twintig miljoen boete voor Wegener en vijf leidinggevend').

bedrag van € 150.000,²⁵ notabene zo'n veertig maal boven het maximum dat een strafrechter volgens het wetboek ooit zou kunnen opleggen.

De conclusie kan niet anders zijn dan dat een strafbaarstelling (ook) op dit onderdeel voor de handhaving van het mededingingsrecht geen enkele toegevoegde waarde biedt.

Resteert nog de stelling van enkele politici dat introductie van het strafrecht goed zou zijn vanwege het effect dat openbare strafprocessen in 'corporate Nederland' teweeg zouden brengen.²⁶ Dit lijkt een wat oneigenlijk argument en ook zeker geen reden om tot strafbaarstelling over te gaan. Een openbaar strafproces is er niet voor om schrik of vrees aan te jagen. Het behoort te zijn gericht op waarheidsvinding en niet op publicitair effectbejag. Los daarvan zal 'corporate Nederland' echter slechts dan onder de indruk zijn of blijven van de werking van het strafrecht, indien de rechterlijke eindspraak daar ook reden voor geeft. Een vrijspraak of een lichte c.q. geheel voorwaardelijke veroordeling zal vermoedelijk niet het effect teweegbrengen dat de aangehaalde politici voor ogen staat. In het licht van de eerder uitgesproken verwachting dat de strafrechter niet snel geneigd zal zijn de strenge straffen uit te delen die de voorstanders van het Amerikaanse model graag zouden zien, moet ook aan het argument van de 'normstellende' werking van het strafproces niet veel gewicht worden toegekend. Bovendien is dat argument vandaag de dag natuurlijk uiterst betrekkelijk, gegeven de praktijk van *naming & shaming* die toezichthouders als de NMa erop nahouden, door nog vóór de bestuursrechtelijke rechtsgang maximaal ruchtbaarheid te geven aan hun boetebesluiten, via persberichten en de eigen website. Nu even los van de vraag hoe (on)wenselijk of (on)rechtmatig dergelijke praktijken zijn,²⁷ geldt wel dat zij een vorm van publiciteit genereren die gericht is en ook duidelijker te sturen dan de publiciteit die een strafproces pleegt te genereren. Het strafrecht lijkt ook in dit opzicht geen meerwaarde te bieden.

Wat het strafrecht overigens wél biedt, is een beter niveau van rechtsbescherming. In vergelijking met de bestuursrechter zal de strafrechter veel meer geneigd zijn tot het actief uitoefenen van kritische controle op de gang van zaken in de voorfase van het onderzoek door de NMa. Voorts zal hij hogere eisen stellen aan de kwaliteit van het bewijsmateriaal, nu in het strafrecht niet wordt gewerkt met een vrij bewijsstelsel. Tot slot bestaat een wereld van verschil tussen enerzijds het toetsen van een boetebesluit door een bestuursrechter en anderzijds het zelfstandig afwegen van alle omstandigheden van het geval en de daarop toe te snijden meest passende sanctie (soort, modaliteit en gewicht) door een strafrechter. In termen van rechtsbescherming is een verdachte overtreder dan ook beter af met een strafrechtelijke procedure dan met een bestuursrechtelijke

geding.²⁸ Dit blijft echter een voordeel dat niet opweegt tegen de hier toegelichte nadelen van het strafrecht.

Kanttekeningen bij de beoogde (beperkte) strafbaarstelling

Volgens de meest recente uitlatingen van de minister van Economische Zaken zal de strafbaarstelling zich richten tot de onderneming en de natuurlijke personen die opdracht of feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging(en) van die onderneming.²⁹ Daaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich niet zal uitstrekken tot de eventuele deelnemers aan het toekomstige mededingingsdelict, zoals uitlokkers, medeplegers en medeplichtigen. Een dergelijke beperking van de werkingssfeer van het strafrecht zou weliswaar overeenkomen met de wensen die vanuit de Tweede Kamer zijn verwoord,³⁰ maar zou tegelijkertijd een novum zijn.

De consequentie ervan zou allereerst zijn dat natuurlijke personen die het toekomstige mededingingsdelict 'slechts' zouden hebben uitgelokt of op andere wijze bewust hebben bevorderd, strafrechtelijk gezien vrijuit zouden gaan. Zij zullen immers in de regel noch als onderneming, noch als opdracht- of feitelijke leidinggever kwalificeren en worden dan door de nieuwe strafbaarstelling niet geraakt. Daarnaast zou betrekkelijk onvoorspelbaar worden wie er uiteindelijk wél voor de strafrechter belandt, omdat vooral de kwalificatie als feitelijk leidinggever in de praktijk sterk kan variëren. Zo zal de statutair bestuurder niet zonder meer in beeld komen, omdat een functionele verantwoordelijkheid op zichzelf nog niet voldoende is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.³¹ Het gaat niet alleen om bevoegdheden, maar ook om bewustheid. Het is dan ook heel wel denkbaar dat in voorkomend geval niet iemand van de raad van bestuur zich strafrechtelijk moet verantwoorden, maar uitsluitend een aantal werknemers uit de laag *middle management* waartegen gemakkelijker bewijs kon worden verzameld.

In een dergelijke, weinig evenwichtige wettelijke context, mag niet worden verwacht dat de strafrechter tegenover het vervolgte individu – *i.e.* een natuurlijk persoon die zelf van de verboden gedragingen doorgaans niet veel wijzer zal zijn geworden – fors zal uithalen met een gevangenisstraf.

25. Zie daarover NMa-persbericht van 18 mei 2010 ('NMa verklaart bezwaren ex-werknemers ongegrond').

26. Zie in deze zin het PvdA-Kamerlid Heemskerk, *Handelingen II* d.d. 15 juni 2006, p. 91-5564.

27. Zie daarover o.a. *Ondernemingsrecht* 2010, 101, p. 488-491.

28. Vgl. ook M.R. Mok, 'Mededingingswet weer gewijzigd', *SEW* 2008, p. 226-235, op p. 233.

29. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 24 036, nr. 369, p. 17. Vgl. ook reeds *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 27.

30. Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16, het (uiteindelijk verworpen) amendement van het Kamerlid Heemskerk, strekkende tot het mogelijk maken van gevangenisstraf bij overtreding van art. 6 en 24 Mw, dat zich uitdrukkelijk beperkte tot degene die opdracht of feitelijke leiding zou hebben gegeven.

31. Zie in dat verband o.a. HR 24 augustus 2004, LJN AP1508 en HR 15 december 2009, NJ 2010, 21.

Kanttekeningen bij de beoogde afstemming van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

Als gezegd: wie de gevangenisstraf wil invoeren, moet er rekening mee houden dat daarmee dan ook het hele systeem van strafrecht en strafvordering wordt binnengehaald. Dat systeem kent tal van uitgangspunten, beginselen en voorschriften die de handhavingspraktijk zullen gaan meeregeren. Er komen nieuwe spelers op het veld – zoals het Openbaar Ministerie en de autonome strafrechter – en er zal een nieuwe dynamiek ontstaan. Het betekent onder andere dat de NMa haar publiekrechtelijk handhavingsmonopolie zal verliezen en dat zij een deel van de regie zal moeten prijsgeven aan (vooral) het Openbaar Ministerie. Dit vergt afstemming, zonder garantie op eenstemmigheid, laat staan op een goede uitkomst.

Wat de afstemming tussen bestuursrecht en strafrecht betreft, zij opgemerkt dat men het initiatief voor mogelijk strafrechtelijk optreden wel bij de NMa kan leggen, maar dat bij gebreke van wettelijke voorzieningen niets het Openbaar Ministerie zal beletten (ook) zelfstandig in actie te komen. Dat geldt voor de mededingingsdelicten zelf, maar het geldt te meer daar waar overtredingen van de mededingingswetgeving tevens zouden kunnen worden gekwalificeerd als deelneming aan een criminele organisatie of oplichting, dan wel gepaard zouden gaan met valsheid in geschrifte.³² Voor het opsporen en vervolgen van zulke commune delicten zal het Openbaar Ministerie in beginsel geen enkel overleg met de NMa hoeven te voeren. Daaraan doet niet af dat het voornemen is om NMa-medewerkers te betrekken bij de opsporing,³³ omdat in beginsel (ook) elke opsporingsambtenaar bevoegd is tot het opsporen van alle economische delicten.³⁴ De toekomstige overtredingen van de Mededingingswet zouden derhalve ook buiten het gezichtsveld van de NMa kunnen worden opgespoord. Het risico van eigengereid optreden kan mogelijk gedeels worden ondervangen met behulp van overlegstructuren en convenanten,³⁵ maar dan nog zal succes niet verzekerd zijn. Zo heeft ook op het terrein van de fiscale delicten de rechter het Openbaar Ministerie feite-

lijk ruim baan gegeven voor een autonome aanpak, met relativering van de wettelijk voorziene (mee)beslisbevoegdheid van de fiscus.³⁶ Indien de rechter ook op het terrein van het mededingingsrecht de positie van het Openbaar Ministerie zo zwaar zou laten wegen, is de kans aanwezig dat dit in voorkomend geval de NMa links of rechts inhaalt en aldus *de facto* haar handhavingsstrategie doorkruist.

Het doorkruisen van het handhavingsbeleid van de NMa kan vanzelfsprekend ook gebeuren doordat het Openbaar Ministerie de aangebrachte zaken juist niet aanpakt. In algemene zin kan dat zijn oorzaak vinden in een andersluidend oordeel over de haalbaarheid van de zaak of een andersluidend oordeel over de opportuniteit van de strafvervolgning. Het Openbaar Ministerie zou met de NMa van mening kunnen verschillen over de bewijsbaarheid, de strafbaarheid, de strafwaardigheid, of het eenvoudigweg te druk hebben met andersoortige zaken. Dat laatste is zeker niet ondenkbaar; waarom ook zouden zaken op het terrein van de Mededingingswet een voorkeursbehandeling (moeten) krijgen? De Mededingingswet zou toch 'gewoon' een van de meer dan honderd wetten worden die onder de Wet op de economische delicten hangen. Voor elk van die wetten kan wel worden betoogd dat en waarom de strafrechtelijke handhaving ervan (heel) belangrijk is, maar de praktijk leert dat het Openbaar Ministerie daar lang niet altijd aan toekomt. Indien het Openbaar Ministerie niet in beweging komt na een aangifte, zal de NMa zich daar uiteindelijk slechts over kunnen beklagen bij het gerechtshof. Dat leidt dan tot het opmerkelijke beeld dat de ene publiekrechtelijke handhaver zich beklaagt over het stilzitten van de andere. Dat is niet zonder precedent – de AFM heeft deze stap ooit gezet³⁷ – maar wel een weinig aantrekkelijke route.

Wisselwerking tussen strafrechtelijke handhaving en clementiebeleid

Een belangrijk punt van zorg is de mogelijk negatieve invloed die (de dreiging van) strafrechtelijk optreden kan hebben op het clementiebeleid van de NMa. De term 'clementie' staat hier voor een boetevermindering waar (voormalige) karteldeelneemers en hun leidinggevendenden om kunnen verzoeken, in ruil waarvoor zij de NMa informatie verschaffen over het kartel. Deze boetevermindering kan oplopen tot 100 procent en kan dus leiden tot algehele kwijtschelding of 'boete-immuniteit'.³⁸ Het clementie-instrument wordt van wezenlijk

32. Vgl. de wijze waarop het Openbaar Ministerie de zgn. bouwfraude heeft aangepakt. Vgl. ook de zaak die aan de orde was in Hof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *NJ* 2008, 432 (de zaak *Glashelder* betreffende een zgn. glazenwasserskartel). Door de beoogde strafbaarstelling van overtredingen van de Mededingingswet, zou het in deze laatste uitspraak bedoelde vervolgingsbeletsel vervallen, nu dat immers vooral werd aangenomen op grond van de wethistorische keuze voor de exclusief bestuursrechtelijke handhaving. Dan zou dus niets meer in de weg staan aan het vervolgen van een kartel als criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr, tenzij het economisch delict zou worden beschouwd als een *lex specialis*.

33. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 24 036, nr. 369, p. 17 e.v.

34. Zie nader art. 17 WED.

35. Vgl. in dat verband o.a. R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', *M&M* 2006/ 7, p. 205-211.

36. Zie o.a. HR 15 september 1986, *NJ* 1987, 304 en HR 9 juni 1987, *NJ* 1988, 583 m.nt. ThWvV.

37. Zie de zaak die aan de orde was in Hof Amsterdam 30 juni 2000, «*JOR*» 2000, 154 m.nt. Italianer.

38. Zie nader de Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, *Stcrt.* 2009, 14078, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels.

belang geacht voor de effectiviteit van de handhaving van de Mededingingswet: een zeer substantieel deel van de door de NMa aangepakte kartelzaken komt immers voort uit clementieverzoeken.³⁹ Zal de dreiging van strafrechtelijk optreden potentiële spijtoptanten straks niet afhouden van een gang naar de NMa?

De ontwerpers van de strafwetgeving hebben dit risico naar eigen zeggen al onderkend. Het zou moeten worden tegengegaan door ervoor te zorgen dat diegenen die van de NMa clementie hebben gekregen, worden gevrijwaard van strafvervolgning. Hoewel een dergelijke vrijwaring op zichzelf de vorm zou kunnen krijgen van een wettelijke vervolgingsuitsluitingsgrond, lijken de gedachten op het ministerie vooralsnog uit te gaan naar een meer informele variant, waarbij de NMa de zaak ‘aan zich’ zou houden en niet zou overdragen aan het Openbaar Ministerie. Omdat het tevens in de bedoeling ligt het initiatief tot mogelijke strafrechtelijke handhaving bij de NMa te leggen, zou de NMa kunnen waarborgen dat haar clementie-ontvangers geen strafrechtelijke risico’s lopen. Volgens de minister van Economische Zaken zal de werking van het clementie-instrument aldus zelfs worden versterkt.⁴⁰ Ik waag dat echter te betwijfelen.

Vermoedelijk zullen uitsluitend die ondernemingen en natuurlijke personen die dans ontspringen, die ook daadwerkelijk een clementietoezegging hebben gekregen en de daaraan verbonden voorwaarden naar genoegen van de NMa hebben nageleefd. Ingeval de NMa het clementieverzoek afwijst of ingeval een clementietoezegging komt te vervallen, ligt de weg naar strafvervolgning echter (weer) geheel open. En dan is de clementieaanvrager min of meer vogelvrij, want zonder nadere wettelijke voorziening zal de door hem verstrekte informatie ‘gewoon’ bruikbaar zijn in een strafrechtelijk vervolgetraject. Dit risico kan wel degelijk leiden tot drempelvrees en dus de werking van het clementie-instrument negatief beïnvloeden.

Ook degene wiens clementieverzoek wél heeft geleid tot het gewenste resultaat zal daarmee niet elke betrokkenheid in het strafproces kunnen ontlopen. De ‘verklikkers’ van het kartel zullen door de strafrechtelijk vervolgte karteldeelnemers zonder twijfel worden opgeroepen als getuige. De betrouwbaarheid van hun verklaringen zal in twijfel worden getrokken en zij zullen aldus – tegen wil en dank – een rol moeten vervullen in het strafproces. Aangezien zij inmiddels strafrechtelijk geen risico meer zouden lopen, zouden zij zich niet langer kunnen beroepen op een zwijgrecht of verschoningsrecht.⁴¹ Indien zij onder ede worden gehoord, zouden zij dus volledig en naar waarheid alle tekst en uitleg moeten verschaffen: niet alleen over het bestaan en functioneren van het vermeende kartel, maar bijvoorbeeld ook over de

wijze waarop zij dit bij de NMa hebben aangebracht en wat zij daar aan informatie hebben achter gelaten. Vervolgens kan deze informatie via Openbaar Ministerie of rechter worden opgevraagd en toegevoegd aan het strafdossier en kunnen ook de betrokken NMa-medewerkers daarover nader worden ondervraagd. Aldus bestaat gereede kans dat in voorkomend geval het gehele clementiedossier van de NMa op de tafel van de strafrechter zal belanden en in de openbaarheid van het strafproces aan de orde wordt gesteld. Het is de vraag of de voorstanders van het strafrecht zich dit alles hebben gerealiseerd. In elk geval lijkt dit scenario niet bevorderlijk voor de toestroom van het aantal clementieaanvragen.

Hiervóór werd al gememoreerd dat het streven erop gericht is het clementiebeleid door de voorgenomen wetwijziging niet aan te tasten, maar te versterken. Wie clementie krijgt, mag niet meer worden vervolgd, zo is de bedoeling. De clementieverzoeker wordt dan in wezen beloond met strafrechtelijke immuniteit. Die immuniteit zou zich overigens mede moeten uitstrekken tot connexe commune delicten, omdat de clementieaanvrager anders onverminderd het risico zou lopen te worden vervolgd ter zake van deelneming aan een criminele organisatie, oplichting of witwasdelicten.⁴² Vanuit strafrechtelijk perspectief zou het verkrijgen van de hier bedoelde strafrechtelijke immuniteit intussen vrij uniek zijn, omdat het al of niet spontaan opbiechten van wetsovertredingen als regel niet tot vervolgingsuitsluiting kan leiden.⁴³ Het staat het Openbaar Ministerie en de rechter op zichzelf wel vrij aan de coöperatieve opstelling van een verdachte positieve gevolgen te verbinden. Veelal wordt zulks dan echter verdisconteerd in de strafmaat, waarbij op voorhand nimmer valt te voorspellen in welke mate dat het geval zal zijn, omdat de strafrechter daar uiteraard geheel onafhankelijk zijn oordeel over velt. Vervolgens is ook achteraf maar hoogst zelden exact te herleiden welke korting de verdachte heeft gekregen, omdat de straftoematingsbeslissing doorgaans de uitkomst is van een heel complex van factoren, waarvan de houding van de verdachte en zijn bijdrage aan de waarheidsvinding er maar één is. Daar wordt geen afzonderlijk kortingspercentage aan verbonden. Buiten twijfel staat in elk geval, dat de beloning voor het ‘verklikken’ van medeverdachten – *i.e.* andere karteldeelnemers – in de strafrechtelijke context nooit zo hoog zou zijn als zij in de bestuursrechtelijke context is.

Het bestaan en succesvol functioneren van het clementiebeleid zal zijn weerslag hebben op de wijze waarop door de NMa aangedragen strafzaken zullen worden

39. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 24 036, nr. 369, p. 17, waar een percentage van 40 procent wordt genoemd.

40. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 24 036, nr. 369, p. 17.

41. Vgl. art. 219 Sv, dat (voor zover hier relevant) het verschoningsrecht voor de getuige beperkt tot het beantwoorden van vragen waardoor hij zichzelf aan ‘het gevaar eener strafrechtelijke veroordeling’ zou blootstellen.

42. Zie daarover reeds hiervóór, in de paragraaf *Kanttekeningen bij de beoogde afstemming van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving*, alsmede hierna, in de paragraaf *Karteldeelnemers worden witwassers*.

43. De uitzondering die de regel bevestigt, is vervat in de zgn. inkeerregeling uit hoofde van art. 69 lid 3 AWR. De reikwijdte van deze bepaling is overigens beperkt: zodra de fiscale delinquent weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat belastingambtenaren bekend zijn of zullen worden met de onjuistheid of onvolledigheid van zijn in het verleden gedane belastingaangifte(n), is het stadium waarbinnen hij straffeloos kan inkeren al gepasseerd. In deze context doet niet ter zake wat hij nog zou kunnen aanleveren omtrent het strafbaar handelen van anderen.

behandeld. Het vervolgen van ‘verklakte’ karteldeelnemers kan spanning opleveren met het gelijkheidsbeginsel dat ook in het kader van het strafproces moet worden gerespecteerd. Indien bijvoorbeeld de meest dominante partij binnen het kartel bestuurrechtelijk én strafrechtelijk immuniteit heeft verkregen dankzij het feit dat hij als eerste clementie heeft aangevraagd, is dan nog wel te rechtvaardigen dat de minder dominante karteldeelnemers worden blootgesteld aan de zwaarst denkbare handhavingsinstrumenten die het strafrecht biedt? Zo dit gegeven al niet zou kunnen leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, dan zal het toch zeker wel een mitigerende invloed hebben op de straftoemeting. Het ligt immers niet voor de hand dat een strafrechter dan nog genegen zal zijn de kleinere visen de maximale straf op te leggen. Alweer een factor die de kans op gevangenisstraf voor ‘kartellisten’ verkleint.

Karteldeelnemers worden witwassers

Hiervóór werd reeds opgemerkt dat het overtreden van de Mededingingswet onder omstandigheden tevens een commuun delict oplevert, dan wel gepaard gaat met commune delicten. Indien mag worden aangenomen dat karteldeelnemers en machtsmisbruikers financieel beter worden van hun gedrag – een aanname die in elk geval ten grondslag wordt gelegd aan het pleidooi voor strenge straffen – impliceert de strafbaarstelling dat de overtreders van de Mededingingswet zich welhaast per definitie tevens schuldig maken aan witwassen. De daarop toepasselijke strafbepalingen zijn zeer verstrekkend.⁴⁴ Reeds het enkele verwerven, voorhanden hebben en overdragen van gelden die, naar de betrokkene weet (of redelijkerwijs moet vermoeden), rechtstreeks of indirect afkomstig zijn uit enig misdrijf – zoals een karteldelict – moet in strafrechtelijke zin als (schuld)witwassen worden gekwalificeerd. Vanaf het moment waarop de beoogde strafbaarstelling in werking treedt, zal elke euro die het kartel verdient en waarvan gezegd kan worden dat deze geheel of gedeeltelijk is voortgevloeid uit de gemaakte afspraken, in strafrechtelijk opzicht ‘besmet’ zijn en dus onontkoombaar worden witgewassen.

De consequenties daarvan zijn groot. Allereerst leidt dit tot strafrechtelijke aansprakelijkheid voor eenieder die binnen de onderneming van de karteldeelnemer kennis draagt of had behoren te dragen van het verboden gedrag en die betrokken is bij het omgaan met de financiële middelen. Hier is de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitdrukkelijk niet beperkt tot opdracht- en feitelijk leidinggevers, maar strekt zij zich ‘gewoon’ mede uit tot alle denkbare deelnemers (zoals de medeplegers en medeplichtigen). Van belang is voorts dat de omstandigheid dat het gronddelict hier te lande niet of niet meer

kan worden vervolgd, bijvoorbeeld omdat Nederland geen rechtsmacht heeft of omdat het delict is verjaard, niet in de weg staat aan een vervolging ter zake van het witwassen van de door dat gronddelict verkregen gelden.⁴⁵ Dit betekent dat een succesvolle clementieprocedure die uitmondt in strafrechtelijke immuniteit voor het karteldelict, op zichzelf nog geen beletsel vormt voor een strafvervolging ter zake van witwassen. Ook hiervoor zal de wetgever dus een voorziening moeten treffen, bij gebreke waarvan clementieaanvragers zullen worden afgeschrikt. In de derde plaats voert de conclusie dat sprake is van witwassen tot een verreichende strafrechtelijke claim op de bedrijfsresultaten van de karteldeelnemer. Die resultaten zijn geheel of ten dele uit misdrijf afkomstig, zo zal de redenering van het Openbaar Ministerie zijn, en zij zullen dus moeten worden aangemerkt als wederrechtelijk verkregen voordeel.⁴⁶ Daarmee zijn zij vatbaar voor inbeslagneming en zullen zij kunnen worden betrokken in een ontnemingsprocedure.

Kortom: de beperkte strafbaarstelling van overtredingen van de Mededingingswet leidt tot nagenoeg onbeperkte strafrechtelijke risico’s op het vlak van de witwasdelicten en stelt ondernemingen bloot aan ongekend hoge risico’s op strafrechtelijke voordeelsontneming.

Import van Amerikaanse normen en uitlevering van Nederlanders

Tot slot kan worden signaleerd dat de introductie van het strafrecht op het terrein van het mededingingsrecht, de deur wagenwijd openzet voor rechtshulp aan de Verenigde Staten. De wederzijdse strafbaarheid is dan in elk geval per definitie geen *issue* meer⁴⁷ en de Amerikaanse autoriteiten zullen niet schromen om uitlevering van Nederlanders te vragen.⁴⁸ Ook hier zou de NMA overigens buiten spel staan, omdat zij, anders dan het Openbaar Ministerie, in het kader van de internationale rechtshulp geen rol te vervullen heeft.

Gegeven de traditioneel nogal sterk uiteenlopende waardering van mededingingsovertredingen, zal het verlenen van rechtshulp aan de Verenigde Staten in dezen niet steeds stroken met het Nederlandse rechtsgevoel, echter zonder dat daar – althans na criminalisering van het

45. Vgl. o.a. HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 147 m.nt. Borgers.

46. Zie nader art. 36e Sr, waarin overigens tevens wordt voorzien in een mogelijkheid van verruimde voordeelsontneming, waardoor ook ontneming mogelijk is indien aannemelijk is dat strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.

47. Vgl. overigens reeds de rubriek redactioneel (getiteld ‘Strafrechtelijke vervolging van kartelgedrag in de VS; de lange arm van de Sherman Act reikt tot Nederland’) in *AM* 2009, nr. 4, p. 71-72.

48. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld het artikel in het *Financieele Dagblad* van 13 maart 2006 (‘Internationale strijd tegen kartels steeds harder’) waaruit blijkt dat de Amerikanen reeds langer hun handhavingsinspanningen nadrukkelijk mede richten op buitenlanders.

44. Zie art. 420bis t/m 420quinquies Sr.

mededingingsrecht – in formele zin nog veel tegen te doen zal zijn. Ook dat lijkt geen aantrekkelijk perspectief, behalve dan voor hen die menen dat de Amerikaanse aanpak *simply the best* is.

Slot

De voormalig officier van justitie en rechter Abspoel schreef ooit een boek met de pakkende titel *Tralies zijn geen medicijn*.⁴⁹ Een interessante titel, zeker wanneer deze wordt afgezet tegenover alle actuele propaganda voor de gevangenisstraf als wondermiddel tegen overtredingen van de Mededingingswet. Dat zogenaamde wondermiddel gaat dus niet helpen, terwijl het strafrecht ook voor het overige nauwelijks toegevoegde waarde zal bieden. Eerder het tegendeel: vermoedelijk is het middel erger dan de kwaal, omdat de bijwerkingen ervan zeer schadelijk kunnen zijn, onder andere voor het nu nog succesvol geachte clementiebeleid. Op zijn best is het strafrecht een placebo, waarvan het effect beperkt is tot de politici die er kennelijk graag een wet voor optuigen. Niet nodig: de kwaal die men op het oog heeft, wordt het best bestreden met het medicijn dat al sinds 1998 op de markt is.

49. J.J. Abspoel, *Tralies zijn geen medicijn*, Utrecht: Veen 1985.