Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Timab Industries S.A.: eerste 'hybride zaak' doorstaat eerste rechterlijke toetsing

Mr. S.M.M.C. Vinken en mr. drs. M.W.J. Jongmans*

Het Gerecht heeft in het arrest *Timab Industries en Compagnie Financière et de participations Roullier* (Timab) voor het eerst uitspraak gedaan over het hybride karakter van de schikkingsprocedure op grond van Verordening (EG) nr. 622/2008.[1] Het hybride karakter is gelegen in de omstandigheid dat alle karteldeelnemers behoudens Timab de zaak met de Commissie hebben geschikt.

In de tweede plaats is het arrest van belang, omdat aan Timab een boete werd opgelegd die aanzienlijk hoger was dan de bovengrens van de bandbreedte van boetes die haar door de Commissie in de schikkingsprocedure was voorgehouden.

In dit artikel worden de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot deze onderwerpen besproken en van kort commentaar voorzien.

Gerecht 20 mei 2015, zaak T-456/10, Timab Industries, ECLI:EU:T:2015:296 (hogere voorziening verzocht: C-411/15P)

Achtergronden

Het kartel

Het ging in deze zaak om een klassiek verkoopkartel. De Commissie heeft aangetoond dat de belangrijkste Europese producenten van fosfaten voor diervoeder (hierna: FD) decennialang een groot deel van de Europese FD-markt verdeelden door jaarlijks verkoopquota per regio en per klant overeen te komen.[2] Bovendien coördineerden zij de prijzen en, waar nodig, de verkoopvoorwaarden. Het kartel gaat terug tot 19 maart 1969. Op die datum sloten de toenmalige vijf grootste FD-producenten een schriftelijke overeenkomst waarmee werd beoogd een situatie van overcapaciteit op de Europese markt op te lossen. Om de werking en het voortbestaan van het kartel te garanderen ging de afspraak gepaard met aanvullende afspraken en diverse regionale subafspraken. Gaandeweg is bijvoorbeeld voorzien in een mechanisme van opvolging van de marktafspraak en in een geschillenregeling bij grote afwijkingen van de overeengekomen quota door een compensatiestelsel.[3]

De kartelafspraken kregen de naam CEPA (*Centre d'etude des phosphates alimentaires*). Het kartel is in de loop der jaren in reactie op 'kritieke marktsituaties' op verschillende wijze georganiseerd. Zo kozen de kartelleden in 1978 voor een reorganisatie van het kartel in drie subafspraken om in 1991-1992 weer terug te keren naar één enkele structuur genaamd Super CEPA.

Evenals het gros van de kartelzaken die de Europese Commissie initieert, is ook deze zaak begonnen met een clementieverzoek.[4] Naast het verzoek van de eerste clementieverzoeker (Kemira groep) heeft de Commissie nog drie clementieverzoeken ontvangen. Het vierde en laatste clementieverzoek was afkomstig van Timab. Dit verzoek werd ingediend op 14 oktober 2008 (vier jaar na aanvang van het onderzoek) en is door Timab aangevuld op 28 oktober 2009.[5]

De schikkingsprocedure

Na de onderzoeksfase heeft de Commissie, conform de in 2008 geïntroduceerde schikkingsprocedure, bij alle

* Mr. S.M.M.C. (Silvia) Vinken en Mr. drs. M.W.J. (Martijn) Jongmans zijn beiden advocaat bij BANNING N.V.

1. Verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken, *PbEG* 2008, L 171/3.
2. Diervoederfosfaten zijn chemische verbindingen die worden gebruikt in diervoeders voor runderen, varkens, pluimvee, vis en huisdieren.
3. Besluit Animal Feed Phosphates, punt 58.
4. Ondernemingen die de Commissie attent maken op het bestaan van een kartel ontvangen immuniteit tegen geldboeten op grond van de clementieregeling 2002 van de Commissie. Ook opvolgende clementieverzoekers kunnen profiteren van boetereductie. De hoogte van de reductie voor opvolgende clementieverzoekers bedraagt maximaal 50 procent en hangt naast de rangorde af van de additionele waarde van het verzoek. Het percentage zaken dat de Europese Commissie onderzoekt dat start met een clementieverzoek ligt op 75 procent (bron: speech Chris Fonteijn d.d. 2 oktober 2014 bij Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht, Apollohotel Amsterdam, <www.acm.nl>).
5. Gerecht 20 mei 2015, zaak T-456/10, *Timab Industries*, ECLI:EU:T:2015:296, punt 37.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Basisbedrag	Percentage van de waarde van de betrokken verkopen (0-30 procent) X duur (jaren of periodes van minder dan een jaar) + 15-25 procent van de waarde van de betrokken verkopen: extra afschrikking voor kartels
Verhoogd in het geval van	**Verzwarende omstandigheden** Bijv. kopstuk, recidive of belemmering van het onderzoek
Verlaagd in het geval van	**Verzachtende omstandigheden** Bijv. beperkte rol of door wetgeving aangemoedigd gedrag
Met een **algemeen maximum** van	**10 procent van de omzet** (per inbreuk)
Eventueel verder verlaagd in het geval van	**Clementie** 100 procent voor de eerste, tot 50 procent voor de volgende, 20-30 procent voor de derde en tot 20 procent voor andere
	Schikking: 10 procent
	Onvermogen te betalen

betrokken ondernemingen gepeild of zij belangstelling hadden tot een schikking te komen.[6]
De schikkingsprocedure bestaat in de kern uit verschillende bilaterale schikkingsgesprekken tussen de Commissie en de kartellisten.[7] Ondernemingen die deelnemen aan de schikkingsprocedure krijgen toegang tot de stukken uit hun dossier die zijn gebruikt ter vaststelling van de feiten. Verder verstrekt de Commissie in de loop van de procedure een raming van de bandbreedte van de verwachte boete.[8] Net als de boetebedragen in gewone administratieve procedures worden de boetes in een schikkingsprocedure vastgesteld conform de uitgangspunten van de Richtsnoeren boetetoemeting,[9] met dien verstande dat de schikkende onderneming wordt beloond met 10 procent boetevermindering.[10]
NB De boeteberekening op basis van de Richtsnoeren is schematisch samengevat in bovenstaande tabel.

Na de bilaterale schikkingsgesprekken geeft de Commissie de betrokken ondernemingen ten minste drie weken de tijd om te bepalen of ze een formeel schikkingsverzoek willen indienen. Dit verzoek dient in ieder geval te bevatten:
1. een duidelijke erkenning van aansprakelijkheid;
2. een indicatie van de maximaal acceptabele boete; en
3. een bevestiging van de onderneming dat zij voldoende is geïnformeerd en voldoende gelegenheid heeft gehad haar standpunt kenbaar te maken.

Bovendien dienen de ondernemingen die willen schikken te verklaren dat ze zullen afzien van verdere toegang tot het dossier en verdere hoorzittingen.[11] Dit laatste betekent uiteraard niet dat geen beroep openstaat bij het Gerecht.[12]
Indien het schikkingsverzoek akkoord wordt bevonden, verstrekt de Commissie vervolgens de punten van bezwaar, die de schikkende partij schriftelijk moet bevestigen als zijnde conform het formele schikkingsverzoek.[13] Als sluitstuk van de schikkingsprocedure neemt de Commissie het schikkingsbesluit.
Zowel de Commissie als de betrokken ondernemingen kunnen op elk moment besluiten met de schikkingsprocedure te stoppen. Indien de schikkingsprocedure wordt gestaakt, dient de Commissie terug te vallen op de gewone procedure. Dit betekent onder meer dat de Commissie nieuwe punten van bezwaar moet uitbrengen en de desbetreffende partij(en) in staat dient te stellen de verdediging opnieuw te voeren.
In de onderhavige zaak heeft Timab (net als de overige kartellisten) drie bilaterale schikkingsgesprekken met de Commissie gevoerd. Op basis van door Timab in het kader van haar clementieverzoek verstrekte inlichtingen stelde de Commissie zich op het standpunt dat Timab niet alleen van 1993 tot 2004 betrokken is geweest in het Super CEPA-kader, maar reeds vanaf 1978 heeft deelgenomen aan het kartel. Tijdens het tweede schikkingsgesprek bracht Timab in reactie op dit standpunt naar voren dat de Commissie haar overeenkomstig punt 23 van de mededeling inzake medewerking volledige immuniteit voor het tijdvak 1978 tot 1992 diende te verlenen.[14] Timab meende daarop aanspraak te kunnen maken, omdat haar eigen clementieverklaring het enige

6. Verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken , *PbEU* 2008, L 171/3 (hierna: Verordening inzake schikkingen) en Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken, *PbEU* 2008, C 167/1 (hierna: Mededeling schikkingsprocedures). De Mededeling schikkingsprocedures verduidelijkt deze procedure.
7. Voor een nadere toelichting over de schikkingsprocedure zelf, zie A.M. ter Haar, 'De Europese schikkingsprocedure voor kartelzaken. De ervaringen tot nu toe', *M&M* 2012/5, als ook F. Liana en E. Laurinen, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges', *Journal of European Law and Practice* 2013, 4(4).
8. Mededeling schikkingsprocedures, par. 14-19.
9. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PbEG* 2006, C 210/02.
10. Mededeling schikkingsprocedures, par. 32.
11. Mededeling schikkingsprocedures, par. 20-22.
12. Mededeling schikkingsprocedures, par. 41.
13. Mededeling schikkingsprocedures, par. 23-27.
14. Mededeling van de Commissie van 8 december 2006 betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bewijs vormde voor haar betrokkenheid bij het kartel in de periode vóór 1992.
Tijdens de derde schikkingsbijeenkomst concludeerde de Commissie dat zij Timab bij schikking de gevraagde immuniteit niet zou verlenen. Volgens de Commissie kon op basis van Timab's verklaringen weliswaar haar eigen deelname worden vastgesteld voor het gehele tijdvak 1978-2004, maar kon niet de duur en werkingssfeer van het kartel in algemene zin worden uitgebreid. De Commissie was wel bereid een vermindering van de boete met 35 procent 'buiten clementie' toe te staan wegens verzachtende omstandigheden in de zin van punt 29 van de Richtsnoeren boetetoemeting. Ook kwam Timab vanwege de 'zelfbeschuldiging voor het tijdvak 1978-1993' in aanmerking voor een korting van 17 procent krachtens de mededeling inzake medewerking. Tezamen met de 10 procent korting voor schikken, resulteerde dit 'pakket' in een boetebandbreedte met als ondergrens 41 miljoen euro en als bovengrens 44 miljoen euro voor deelname aan één voortdurende inbreuk van 31 december 1978 tot en met 10 februari 2004. Na kennis te hebben genomen van deze boetebandbreedte besloot Timab de schikkingsgesprekken af te breken.

Boete Timab in gewone procedure

In de na het afbreken van de schikkingsprocedure gevolgde gewone procedure stelde Timab zich op het standpunt dat zij niet had deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk van 1978 tot 1993, maar aan twee of drie afzonderlijke gedragingen. De gedragingen vóór de aansluiting van Timab bij Super CEPA op 16 september 1993 dienden volgens Timab te worden onderscheiden van de gedragingen in het kader van CEPA (want onderbroken gedurende nagenoeg twee aanvullende gedragingen) en zouden zijn verjaard.
Timab rekende er waarschijnlijk op dat zij er in de gewone procedure in zou slagen om haar betrokkenheid bij het kartel terug te brengen van 26 jaar naar iets meer dan 10 jaar en dat dit zou resulteren in een hogere boetekorting dan de 10 procent korting voor het treffen van een schikking. Een andere verklaring voor de koerswijziging van Timab zou kunnen zijn dat zij civiele schadeclaims vreest en om die reden (bij nader inzien) beducht was om een lange betrokkenheid bij het kartel te erkennen.
Voor wat betreft de duur van de betrokkenheid bij het kartel pakte de strategie van Timab goed uit. Door het gevoerde verweer kon de Commissie zich in de gewone procedure niet (meer) baseren op de clementieverklaring van Timab en met het wegvallen van de clementieverklaring kon niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat Timab kennis had van en deelgenomen had aan kartelgedragingen vóór 1993.
De door Timab verwachte boeteverlaging in de gewone procedure bleef echter uit. Voor betrokkenheid bij het kartel in het tijdvak 1993-2004 legde de Commissie aan Timab in de gewone procedure uiteindelijk een boete op van maar liefst 59.850.000 euro. Ruim 15 miljoen euro meer dan de bovengrens van de boetebandbreedte in de schikkingsprocedure (een verhoging van bijna 25 procent). Naast het wegvallen van de 10 procent vermindering voor schikken en een hoger gemiddelde van de jaarlijkse verkopen in het beboete tijdvak, blijkt uit het sanctiebesluit dat de hogere boete wordt veroorzaakt doordat Timab in de gewone procedure geen vermindering heeft gekregen voor verzachtende omstandigheden (was 35 procent in de schikkingsprocedure) en dat de vermindering voor medewerking is verlaagd (van 17 procent naar 5 procent). Schematisch kunnen de verschillen tussen de boeteberekening in de schikkingsprocedure en de gewone procedure worden samengevat zoals gedaan in de tabel op de volgende pagina.[15]

Het zal niet verbazen dat Timab zich niet kon vinden in de hoogte van de opgelegde boete en beroep heeft ingesteld bij het Gerecht.

Arrest

Timab voert in beroep diverse grieven aan die er in essentie op neerkomen dat de Commissie haar heeft bestraft voor het afbreken van de schikkingsprocedure. Volgens Timab mag het boetebedrag in de gewone procedure in geen geval de bovengrens (vermeerderd met 10 procent) van de haar in de schikkingsprocedure meegedeelde boetebandbreedte te boven gaan.[16] Wij leggen hierna de nadruk op de overwegingen van het Gerecht ten aanzien van deze kernbezwaren van Timab. Het Gerecht stelt als opmerking vooraf dat de schikkingsprocedure moet worden onderscheiden van de clementieprocedure. Het clementiebeleid heeft tot doel kartels aan het licht te brengen en het werk van de Commissie in dat opzicht te vergemakkelijken. De schikkingsproce-

15. Bron: Presentatie door Sidley Austin op de '76th lunch talk of the GCLC – seven years of settlement decisions: an appraisal after the Timab tickets', <www.eventbrite.com>.
16. *Timab Industries*, punt 88.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Criteria	Schikkingsprocedure	Gewone procedure
Duur van het kartel	1978-2004 (26 jaar)	1993-2004 (> 10 jaar)
Betrokken omzet x 17 procent zwaartecategorie	€ 90 miljoen	€ 58 miljoen
+ 'entry fee'	€ 3 miljoen	€ 5 miljoen
= Basisbedrag	€ 93 miljoen	€ 63 miljoen
- Verzachtende omstandigheden	€ 33 miljoen (35 procent)	€ 0
- Clementiekorting	€ 10 miljoen (17 procent)	€ 3 miljoen (5 procent)
- Schikkingskorting	€ 6 miljoen (10 procent)	€ 0
[Totale korting]	*[€ 49 miljoen] [62 procent]*	*[€ 3 miljoen] [5 procent]*
= Boete	€ 44 miljoen	€ 60 miljoen

dure daarentegen ziet vooral op procedurele efficiëntie zodat de Commissie meer zaken met dezelfde middelen kan behandelen.[17] In gevallen waarin niet alle deelnemers aan een inbreuk zijn betrokken bij de schikking, bijvoorbeeld wanneer een onderneming zoals in casu de schikkingsprocedure afbreekt, geeft de Commissie enerzijds na een vereenvoudigde procedure een besluit dat is gericht tot de schikkende deelnemers aan de inbreuk, en anderzijds volgens een gewone procedure een besluit dat is gericht tot de deelnemers aan de inbreuk die beslisten om niet te schikken. Ten aanzien van dergelijke 'hybride gevallen' overweegt het Gerecht dat het gaat om deelnemers aan één zelfde kartel zodat het beginsel van gelijke behandeling in acht moet worden genomen.[18] In beide procedures moet het boetebedrag met toepassing van de richtsnoeren voor de berekening van de op te leggen geldboeten worden vastgesteld zonder discriminatie tussen de deelnemers aan één zelfde kartel wat de gegevens en methodes van berekening betreft die niet worden beïnvloed door de eigen specifieke aspecten van de schikkingsprocedure zoals de toepassing van de 10 procent vermindering bij schikking.[19] In reactie op het argument dat de aan Timab in de gewone procedure opgelegde boete (fors) meer bedraagt dan de bovengrens van de boetebandbreedte in de schikkingsprocedure, overweegt het Gerecht dat dit 'op het eerste gezicht paradoxaal [kan] lijken wanneer de inbreukduur met nagenoeg vijftien jaar is verkort'.[20] Bij nadere beschouwing constateert het Gerecht echter dat de Commissie zowel in de schikkingsprocedure als in het bestreden besluit dezelfde methode van berekening van het boetebedrag heeft toegepast als in de boeterichtsnoeren 2006.[21] Het Gerecht oordeelt dat de Commissie met juistheid heeft vastgesteld dat de kortere inbreukduur resulteert in een hoger gemiddelde van de jaarlijkse verkopen (21 miljoen v. 32 miljoen euro), waardoor de 'entry fee' in de gewone procedure 2 miljoen euro hoger uitvalt dan in de schikkingsprocedure (3 miljoen v. 5 miljoen euro). Ook het op nihil stellen van de vermindering voor verzachtende omstandigheden en het naar beneden bijstellen van de clementiekorting wegens het wegvallen van de zelfbeschuldiging voor het tijdvak 1978-1993 stuit volgens het Gerecht niet op bezwaren. Het Gerecht overweegt als volgt:

> 'De Commissie besliste dus terecht om de wegens verzachtende omstandigheden aanvankelijk overwogen vermindering met 35 procent "buiten clementie" op basis van punt 29 van de richtsnoeren van 2006 niet toe te passen. Zo ook beïnvloedde het wegvallen van het eerste tijdvak de vermindering met 17 procent krachtens de mededeling inzake medewerking. (…)[22]

Het Gerecht verwerpt eveneens de grief dat de Commissie bij afbreking van de schikkingsprocedure in de gewone procedure is gebonden aan de boetebandbreedte, in de zin dat het bedrag van de geldboete in geen geval de bovengrens + 10 procent mag overschrijden. Het Gerecht stelt vast dat de schikkingsprocedure een afzonderlijke procedure is die moet worden onderscheiden van de uiteindelijk gevolgde gewone procedure en overweegt dat de Commissie in die laatste procedure:

1. enkel is gebonden door de mededeling van de punten van bezwaar, die geen boetebandbreedte vaststelt; en
2. verplicht is rekening te houden met de haar in deze procedure ter kennis gebrachte nieuwe elementen.[23]

Aan de boetebandbreedte die in de schikkingsprocedure wordt vastgesteld komt in de gewone procedure geen enkele betekenis toe. In de woorden van het Gerecht:

> 'Indien de onderneming geen schikkingsvoorstel indient, beheersen de algemene bepalingen van verordening nr. 773/2004 en niet die inzake de schikkings-

17. *Timab Industries*, punten 60 en 65.
18. *Timab Industries*, punten 71-72.
19. *Timab Industries*, punt 74.
20. *Timab Industries*, punt 81.
21. *Timab Industries*, punt 82.
22. *Timab Industries*, punt 95.
23. *Timab Industries*, punt 96.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

procedure de procedure die leidt tot het eindbesluit. Zoals gezegd, geldt hier een situatie van "tabula rasa", waarin de aansprakelijkheden nog moeten worden vastgesteld. Daaruit volgt ook dat de in de schikkingsprocedure meegedeelde bandbreedte irrelevant is, daar zij een aan deze procedure eigen instrument is. De Commissie verplichten tot toepassing van of verwijzing naar een boetebandbreedte uit een voortaan opgegeven andere procedure, zou dus onlogisch en zelfs ongepast zijn.'[24]

Ten aanzien van het verlies met 12 punten (van 17 procent tot 5 procent) uit hoofde van medewerking betoogde Timab in beroep dat sprake is van een wanverhouding tussen deze vermindering en de daarvoor aangehaalde redenen, namelijk dat er geen documentair bewijsmateriaal is en dat zij tardief uitleg verschafte over het tijdvak van 1978 tot en met 1993. Volgens Timab heeft de Commissie haar beoordeling van de toegevoegde waarde van de medewerking inzake de feiten na 16 september 1993 herzien en is zij dus beboet voor afbreking van de schikkingsprocedure. Het Gerecht ziet dit anders:

'Uit de omstandigheid dat de Commissie uit hoofde van clementie voor het tweede tijdvak (1993-1994) uiteindelijk een vermindering met 5% heeft toegekend in plaats van een vermindering van 17% voor het tijdvak van 1978 tot 2004, kan worden afgeleid dat de Commissie een beperkte toegevoegde waarde heeft gezien in de verklaringen over het betrokken tijdvak en een significante toegevoegde waarde in de verklaringen over het eerste tijdvak (1978-1993), zijnde de enige bron waarop de Commissie zich voor verzoeksters' deelname aan het kartel in dat tijdvak kon baseren. Deze beoordeling van de toegevoegde waarde kan worden aanvaard.'[25]

De overige grieven van Timab (schending van de rechten van verdediging, de beginselen van gelijke wapens, bescherming van het gewettigd vertrouwen en goed bestuur en misbruik van bevoegdheid) slagen volgens het Gerecht evenmin, zodat het beroep wordt verworpen.

Commentaar

Schikken blijkt populair. Sinds de introductie in 2008 van de (formele) mogelijkheid tot schikken in Europese kartelzaken is er al veelvuldig gebruik van gemaakt.[26] Naast de 10 procent boetevermindering zijn de aanzienlijk kortere doorlooptijd en het gestroomlijnde schikkingsbesluit overwegingen voor ondernemingen om te schikken.[27] Ondernemingen die schikken, kunnen een karteldossier eerder afsluiten (althans voor wat betreft het traject met de Commissie) en zullen minder kosten maken dan ondernemingen die vol verweer voeren in een reguliere procedure. Ter Haar wees in 2012 verder op het voordeel dat tijdens een schikkingsprocedure gedane verklaringen dezelfde bescherming als clementieverzoeken genieten.[28] De beperking van de informatie die naar buiten komt, zou volgens Ter Haar voor schikkende ondernemingen wel eens het grootste voordeel van een schikking kunnen zijn, aangezien dit het gevaar van civiele schadeclaims aanzienlijk kan verminderen. Dit voordeel van schikken lijkt onder de recent aangenomen Richtlijn civiele kartelclaims overeind te blijven.[29]
Ten tijde van het schrijven van dit artikel staat de teller op achttien succesvolle schikkingen en één schikkingsprocedure die de Commissie eigener beweging heeft afgebroken.[30] Onder deze achttien schikkingen bevinden zich vijf hybride zaken, zie hiervoor de tabel op de volgende pagina.

De niet-schikkende partijen in bovengenoemde procedures zullen reikhalzend hebben uitgekeken naar het *Timab*-arrest, aangezien het de eerste keer is dat de Europese rechter zich uitlaat over een hybride casus. Of het arrest tot veel enthousiasme heeft geleid in het kamp van de 'afvalligen' wagen wij te betwijfelen. *Timab* maakt immers duidelijk dat partijen die de schikkingsprocedure verlaten en in de gewone procedure met een andere strategie op de proppen komen, niet op veel sympathie van de Commissie en het Gerecht hoeven te rekenen. De Commissie hoeft zich niet gebonden te achten aan de in het kader van de schikkingsprocedure afgegeven boetebandbreedte. Integendeel, zij deinst er niet voor terug om met toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting op basis van 'nieuwe elementen' in de gewone procedure een boete op te leggen die (fors) meer bedraagt dan de bovengrens van de boetebandbreedte uit de schikkingsprocedure.
Voor zover de Commissie erop uit is geweest om strategisch gebruik van de schikkingsprocedure te ontmoedi-

24. *Timab Industries*, punten 104-105.
25. *Timab Industries*, punten191-192.
26. Zie voor een overzicht van de schikkingen DG Comp, Cartels: Cases, te raadplegen op <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>, als ook F. Liana en A. Bogdanov, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments', *Journal of European Competetion Law and Practice* 2014, 5(10).
27. Bij een schikking snijdt het mes aan twee kanten. De voordelen van een schikking voor de Commissie zijn vooral gelegen in procedurele efficiëntie. Door te schikken kan de Commissie zaken sneller en doeltreffender afronden. De Commissie kan daardoor haar schaarse middelen inzetten voor bestrijding van andere inbreuken.
28. A.M. ter Haar 'De Europese schikkingsprocedure voor kartelzaken. De ervaringen tot nu toe', *M&M* 2012/5.
29. Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L 349/1. Op grond van art. 6 lid 6 jo. art. 7 lid 1 zijn naast clementieverklaringen nadrukkelijk ook verklaringen met het oog op een schikking uitgezonderd van de op mededingingsautoriteiten rustende verplichting om informatie uit het mededingingsonderzoek openbaar te maken. Zie ook E. Oude Elferink en B. Braat, 'De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels', *NTER* 2014/7; B. Braat, 'Kartelschade in Nederland, een eerste aanzet', *NTER* 2013/9.
30. Besluit Commissie van 3 september 2014 in zaak AT.39574, *Smart Card Chips*.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Beschikking	Boete (euro)	Aantal betrokken ondernemingen	Aantal clementieverzoekers
Diervoederfosfaten (38.866), 20 juli 2010	175,647,000	5 schikkende partijen + 1 niet-schikkende partij	4
YIRD (39.861), 4 december 2013	669,719,000	6 schikkende partijen + 1 niet-schikkende partij	5
EIRD (39.914), 4 december 2013	1,042,749,000	4 schikkende + 3 niet-schikkende partijen	4
Staalmachines (39.792), 4 april 2014	30,707,000	4 schikkende partijen + 1 niet-schikkende partij	1
Champignonconserven (39.965), 25 juni 2014	32,225,000	3 schikkende partijen + 1 niet-schikkende partij	2

gen,[31] heeft zij in de zaak *Timab* dankbaar gebruik kunnen maken van de 'nieuwe elementen' in de gewone procedure, te weten (1) het hoger gemiddelde van de jaarlijkse verkopen in het tijdvak 1993-2004 en (2) het wegvallen van de zelfbeschuldiging voor het tijdvak 1978-1993. Met name dit tweede element is een factor van belang, omdat het de Commissie de mogelijkheid bood bij de boeteberekening in de gewone procedure met fors aangepaste 'kortingspercentages' te rekenen en zodoende het boeteverlies wegens de kortere inbreukprocedure ruimschoots te compenseren.

Kartellisten in een schikkingsprocedure doen er gezien het arrest *Timab* verstandig aan om niet te lichtvaardig te besluiten om de schikkingsgesprekken met de Commissie af te breken en hun geluk te beproeven in de gewone procedure. Met name indien aan de door de Commissie gecommuniceerde boetebandbreedte hoge percentages verminderingen voor clementie en/of verzachtende omstandigheden ten grondslag liggen, lijkt een dergelijke stap riskant. De Commissie heeft bij het bepalen van voor de boeteberekening te gebruiken kortingspercentages veel (beleids)vrijheid (de rechterlijke toetsing is doorgaans terughoudend daar waar het gaat om toepassing van beleid). Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de Commissie in de gewone procedure wijzen op nieuwe elementen, die verlaging of zelfs schrapping van de in schikkingsprocedure gehanteerde kortingspercentages rechtvaardigen. Deze aanpak stuit volgens het Gerecht niet op principiële bezwaren. De Commissie heeft in *Timab* volgens het Gerecht haar beoordelingsmarge niet (kennelijk) overschreden.

Toch zijn er naar onze mening wel degelijk enkele kritische kanttekeningen te plaatsen. Een eerste kanttekening hangt samen met de door het Gerecht ontkennend beantwoorde vraag of Timab is bestraft voor het afbreken van de schikkingsprocedure en of die bestraffing op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM. Volgens Timab berust het in randnummer 16 van de Mededeling Schikkingsprocedures vastgestelde 'recht' om met kennis van zaken te kunnen beslissen om al dan niet te schikken, op de uitoefening van de rechten van verdediging en op het recht om zichzelf niet te beschuldigen. Volgens Timab verdraagt de door de Commissie opgelegde sanctie op afbreking van de schikkingsprocedure zich niet met het verbod op gedwongen zelfincriminatie.[32] Zoals gezegd ligt volgens het Gerecht in de hogere boete in de gewone procedure geen sanctie voor niet-schikken besloten en heeft de schikkingsprocedure een vrijwillig karakter, zodat van gedwongen zelfincriminatie geen sprake is.[33] Interessant is de overweging van het Gerecht dat 'uit het dossier [geenszins volgt] dat de Commissie heeft gepoogd verzoeksters' keuze te beïnvloeden'.[34] Het Gerecht lijkt met deze overweging (impliciet) aan te haken bij de uitspraak van het EHRM in *Deweer/België*.[35] In dit arrest oordeelde het EHRM dat een zaak buitengerechtelijk kan worden afgedaan zonder dat dit strijd oplevert met doel en strekking van artikel 6 EVRM, mits de verdachte hiermee instemt.[36] Tevens is door het EHRM in deze zaak uitgemaakt dat de instemming met de buitengerechtelijke afdoening zonder dwang ('without constraint') moet hebben plaatsgevonden.[37]

Denkbaar is dat na *Timab* een onderneming die in de schikkingsprocedure een kwalificatie van een inbreuk voorgelegd krijgt waarin deze onderneming zich niet (geheel) kan vinden zich gedwongen kan voelen toch maar te schikken, omdat afbreken van de schikkingsonderhandelingen mogelijk kan resulteren in een (aanzienlijk) hogere boete in de gewone procedure. Het gaat ons inziens te ver om te stellen dat enkel het bestaan van onzekerheid omtrent de hoogte van de boete in de administratieve procedure een vorm van dwang is. Enige onzekerheid over de uitkomst in de gewone procedu-

31. Ondernemingen zouden een strategie kunnen kiezen waarbij zij in de schikkingsprocedure niet al hun kaarten op tafel leggen en de procedure gebruiken als middel om een kijkje in de keuken van de Commissie te nemen om vervolgens een gecalculeerde afweging te maken ten aanzien van de afweging wel of niet schikken. Het arrest *Timab* maakt duidelijk dat een dergelijke strategie voor de niet-schikkende onderneming niet zonder risico's is.

32. *Timab Industries*, punt 49.
33. *Timab Industries*, punt 120.
34. *Timab Industries*, punt 120.
35. EHRM 27 februari 1980, A-35, *NJ* 1980/561 (*Deweer/België*).
36. *Deweer*, punt 49.
37. *Deweer*, punt 50 e.v.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

re is onvermijdelijk. Verder geldt dat een eventuele boete in de gewone procedure ook lager kan uitvallen. Onder omstandigheden kan het gebrek aan transparantie ten aanzien van de hoogte van de boete in de gewone procedure echter wel degelijk leiden tot '*constraint*'. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, indien aan de door de Commissie gecommuniceerde boetebandbreedte in de schikkingsprocedure hoge percentages verminderingen voor clementie en/of verzachtende omstandigheden ten grondslag liggen en het voor de betrokken onderneming niet (goed) inzichtelijk is op welke wijze de Commissie de betreffende kortingspercentages heeft berekend. Een en ander zal altijd zaakspecifiek moeten worden bekeken.

Een tweede kanttekening betreft de overweging van het Gerecht dat het beginsel van 'equality of arms' niet geschonden zou zijn.[38] Volgens Timab was de uitkomst van een aanzienlijk verhoogde boete bij een fors verkorte overtredingsduur niet voorzienbaar (althans niet in die mate). Het Gerecht gaat daaraan voorbij door te stellen dat wel degelijk voorzienbaar was dat bepaalde kortingen vervallen als verklaringen geen toegevoegde waarde meer hebben en de Commissie om die reden ook niet meer gehouden is tot beloning van die verklaringen. Het oordeel van het Gerecht dat het 'equality of arms'-beginsel niet is geschonden kunnen wij volgen, maar Timab heeft ons inziens wel een punt dat het Gerecht onvoldoende heeft meegewogen dat in de schikkingsgesprekken het inhoudelijk debat over de toegevoegde waarde van het clementieverzoek níet gevoerd is. Pas na het antwoord op de Mededeling van de punten van bezwaar en de hoorzitting in 2010 heeft de Commissie Timab verzocht om verduidelijking over de verhouding tussen haar clementieverzoek en de feiten voor 1993 en wees zij erop dat de nieuwe kwalificatie van de inbreuk de berekening van de geldboeten en in het bijzonder de toegevoegde waarde van de medewerking kon beïnvloeden.[39] Naar onze mening had het op de weg van de Commissie gelegen om in de schikkingsgesprekken – daar waar een fundamenteel verschil van inzicht bestaat in de kwalificatie van de feiten en de geldelijke waardering daarvan – aan te geven wat de gevolgen van een exit voor Timab waren. Timab kon het dan nog steeds niet eens zijn met de Commissie maar had daarmee wel een gedegen (en zuivere) afweging kunnen maken ten aanzien van de te nemen stappen (wel/niet schikken).

Voor Timab heeft de – naar wij aannemen beredeneerde – gok om niet te schikken vooralsnog verkeerd uitgepakt, althans voor wat betreft de uitkomst van het publieke handhavingstraject.[40] Naar onze mening is de Commissie bij het Gerecht te makkelijk weggekomen. Voor Timab en andere kartellisten die voor de keuze staan om wel of niet te schikken is het te hopen dat het Hof van Justitie naar aanleiding van het door Timab inmiddels ingestelde hoger beroep[41] wel (enige) beperkingen stelt aan de vrijheid van de Commissie om ondernemingen die uit een schikkingstraject stappen in de gewone procedure fors hoger te beboeten.

Ook voor het nationale mededingingsrecht is *Timab* van belang. Weliswaar voorziet het nationale mededingingsrecht op basis van de Mededingingswet niet in een schikkingsprocedure met een formele status, maar dat wil niet zeggen dat er in de nationale mededingingspraktijk geen schikkingen voorkomen. Informele schikkingen met ACM (en haar rechtsvoorganger NMa) betreffen voornamelijk toezeggingen zonder boeteoplegging maar bestaan soms ook uit een combinatie van beide. Wij denken hierbij met name aan de wijze waarop ACM de bouwfraudezaken heeft aangepakt. Bouwondernemingen werd de keuze geboden hun zaak in een versnelde procedure of in een reguliere procedure af te handelen. De versnelde procedure had tot doel de grote hoeveelheid procedures met de betrokken ondernemingen zo efficiënt mogelijk te kunnen afwikkelen en de bouwondernemingen met een schone lei verder te laten gaan. Deelname aan de versnelde procedure betekende ook hogere kortingen in ruil voor erkenning van de inbreuk en het afzien van het in rechte betwisten van de materiële gedragingen (enkel individuele omstandigheden konden in rechte worden getoetst).

ACM lijkt de laatste tijd in het kader van het voorgestane 'probleemoplossend toezicht' in toenemende mate bereid haar instrumentenmix zaakspecifiek in te zetten waarbij zij uitdrukkelijk de mogelijkheid openlaat om ook buiten de formele kaders met partijen tot een passende oplossing te komen, daar waar een markt volgens ACM niet naar behoren functioneert. De heer Fonteijn (bestuursvoorzitter ACM) formuleerde het tijdens zijn speech op het Mededingingscongres op 2 oktober 2014 als volgt: 'Dat kan een toezegging zijn, een boete, een last onder dwangsom of anderszins. De vraag zal steeds zijn welk instrument is meest passend bij de voorliggende problematiek, de betrokken sector en partijen.'[42] Recentelijk is de Nederlandse mededingingspraktijk 'verblijd' met een informele schikking, die sterke gelijkenissen vertoont met de Europese schikkingsprocedure. Het betreft de kartelzaak natuurazijn waarin ACM twee producenten van natuurazijn (Kühne en Burg), alsmede vijf natuurlijke personen als feitelijk leidinggever heeft beboet voor hun betrokkenheid bij een klassieke marktverdeling.[43] ACM heeft deze zaak (waarin Kühne een clementieverzoek heeft ingediend) met instemming van partijen vereenvoudigd afgedaan. ACM was bereid 10 procent boetereductie te verlenen, mits

38. *Timab Industries*, punt 122.
39. *Timab Industries*, punt 125.
40. Dat zou de pijn van de verhoogde kartelboete mogelijk enigszins kunnen verzachten. Ons is niet bekend of Timab in verband met haar deelname aan het kartel is verwikkeld in één of meer civiele schade procedures, waarin zij mogelijk haar voordeel kan doen met de in de gewone administratieve procedure vastgestelde kortere inbreukduur.
41. M-Lex, July 29th 2015, '*Timab continues court fight over EU cartel settlement*'. Timab heeft vijf beroepsgronden aangevoerd. Een samenvatting van deze beroepsgronden is te vinden op <www.curia.europa.eu>.
42. Zie hiervoor voetnoot 3.
43. Besluit ACM d.d. 11 augustus 2015, zaak 14.0705.27. Zie ook <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14614/ACM-beboet-producenten-natuurazijn-voor-kartelafspraken/>.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

partijen bereid waren een schriftelijke verklaring over te leggen met daarin onder meer:
– een erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie daarvan zoals beschreven in de (uiteindelijke) sanctiebesluiten;
– een duidelijke en ondubbelzinnige aanvaarding dat partijen overtreder zijn in de zin van artikel 5:1 Awb en dat de overtreding hun kan worden toegerekend;
– instemming met de in dit besluit gehanteerde toepasselijke boetesystematiek en de daarop gebaseerde bestuurlijke boete;
– een bevestiging dat zij voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun standpunt in deze zaak aan ACM kenbaar te maken en voldoende gelegenheid hebben gekregen om het dossier in te zien.

In zijn speech op het Mededingingscongres op 8 oktober 2015 kondigde Fonteijn aan dat er meer schikkingen in het vat zitten:[44] 'Deze wijze van "vereenvoudigde afdoening" zal ACM ook in toekomstige zaken blijven beproeven.' Schikken lijkt daarmee ook in het nationale mededingingstoezicht vaste voet aan de grond te krijgen. Gelet op de sterke gelijkenissen tussen de informele schikkingspraktijk van ACM en de Europese schikkingsprocedure kan niet worden uitgesloten dat een onderneming die uit een schikkingstraject met ACM stapt in de gewone procedure wordt geconfronteerd met een boete die (aanzienlijk) meer bedraagt dan de maximale boete die zou zijn opgelegd bij schikken + 10 procent.

Wij zien ook in de nationale handhavingspraktijk zeker toegevoegde waarde voor het schikken van kartelzaken; schikkingen buiten het formele handhavingssysteem ontberen echter de vereiste transparantie en zijn niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Wij achten het dan ook wenselijk dat de wetgever voorziet in een schikkingsprocedure met een formele status, bij voorkeur conform het Europese model en aangevuld met heldere regels die ervoor zorgen dat ondernemingen in een schikkingstraject een beredeneerde keuze kunnen maken tussen wel of niet schikken. *Timab* leert dat zonder dergelijke regels een slikken-of-stikkensituatie kan ontstaan, die op gespannen voet kan staan met de fundamentele rechten van verweer en behoorlijk bestuur die in een rechtsstaat ook voor kartellisten onverkort behoren te gelden. Wij realiseren ons dat het opstellen van een dergelijk kader makkelijker gezegd is dan gedaan.

44. Speech Chris Fonteijn d.d. 8 oktober 2015 bij Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht, Apollohotel Amsterdam (<www.acm.nl>).

doi: 10.5553/NtER/138241202015005010004