



Het Commissievoorstel inzake schikkingen: beter ten hele geschikt dan ten halve gedwaald?

Mr. M.F.A.M. Smeets

Deze bijdrage bespreekt het voorstel van de Europese Commissie tot invoering van een schikkingsprocedure in kartelzaken en vergelijkt deze met de praktijk van plea bargaining in de Verenigde Staten. Tegen de achtergrond van het feit dat een beroep op de Gemeenschapsrechter na een schikking mogelijk zal blijven, onderzoekt de auteur welke lessen uit de recente jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter in kartelzaken kunnen worden getrokken voor de schikkingsprocedure.

Op 26 oktober 2007 publiceerde de Europese Commissie een voorstel tot invoering van schikkingen in kartelzaken.¹ Het pakket omvat een voorstel tot wijziging van procedureverordening 773/2004, een ontwerpmededeling over de beoogde procedure, en een begeleidende toelichting (een persbericht en 'frequently asked questions'). De Europese Commissie heeft geïnteresseerde partijen uitgenodigd om hun visie op de voorstellen kenbaar te maken. De consultatie is gesloten op 21 december 2007 en de reacties op de consultatie zijn op de website van de Europese Commissie gepubliceerd.²

De Europese Commissie heeft aangegeven de nieuwe procedure medio 2008 in te willen voeren. De procedure zal van toepassing zijn op alle kartelzaken waarin op het moment van invoering van de schikkingsprocedure nog geen Punten van Bezwaar zijn uitgebracht. Als het inderdaad tot de invoering van een (formele) schikkingsprocedure komt, dan betekent dit niets minder dan dat de Europese Commissie een opmerkelijke ommezwaai heeft gemaakt. Weliswaar was al enige tijd bekend dat Commissaris Kroes een voorstander

was van schikkingen³, ten tijde van de afwikkeling van de Nederlandse onderzoeken in de bouwfraude was de Europese Commissie nog uiterst kritisch over een vergelijkbare procedure.⁴

Het belangrijkste argument dat mevrouw Kroes steeds heeft aangevoerd voor de invoering van een schikkingsprocedure en dat ook als zodanig is terug te vinden in de voorstellen, is de verwachte bijdrage aan de procedurele economie tijdens de administratieve procedure.⁵ Een aspect van proceseconomie dat minder aandacht krijgt maar in de praktijk een belangrijke graadmeter zal zijn voor het succes van de procedure is de mate waarin de schikkingsprocedure bij kan dragen aan een beperking van het aantal beroepen voor de Gemeenschapsrechter.

Hierna zal ik allereerst een korte schets geven van de beoogde procedure. Vervolgens zal ik het Commissievoorstel vergelijken met de Amerikaanse praktijk van 'plea bargaining'. Tegen de achtergrond van de Amerikaanse ervaringen met 'plea bargaining' zal ik ingaan op de recente jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter in kartelzaken. In de conclu-

1 Voorstel tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken, ontwerpmededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de art. 7 en 23 van Verordening (EG) 1/2003 van de Raad in kartelzaken, zie http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

2 De verschillende reacties zijn integraal gepubliceerd op http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

3 Zie onder meer Speech/07/128, Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussel 8 maart 2007.

4 Zie brief van NMa aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004, *Kamerstukken* 28 224, nr. 85. Zie ook het redactioneel van T.R. Ottervanger in *M&M* 2007, nr. 4, p. 99.

5 Zie randnummer 1 van de ontwerpmededeling.

Mr. M.F.A.M. Smeets is advocaat bij Allen & Overy in Amsterdam.

sie zal ik bespreken dat die recente jurisprudentie belangrijke aanwijzingen bevat voor de wijze waarop de schikkingsprocedure vorm zal moeten worden gegeven, wil deze er inderdaad toe bijdragen dat het aantal beroepen voor de Gemeenschapsrechter in kartelzaken wordt verminderd.

Commissievoorstel tot invoering van schikkingsprocedure – kernpunten

In het Commissievoorstel ligt het initiatief voor een schikking bij de Europese Commissie, die daartoe een ruime beoordelingsvrijheid heeft.⁶ Er bestaat dus geen recht om te schikken. De Europese Commissie zal een afweging maken van de kansen dat zij binnen een redelijke termijn met de betrokken partijen tot een gemeenschappelijke conclusie kan komen over de omvang van de mogelijke bezwaren. De ontwerpmededeling blijft op de vlakte over de wijze waarop de Europese Commissie aan het uitoefenen van die bevoegdheid invulling zal geven en beperkt zich ertoe, een aantal relevante factoren te noemen, zoals het aantal betrokken partijen, de voorzienbaarheid van tegenstrijdige standpunten over de toerekening van de aansprakelijkheid en de mate waarin de feiten worden betwist.⁷

Als de Europese Commissie een schikking opportuun acht, kan zij daartoe op elk moment een voorstel doen aan de betrokken ondernemingen, zolang dit vóór het moment is dat zij Punten van Bezwaar uitbrengt. Als zij de schikkingsprocedure opent dan voorziet het wijzigingsvoorstel van de procedureverordening er in dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten art. 81 EG niet langer kunnen toepassen.⁸ Ondernemingen die op de uitnodiging van de Europese Commissie willen ingaan, krijgen een termijn van twee weken om te beslissen of zij de mogelijkheid van een schikking willen onderzoeken. Als zij daartoe bereid zijn, dan dienen zij dit schriftelijk te bevestigen. De Commissie kan clementieverzoeken die na deze termijn binnenkomen, naast zich neerleggen.⁹

De Europese Commissie zal daarna op bilaterale basis gesprekken voeren met de betrokken ondernemingen, waarbij het uitsluitend aan de Europese Commissie is om het tempo van die gesprekken te bepalen en de kaders waarbinnen die gesprekken zullen plaatsvinden. Dat laatste betekent dat het aan de Europese Commissie is om te beslissen welke informatie zij uit het dossier ter beschikking wil stellen en in welke mate zij een indicatie wil geven van de hoogte van een mogelijke boete.¹⁰

Als uitzicht bestaat op een 'gemeenschappelijke conclusie', zoals de Europese Commissie het in de ontwerpmededeling noemt, dan kan de Europese Commissie een termijn bepalen waarbinnen de onderneming schriftelijk kan reageren op het voorstel. In deze zogeheten 'schriftelijke verklaring' moeten de betrokken ondernemingen hun aansprakelijkheid voor de inbreuk ondubbelzinnig erkennen, een maximumbedrag aangeven dat zij bereid zijn aan boete te betalen, te bevestigen dat voldoende rekening is gehouden met hun procedurele belangen, afzien van een hoorzitting en toegang tot het dossier en afstand doen van het recht om de beschikking in een bepaalde gemeenschapstaal te ontvangen.¹¹

Als overeenstemming is bereikt over een schikking, brengt de Europese Commissie een in omvang beperkte Punten van Bezwaar uit. Aan de partijen die willen schikken wordt enkel gevraagd of de inhoud van de Punten van Bezwaar overeenstemt met de bereikte schikking. Partijen kunnen een eenmaal gegeven schriftelijke verklaring niet intrekken. De Europese Commissie zal dus de schikkingsprocedure voortzetten. De Europese Commissie kan wel besluiten een reguliere procedure te openen in plaats van de schikkingsprocedure. De schriftelijke verklaringen en alle overige documenten worden dan niet aan het dossier toegevoegd.¹²

Als er overeenstemming bestaat en blijft bestaan, dan zal de Europese Commissie een eindbeschikking vaststellen langs de lijnen zoals die met de partijen zijn besproken. De partijen krijgen dan een korting op de boete. De (maximale) hoogte van die korting is nog niet door de Europese Commissie in de bekendmaking vastgesteld. Beroep tegen de boetebeschikking blijft te allen tijde mogelijk.¹³

De Europese Commissie mag terugkomen op het schikkingsvoorstel als het Adviescomité of het college van Commissarissen niet instemmen met de door de Commissiediensten voorgestelde schikking. Zij zal dan de reguliere procedure heropenen door een uitgebreide Punten van Bezwaar te sturen, toegang tot het dossier te organiseren en een hoorzitting te organiseren. De schriftelijke verklaringen van de ondernemingen zullen geen onderdeel uitmaken van het dossier.¹⁴

Het Amerikaanse voorbeeld van *plea bargaining* – kernpunten

Schikkingen in Amerikaanse kartelzaken zijn mogelijk in alle fasen van de procedure. Zelfs nadat vervolging is begonnen, zijn schikkingen met de openbare aanklager dus nog mogelijk. Het initiatief voor een schikking kan van de betrokken onderneming uitgaan maar ook van de vervolgende instantie. In kartelzaken is dat de Department of Justice van de Verenigde Staten (DoJ).¹⁵

Het overgrote deel van de schikkingen begint met een clementieverzoek van de betrokken onderneming. In het kader van dat clementieverzoek voeren de advocaten van de betrokken onderneming regelmatig overleg met vertegen-

6 Zie randnummers 5 en 6 van de ontwerpmededeling.

7 Zie randnummer 5 van de ontwerpmededeling.

8 Zie art. 10 bis, lid 1 en art. 17, lid 3 van het voorstel tot wijziging van procedureverordening 773/2004 en randnummer 11 van de ontwerpmededeling.

9 Zie randnummer 13 van de ontwerpmededeling.

10 Zie randnummer 15 van de ontwerpmededeling.

11 Zie randnummer 20 van de ontwerpmededeling.

12 Zie randnummer 27 van de ontwerpmededeling.

13 Zie randnummer 36 van de ontwerpmededeling.

14 Zie randnummer 29 van de ontwerpmededeling.

15 Een mooi overzicht van de procedure van de Verenigde Staten wordt geboden in een speech van de 'Deputy Assistant Attorney General' Scott D. Hammond voor het 'OECD Competition Committee' van 17 oktober 2006, getiteld 'The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All', te vinden op <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>.

woordigers van de DoJ. De DoJ probeert vast te stellen, welke de te vervolgen vennootschap binnen een groep is, wat de relevante inbreuken zijn, de omvang van de aanklacht, de mate van medewerking die de onderneming aan de vervolging biedt, de medewerkers die ook individueel bescherming genieten onder de settlement en de te betalen boetes.

Een belangrijk onderdeel van de vaststelling van de feiten zijn zogeheten 'proffers', verklaringen over de feiten van de advocaten van de betrokken ondernemingen op basis waarvan de DoJ zich een beeld kan vormen van de mate van de te verlenen medewerking en de te verlenen kortingen. De schikkingsonderhandelingen zijn vertrouwelijk, hetgeen betekent dat alle in het kader van de onderhandelingen ingebrachte verklaringen in beginsel vertrouwelijk zijn. Dat betekent weer dat zij niet zullen worden gebruikt tegen de betrokken onderneming als de schikkingsonderhandelingen op niets uitlopen. In de praktijk gebeurt dat laatste echter hoogst zelden.

Als de partijen bereid zijn om te schikken, wordt de schikking vastgelegd in een schriftelijke 'settlement agreement' tussen de individuele betrokken onderneming en de 'US Government'. De DoJ hanteert 'standaardovereenkomsten' die op haar website te vinden zijn.¹⁶ De kern van de overeenkomst wordt gevormd door een beknopte weergave van de feiten die worden erkend en een aantal procedurele 'waivers'. Met die 'waivers' doet de betrokken onderneming afstand van een aantal rechten die haar normaal gesproken bij vervolging toekomen, waarvan afstand van het recht op beroep het belangrijkste is.

De schikkingsovereenkomst dient uiteindelijk door een rechter te worden goedgekeurd. Er bestaan twee soorten schikkingen. In een zogeheten 'B-agreement' wordt de bepaling van de hoogte van de boete uiteindelijk aan het oordeel van de rechter overgelaten. De betrokken onderneming kan zich niet uit de overeenkomst terugtrekken, zolang de DoJ met haar voorstel aan de rechter binnen de overeengekomen voorwaarden blijft. Het oordeel van de rechter kan echter afwijken van het bedrag en de voorwaarden zoals die door DoJ en de betrokken onderneming zijn overeengekomen. Bij een zogeheten 'C-agreement' wordt een voor de rechter bindend voorstel gedaan. De enige toetsing die de rechter dan uitvoert, is of de aanbevolen straf en de schikkingvoorwaarden de belangen van 'justice' dienen. In de praktijk worden bijna uitsluitend 'C-agreements' gesloten en keuren rechters deze altijd goed. Als de rechter een C-agreement weigert, dan is de schikkingsovereenkomst nietig en kan de betrokken onderneming zijn schulderkenning intrekken.

De schikkingprocedure in de VS is zeer transparant. De DoJ publiceert met enige regelmaat speeches en bekendmakingen waarin verslag gedaan wordt van recente praktijkervaringen in het verkeer tussen de DoJ en de rechtsgemeenschap.¹⁷

Overeenkomsten en verschillen tussen het Commissievoorstel en *plea bargaining* in de VS

De belangrijkste overeenkomst tussen de voorgestelde schik-

kingsprocedure van de Europese Commissie en de procedure in de Verenigde Staten is de uitkomst. Centraal staat dat ondernemingen, zo luiden de letterlijke bewoordingen van de conceptbekendmaking van de Europese Commissie, '*bereid zijn hun deelneming aan een kartel dat art. 81 van het EG-Verdrag schendt – en dus ook hun aansprakelijkheid – te erkennen*'.¹⁸

De belangrijkste verschillen tussen de procedures zijn:

- (1) het feit dat er in het Commissievoorstel geen verband bestaat tussen de clementieregeling en de mogelijke kortingen bij een schikking;¹⁹
- (2) in Europa het initiatief voor schikkingen uitsluitend bij de Europese Commissie ligt;²⁰ en
- (3) beroep op de Gemeenschapsrechter mogelijk blijft, terwijl dit in een Amerikaanse schikkingsovereenkomst juist expliciet wordt uitgesloten.²¹

Het Commissievoorstel laat op enkele voor de praktijk belangrijke punten ook vragen onbeantwoord. Zo is niet duidelijk of de Europese Commissie bereid is tot een schikking als enkele ondernemingen niet willen meedoen. Het is eveneens niet duidelijk in welke mate met de Europese Commissie gesproken kan worden over de kwalificatie van de feiten voordat de Europese Commissie daarover zelf een duidelijk standpunt heeft ingenomen. Het voorstel van de Europese Commissie duidt op beide punten echter op een restrictieve interpretatie.²²

16 Voor de standaardovereenkomst tussen de DoJ en de betrokken onderneming, zie <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/220671.htm>. Voor de standaardovereenkomst tussen de DoJ en vervolgdde werknemers, zie <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/220672.htm>.

17 De hiervoor genoemde speech van Scott D. Hammond is een goed voorbeeld, op de website van DoJ is een groot aantal andere voorbeelden te vinden, zie <http://www.usdoj.gov/atr/pubdocs.html>.

18 Zie randnummer 2 van de ontwerpmededeling.

19 Kortingen kunnen wel cumuleren (zie randnummer 33 van het voorstel), maar er bestaat geen onderlinge afhankelijkheid (zie randnummer 1 van het voorstel).

20 Zie randnummer 5 en 6 van de ontwerpmededeling.

21 Zie randnummer 36 van de ontwerpmededeling.

22 In haar persbericht merkt de Europese Commissie op dat '*under the proposed settlement procedure, the Commission would neither negotiate nor bargain the use of evidence or the appropriate sanction, but could reward parties' cooperation to attain procedural economies*'. Voor wat betreft de vraag of de Europese Commissie ook bereid is slechts met enkele ondernemingen te schikken, zij er op gewezen dat de Europese Commissie in randnummer 6 van de ontwerpmededeling stelt dat zij kan peilen '*of alle partijen in diezelfde procedure voor een schikking belangstelling hebben (onderstreping toegevoegd)*'. Voor wat betreft de inhoud van de gesprekken suggereert de Europese Commissie in randnummer 16 van de ontwerpmededeling weliswaar dat met de Europese Commissie kan worden gesproken over 'de vermeende feiten, de classificatie van die feiten', 'de zwaarte en duur van het vermeende kartel', echter waar het de inbreng van de ondernemingen tijdens die gesprekken betreft, merkt de Europese Commissie in datzelfde randnummer enigszins zuinig op dat informatie uit het dossier met partijen wordt gedeeld omdat '*dit de partijen (...) in staat (stelt) om hun standpunten kenbaar te maken wat betreft de mogelijke bezwaren ten aanzien van hen, en biedt hun de mogelijkheid om met kennis van zaken te beslissen of zij al dan niet schikken*'. Daarbij dient in het oog te worden gehouden dat het inleiden van de schikkingprocedure betekent dat de clementieprocedure wordt afgerond en daarmee dat niet veel aanvullend bewijs aan het dossier zal worden toegevoegd.

Bij een eerste oppervlakkige beschouwing lijkt de voorgestelde procedure dan ook eerder op de procedure die de NMa heeft gehanteerd in de bouwsector dan op 'plea bargaining' in de Verenigde Staten: elke onderneming, clementieverzoeker of niet, heeft het recht op een extra korting op de boete als deze meewerkte aan een versnelde procedure en daarmee (gedeeltelijk) afstand doet van het recht op toegang tot het dossier en een (individuele) hoorzitting.²³ Toch meen ik dat een vergelijking tussen het voorstel van de Europese Commissie en de Amerikaanse procedure wel degelijk voor de hand ligt.

Ten eerste wordt vanuit Europees perspectief het element van 'bargaining' in de Amerikaanse procedure vaak overschat. Het boetebeleid van de DoJ is zeer transparant, hetgeen het ook zonder onderhandelen relatief gemakkelijk maakt om een inschatting te maken van de 'exposure'.²⁴ Een tweede, wat minder voor de hand liggende misvatting betreft de inzet van de gesprekken met de DoJ. De 'bargain' betreft namelijk niet zozeer de te betalen boete als zodanig maar de hardheid van het door de betrokken onderneming te leveren bewijs, hetgeen verband houdt met drie kenmerken van het Amerikaanse karteltoezicht.

- Het eerste kenmerk is het strafrechtelijk karakter van het Amerikaanse karteltoezicht. De voor schikkingen belangrijke gevolgtrekking daarvan is, dat de DoJ in individuele procedures het bewijs dient te leveren van de betrokkenheid van de onderneming en zijn medewerkers. De DoJ zal zich er dus in een veelvoud van individuele verhoudingen van moeten verzekeren, voldoende bewijs te hebben voor een veroordeling van de betrokken onderneming of medewerker.
- Het tweede kenmerk hangt daarmee samen, namelijk dat het in de VS voor het bewijs van een kartel is vereist dat tussen de betrokken ondernemingen een 'agreement' bestond, dat wil zeggen dat de DoJ moet bewijzen dat de karteldeelnemers niet alleen het doel hadden hun marktgedrag af te stemmen maar ook daadwerkelijk tot een overeenkomst zijn gekomen over hun handelwijze op de markt.²⁵
- Een belangrijk derde kenmerk betreft de relatief lagere bewijsdrempel in civiele procedures tot schadevergoeding.²⁶ Ondernemingen die meewerken met een onderzoek van DoJ moeten er rekening mee houden, dat zij op dezelfde feitelijke grondslag gehouden zullen worden tot het betalen van een schadevergoeding.²⁷ Ook dit verhoogt de druk op het bewijs, omdat de betrokken ondernemingen alleen een schikking met de DoJ zullen willen aanvaarden als de overeengekomen feitelijke grondslag aanvaardbaar is als basis voor een schadevergoeding.

Juist de strengere eisen die in de VS aan de bewijsvoering worden gesteld, versterken de 'onderhandelingspositie' van de betrokken ondernemingen bij een schikking.²⁸ De DoJ zal namelijk in individuele gevallen niet kunnen volstaan met 'minimumbewijs', maar zal liever te veel dan te weinig schriftelijke en directe bewijzen verzamelen. Bovendien betekent dit dat de DoJ er een groot belang bij heeft om tot een zo

zorgvuldig mogelijke kwalificatie te komen van de gedragingen van alle deelnemers, niet alleen om de boetegrondslag correct vast te stellen, maar bijvoorbeeld ook om procedurele verweren (niet-ontvankelijkheid) te verhinderen.

De recente jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter in kartelzaken

Zoals hiervoor uiteengezet is een belangrijk verschil tussen het Commissievoorstel en 'plea bargaining' in de Verenigde Staten dat beroep op de Gemeenschapsrechter bij een schikking niet is uitgesloten. Omdat het succes van de Europese schikkingsprocedure vooral ook zal worden afgemeten aan de mate waarin deze ertoe bijdraagt het aantal beroepen op de Gemeenschapsrechter te beperken, bestaat er alle aanleiding om na te gaan welke lessen uit de recente jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter in kartelzaken kunnen worden getrokken voor de schikkingsprocedure.

Voor wat betreft de hiervoor beschreven misvatting over de inzet van de schikkingsonderhandelingen in de Verenigde Staten is het allereerst van belang te constateren, dat de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter de Europese Commissie met name ten aanzien van het bewijs van onderling afgestemde feitelijke gedragingen grote ruimte laat om gaten in het bewijs bij deductie uit de voorhanden zijnde bewijsmiddelen te herleiden en om ook indirect bewijs als bewijs voor de deelname van alle betrokken ondernemingen aan 'één enkele en voortgezette inbreuk' te beschouwen.²⁹

Vervolgens is het van belang te constateren, dat die relatief lage bewijsdrempel er niet toe heeft geleid, dat de Europese Commissie onfeilbaar is in beroepen voor de Gemeenschapsrechter. Integendeel, een beperkt eigen statistisch onderzoek van de uitkomst van voor het Gerecht ahangig gemaakte beroepen wijst uit dat in de periode tussen 2000 en 2007 70% van alle ondernemingen in beroep ging tegen een boete en dat in ongeveer 70% van die beroepen de

23 Zie www.nmanet.nl, 'Themadossier bouw'.

24 Zie onder andere de speech van 'Deputy Assistant Attorney General' Gary R. Spratling voor de Fordham conferentie in 1999, 'Transparency in Enforcement Maximizes Cooperation from Antitrust Offenders', <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3952.htm>.

25 Zie art. 1 Sherman Act. Er zijn beslist enkele nuances op aan te brengen over de mate waarin dit verschilt van het EG-recht. Het valt echter buiten het bestek van deze bijdrage om daar op dit punt nader op in te gaan.

26 Dit hangt samen met 'discovery', de mogelijkheid om een gedaagde in een procedure tot schadevergoeding te dwingen bewijzen ter onderbouwing van de 'claims' over te leggen.

27 Sterker nog, de verbintenis om de schade te zullen vergoeden die de inbreuk heeft veroorzaakt, maakt onderdeel uit van de verplichtingen van de betrokken onderneming onder de schikking met de DoJ.

28 Dat geldt ook voor ondernemingen die relatief laat na aanvang van een onderzoek een clementieverzoek indienen. Het verbaast dan ook niet dat onder de Amerikaanse clementieregeling een groter belang wordt gehecht aan de 'toegevoegde waarde' die de clementieverzoekers aan het onderzoek geven dan aan de exacte volgorde van binnenkomst van het clementieverzoek.

29 Zie onder meer HvJ EG 8 juli 1999, *Commissie/Anic Participazioni*, C-49/92P, *Jur.* 1999, p. I-4125, punt 113 en GvEA van 20 maart 2002, *HFB e.a./Commissie*, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487, punt 186, en GvEA van 20 maart 2002, *Dansk Rørindustri/Commissie*, T-21/99, *Jur.* 2002 p. II-1681, punt 67.

boete (gedeeltelijk) werd verlaagd. De gemiddelde verlaging kwam uit op ongeveer 30%, waarbij een totaalbedrag aan boetes van ongeveer € 3 miljard met iets meer dan € 1 miljard werd verlaagd.

Hoewel uit mijn eigen statistische onderzoek geen enkel verband is gebleken tussen de hoogte van boetes en de toegepaste verlagingen in individuele zaken, is het van belang voor ogen te houden dat deze statistische analyse uitsluitend boetes betreft die zijn vastgesteld onder de 'oude' boeterichtsnoeren.³⁰ Waar het Gerecht en het Hof immers tot op heden argumenten over de proportionaliteit van boetes hebben afgewezen omdat er geen rechtstreeks verband bestond tussen de boetes en de bestreden gedragingen, zal die beperking onder de nieuwe richtsnoeren niet langer gelden.³¹ De Europese Commissie heeft zichzelf immers de verplichting opgelegd om bij de vaststelling van de boete uit te gaan uit te gaan van de 'relevante omzet'.³²

Als we naar de recente jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter kijken dan valt op dat, hoewel het belang van art. 6 EVRM voor de toetsing van boetes in kartelzaken door de Gemeenschapsrechter al vaker door het Gerecht is aangenomen, vele recente kartelzaken getuigen van een in het licht van art. 6 EVRM steeds kritischer toetsing door de Gemeenschapsrechter van de wijze waarop de Europese Commissie tot het bewijs van 'één enkele en voortgezette inbreuk' op art. 81 EG pleegt te komen.³³

Zo had de Europese Commissie in de Europese Commissiebeschikking inzake het vitaminenkartel³⁴ de inbreuken van de belangrijkste vitamineproducenten als 13 afzonderlijke inbreuken aangemerkt. Het Gerecht hield de Europese Commissiebeschikking weliswaar in stand, maar ging ten aanzien van elk van de afzonderlijke inbreuken na of de voor elk van die afzonderlijke inbreuken vastgestelde elementen van de boete door de Europese Commissie juist waren vastgesteld. Het Gerecht constateerde vervolgens onder andere dat er geen sprake van kon zijn dat BASF voor alle vitamines een leidende rol had en dat de Europese Commissie voor elke vitamine afzonderlijk onvoldoende had onderzocht, welke toegevoegde waarde de door BASF verleende medewerking had gehad. In 'choline chloride'³⁵ had de Europese Commissie juist één enkele inbreuk vastgesteld tot de verdeling van de wereldmarkt voor choline chloride en vernietigde het Gerecht de Europese Commissiebeschikking omdat volgens het Gerecht onvoldoende vaststond dat alle relevante gedragingen van de betrokken ondernemingen (waaronder BASF) complementair waren aan het bereiken van één enkel mededingingsverstoringdoel.

Hoewel de uitkomst in 'vitamines' en 'choline chloride' zeer verschillend was, is de voor het Commissievoorstel belangrijke strekking van deze en andere recente zaken dat het Gerecht in wezen een 'correctie' heeft toegepast op de voor de vaststelling van de boete relevante feitelijke grondslag en de kwalificaties. Dit blijkt heel duidelijk uit de uitkomst van 'choline chloride'. In die zaak werd BASF weliswaar in het gelijk gesteld maar werd de aan haar opgelegde boete uiteindelijk niet verlaagd maar zelfs (zeer licht)

verhoogd. De duur van de inbreuk was volgens het Gerecht dan wel beperkter dan door de Europese Commissie werd beweerd, BASF had aan het bewijs van de inbreuk die resteerde volgens het Gerecht aanmerkelijk minder bijgedragen dan door de Europese Commissie was aangenomen op basis van de meer omvattende inbreuk.

Op het eerste gezicht zou dit misschien kunnen worden uitgelegd als een pyrrusoverwinning die een beperkte uitleg van de inhoud en strekking van de gesprekken met de Europese Commissie over een schikking rechtvaardigt. In de bredere context van ondernemingen zoals BASF die ook in de Verenigde Staten aan kartelonderzoeken meewerken en daar aanzienlijke schadevergoedingen moeten betalen, dient echter voor ogen te worden gehouden dat een beperking van de grondslag van de boete van de Europese Commissie mogelijk ook een beperking met zich meebrengt van de grondslag waarop in andere jurisdicties schadevergoedingen dienen te worden betaald. Dat betekent dan ook dat een vergelijking met de Amerikaanse procedure niet alleen zin heeft vanwege de voorbeeldfunctie die het Amerikaanse recht in zijn algemeenheid heeft, maar ook omdat er in de praktijk in toenemende mate parallel onderzoek wordt gevoerd door de DoJ en de Europese Commissie en de bij een schikking betrokken partijen dus veel meer belangen zullen meewegen dan de belangen die verband houden met de administratieve procedure in Brussel alleen.

Conclusie – beter ten hele geschikt dan ten halve gedwaald?

Tegen de achtergrond van de historische slagingskansen in beroep en de aanpassing van de boeterichtsnoeren waarbij de hoogte van de boete rechtstreeks verband houdt met de omvang van de verwijten, is het zeer wel denkbaar dat ondernemingen in de toekomst de extra korting op de boete voor een schikking met de Europese Commissie zullen 'meepak-

30 Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 15, lid 2, van Verordening nr. 17/62, respectievelijk art. 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, *PbEG* 1998, nr. C 9/0329.

31 Zie recent onder meer GvEA 27 september 2006, *Archer Daniels Midland co./Commissie*, T-329/01, *Jur.* 2006, p. II-03255, punt 99.

32 Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PbEG* 2006, nr. C 210/02.

33 Ik zal niet op al die voorbeelden ingaan, maar mij hier beperken tot twee voorbeelden die representatief zijn. Wel wijs ik er op dat het GvEA in de zaak van de 'Duitse banken' (GvEA 27 september 2006, *Dresdner Bank AG e.a./Commissie*, gevoegde zaken T-44/02 e.v., *Jur.* 2006, p. II-03567) de toetsing zelfs geheel in de sleutel van het vermoeden van onschuld plaatste en de Europese Commissiebeschikking vernietigde omdat de weinige beschikbare bewijzen gerede twijfel lieten bestaan over de schuld van de Duitse banken aan de door de Europese Commissie gestelde inbreuk. Die twijfel was volgens het Gerecht vooral gerechtvaardigd omdat het belastende bewijs met name van één partij afkomstig was, alsmede het feit dat de gesprekken die door de betrokken ondernemingen waren gevoerd in de sleutel konden worden geplaatst van gerechtvaardigde wetgevingstechnische problemen in verband met de invoering van de euro. Ik zal niet op al die voorbeelden ingaan, maar mij hier beperken tot twee voorbeelden die representatief zijn.

34 GvEA 15 maart 2006, *BASF/Commissie*, T-15/02, *Jur.* 2006, p. II-0497.

35 GvEA 12 december 2007, *BASF/Commissie*, T-101/05, n.n.g..

ken' en vervolgens toch hun kansen in beroep zullen wagen om een verdere boetereductie te bereiken of de kwalificatie van de inbreuk gewijzigd te krijgen.³⁶ De schikkingsprocedure zal mijns inziens dan ook uitsluitend slagen indien deze voldoende tegemoet komt aan de oorzaken voor de boeteverlagingen in beroep voor de Gemeenschapsrechter, hetgeen betekent dat deze ertoe zou moeten bijdragen om de kwaliteit van de bewijsvoering door de Europese Commissie te verbeteren.³⁷

Die verbetering van de kwaliteit van de bewijsvoering kan volgens mij net als in het Amerikaanse voorbeeld bereikt worden als de Europese Commissie veelvuldig met alle betrokken ondernemingen individueel overleg voert over alle aspecten omtrent het bewijs van de inbreuk en het vaststellen van de boete. De inzet van de gesprekken met de Europese Commissie zou moeten zijn om in relatie tot de (kwalificatie van de) feiten en de boetegrondslagen vast te stellen, wat elk van de ondernemingen kan bijdragen aan een efficiënter procesverloop. Dit zou heel concreet betekenen dat de Europese Commissie al in een vroeg stadium van het onderzoek met schikkingsgesprekken begint en ook gedurende schikkingsonderhandelingen nieuwe clementieverzoeken toelaat.

Een alternatief zou zijn dat de Europese Commissie uiteenlopende 'schikkingskortingen' mag toekennen. Te denken valt aan een 'standaardkorting' voor alle deelnemers aan de schikking, bijvoorbeeld door het collectief kwijtschelden van de *entry fee* onder de 'nieuwe' boeterichtsnoeren,³⁸ met de mogelijkheid van aanvullende 'schikkingskortingen' voor alle ondernemingen (dus ook niet-clementieverzoekers) die een bijzondere individuele bijdrage aan het schikkingsproces hebben geleverd (bijvoorbeeld omdat de door hen aangeleverde argumenten beslissend blijken te zijn geweest om de inbreuk te kwalificeren en de 'betrokken omzet' vast te stellen).

Voor zover de Europese Commissie meent dat bij een verschil in behandeling van de schikkende partijen de risico's van procedurele verweren te groot zijn, is de vraag gerechtvaardigd waarom het wel aanvaardbaar zou zijn om de onderneming tot een erkenning van schuld te 'dwingen' voor het enkele bereiken van procedurele *efficiencies* tijdens de administratieve procedure, maar niet om beroepen te voorkomen door ondernemingen ruimschoots de gelegenheid te bieden om de Europese Commissie op andere gedachten te brengen ten aanzien van voor hen wezenlijke elementen van de betreffende zaak. In dat verband is het van belang te constateren, dat op dit moment alleen de immuniteitsverzoeker een direct contact heeft met de Europese Commissie en tussen de betrokken ondernemingen momenteel veel minder procedurele 'checks en balances' bestaan.³⁹

Bovendien wordt hierbij over het hoofd gezien, dat hoe dan ook gewaarborgd dient te zijn dat het beleid van de Europese Commissie inzake schikkingen transparant is. De ervaringen in de Verenigde Staten laten immers zien dat transparantie een wezenlijke voorwaarde is voor een evenredige en zorgvuldige uitoefening van de bevoegdheden van de 'vervolgende instantie' bij een schikking.⁴⁰ De Europese Com-

missie zou dan ook net als de DoJ zoveel mogelijk vaste procedures en standaardovereenkomsten moeten ontwikkelen en praktijkervaringen in ruime mate met de juridische gemeenschap en de betrokken ondernemingen moeten delen.⁴¹

Tot slot moet bij een inschatting van de kansen van succes van de schikkingsprocedure vanuit het perspectief van de bij schikkingen betrokken ondernemingen steeds voor ogen worden gehouden, dat een beroep op de Gemeenschapsrechter vooral minder aantrekkelijk zal worden naarmate de voorwaarden voor een schikking meer aan de individuele belangen van die ondernemingen tegemoet komen en vooral, naarmate zij aan het intensieve contact met de Europese Commissie ieder voor zich de inschatting zullen ontlenuen dat de kans miniem is dat het Gerecht de boete in beroep alsnog zal verlagen omdat de Europese Commissie een nóg aantrekkelijkere dwaling ten aanzien van de (kwalificatie van de) feiten en de boetegrondslagen heeft begaan.

36 Het verbaast dan ook niet dat naar aanleiding van de consultatie met name de ondernemersverenigingen zeer kritisch waren over het voorstel. Zie bijvoorbeeld de gezamenlijke reactie van de 'Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.' en de 'Deutscher Industrie- und Handelskammertag'.

37 Uiteraard nog afgezien van het feit dat die nieuwe richtsnoeren tot gemiddeld beduidend hogere sancties leiden.

38 Zie randnummer 25 van de boeterichtsnoeren.

39 Zie in dit verband de overweging ten overvloede in punt 70 van GvEA 16 november 2006, *Peróxidos Orgánicos/Commissie*, T-120/04, *Jur.* 2006, p.II-4441: '(...) een zekere argwaan ten aanzien van vrijwillige verklaringen van de voornaamste deelnemers aan een onrechtmatige mededingingsregeling gewoonlijk geboden is, omdat deze deelnemers geneigd kunnen zijn om het belang van hun eigen bijdrage te bagatelliseren en dat van de anderen te overtrekken (...)'

40 Zie de hiervoor genoemde speeches van Scott D. Hammond en Gary R. Spratling (voetnoot 17 en voetnoot 24).

41 Nog daargelaten het feit dat naarmate de toepassingspraktijk van de nieuwe boeterichtsnoeren zich verder ontwikkelt, op een voor schikkingen belangrijk onderdeel hoe dan ook een grotere transparantie zal bestaan.