

ZIENSWIJZE NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN OP HET DOOR DE EUROPESE COMMISSIE TER CONSULTATIE VOORGELEGDE 'SETTLEMENT' PACKAGE

**OPGESTELD DOOR DE ADVIESCOMMISSIE MEDEDINGINGSRECHT VAN DE
NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN**

Inleiding

De Nederlandse Orde van Advocaten ('de Orde') verwelkomt het initiatief van de Europese Commissie een raamwerk in het leven te roepen voor het treffen van schikkingen tussen de Europese Commissie en ondernemingen die voorwerp zijn van kartelonderzoek door de Europese Commissie.

De vast te stellen procedure voor het treffen van een schikking dient - als elke andere procedure die leidt tot het opleggen van sanctie - te borgen dat voldaan wordt aan belangrijke beginselen van gemeenschapsrecht waaronder met name ten aanzien van rechtszekerheid, de rechten van de verdediging, de onschuldpresumptie en het gelijkheidsbeginsel. Voorts is van belang dat rekening wordt gehouden met nationale procedures tot schadevergoeding die kunnen volgen op inbreukbeschikkingen van de Europese Commissie en nationale procedures gericht op vervolging van individuele personen.

Tegen deze achtergrond plaatst de Orde een aantal kanttekeningen bij de ter consultatie gepubliceerde voorstellen van de Europese Commissie.

Onzekerheden die kleven aan de voorgestelde procedure

In de ogen van de Orde kleven aan de door de Commissie gepubliceerde voorstellen een aantal mogelijke belangrijke onzekerheden die voor ondernemingen de prikkel kunnen verminderen een schikking met de Commissie te overwegen.

Met name gaan de huidige voorstellen uit van een grote mate van vrijheid van de Commissie af te zien van het treffen van een schikking, in ieder stadium van de schikkingsprocedure en kennelijk om iedere haar moverende reden. Vanzelfsprekend zal niet iedere kartelzaak zich lenen voor het treffen van schikkingen en zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of en wanneer een schikkingsprocedure kan worden ingeleid. Niettemin is van belang dat op enig moment - idealiter in een relatief vroegtijdig stadium - in de procedure voor de betrokken ondernemingen zo duidelijk mogelijk is wat de maximale boete is die zij opgelegd kunnen krijgen indien een schikking wordt getroffen en welke voorwaarden daartoe gelden. Ten aanzien van beide punten laten de huidige voorstellen veel ruimte voor onzekerheden en onduidelijkheden. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede en zal de prikkel bij ondernemingen kunnen verminderen om een schikking te overwegen.

In dit verband speelt mee dat de huidige voorstellen het initiatief voor het treffen van schikkingen in belangrijke mate bij ondernemingen lijkt te leggen. Dit volgt onder

meer uit het verzoek dat ondernemingen dienen te doen en de punten die daarin dienen te zijn opgenomen. Met name valt op dat ondernemingen dienen aan te geven welke maximale boete zij verwachten door de Commissie opgelegd te krijgen. In de ogen van de Orde ligt het evenwel voor de hand - mede omdat de uiteindelijk op te leggen boete een 'criminal charge' vormt in de zin van het EVRM - dat het initiatief voor wat betreft het beschrijven van de belangrijkste contouren van een eventuele schikking ondubbelzinnig bij de Commissie ligt.

Met een dergelijk 'schikkingsvoorstel in hoofdlijnen' van de Commissie zou eveneens de kans worden verkleind dat de bilaterale gesprekken tussen de Commissie en de betrokken ondernemingen uitmonden in een ongelijke behandeling van ondernemingen. Indien bilaterale gesprekken onvermijdelijk zijn, is ten minste vereist dat die gesprekken gebaseerd zijn op een duidelijk 'schikkingsvoorstel in hoofdlijnen' dat de uitgangspunten bevat die voor alle betrokken ondernemingen gelden.

De Orde geeft in dit verband in overweging vast te stellen in hoeverre aansluiting gezocht kan worden bij de door de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa') opgezette versnelde procedures voor de afwikkeling van kartelzaken in de Nederlandse bouwsector. Belangrijk kenmerk van deze versnelde procedures was dat de NMa in een relatief vroegtijdig stadium aangaf onder welke voorwaarden deelgenomen kon worden aan de versnelde procedure en welke voordelen daaraan verbonden waren voor de betrokken ondernemingen. De door de NMa gedane voorstellen waren zo opgezet dat, indien ondernemingen eenmaal aangaven deel te willen nemen aan de versnelde procedures, bilaterale gesprekken tussen betrokken ondernemingen en de NMa in de regel niet meer aan de orde waren.

Op voorhand is niet in te zien waarom de Commissie niet een vergelijkbare mate van transparantie en duidelijkheid zou kunnen verschaffen, te meer omdat, zoals de Commissie zelf benadrukt, de bilaterale gesprekken niet bedoeld zijn om met de Commissie te 'onderhandelen' (goed beschouwd dekt de term 'schikkingsprocedure' niet geheel de lading en zou de term 'versnelde procedure' waarschijnlijk juist zijn).

Een dergelijke opzet van een schikkingsprocedure zal waarschijnlijk tevens de kans verkleinen dat ondernemingen een erkenning doen, zonder dat uiteindelijk een schikking wordt getroffen. Een dergelijke situatie is onwenselijk en dient vermeden te worden. Essentieel is dat ambtenaren van de Commissie die een dergelijke erkenning hebben ontvangen vervolgens niet betrokken zijn bij de reguliere procedure die volgt nadat de betrokken schikkingsgesprekken zijn gestrand (vgl. de positie van de Clementiefunctionaris bij de NMa, die geen deel uitmaakt van het *case team*).

Mogelijke bezwaren omtrent schriftelijke erkenning van inbreuk en aansprakelijkheid

Een belangrijk uitgangspunt van de huidige voorstellen is dat de betrokken onderneming ondubbelzinnig en schriftelijk erkent aansprakelijk te zijn voor de inbreuk wat betreft de belangrijkste feiten, de juridische kwalificatie daarvan en de duur van de betrokkenheid bij de inbreuk.

De Orde meent dat het moeten doen van een dergelijke verklaring de prikkel voor ondernemingen om deel te nemen aan een schikkingsprocedure sterk zal kunnen verminderen indien geen rekening wordt gehouden met de civielrechtelijke en strafrechtelijke consequenties daarvan.

Met name bestaat voor de betrokken onderneming het risico dat een dergelijke expliciete erkenning van aansprakelijkheid tegen haar gebruikt zal worden in nationale procedures gericht op het verkrijgen van kartelschadevergoeding. Voorts bestaat het risico dat de erkenning een belangrijke rol zal spelen in mogelijke nationale procedures ter vervolging van individuele personen, voor zover zulks op grond van het nationale recht aan de orde is.

Individuele ondernemingen zullen de voordelen die verbonden zijn aan het bereiken van een schikking moeten afwegen tegen de nadelen daarvan voor hun positie in nationale civiele procedures en voor de positie van individuele werknemers. Met de verklaring die volgens de huidige voorstellen wordt vereist, zullen de nadelen verbonden aan een schikking waarschijnlijk in veel gevallen groter worden geacht dan de voordelen daarvan.

Naar de mening van de Orde zou het mogelijk moeten zijn een betere balans te vinden tussen enerzijds de behoefte van de Commissie een verklaring te verkrijgen die voldoende basis biedt voor een schikking en anderzijds de belangen van de betrokken ondernemingen in vervolgpcedures.

De Orde geeft in dit verband in overweging te onderzoeken of afdoende is dat ondernemingen verklaren dat zij de belangrijkste feiten die door de Commissie zijn vastgesteld, niet betwisten.

Daarmee zou tevens een betere balans gevonden worden tussen het efficiënt afdoen van een kartelonderzoek enerzijds en de rechten van de verdediging en het beginsel van de onschuldpresumptie anderzijds. Immers, een ondubbelzinnige erkenning van aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk, met inbegrip van de precieze juridische kwalificatie die de Commissie geeft, wordt moeilijker te rechtvaardigen naarmate de betrokken ondernemingen zich minder hebben kunnen verweren, zowel door minder gelegenheid hun juridische en feitelijke argumenten onder de aandacht van de Commissie te brengen als door een sterk verminderde toegang tot het dossier (met name met het oog op het kunnen identificeren van ontlastende documenten).

Ook in dit verband geeft de Orde in overweging vast te stellen in hoeverre aansluiting gevonden kan worden bij voornoemde versnelde procedures die de NMa heeft opgezet met het oog op een efficiënte behandeling van kartels in de bouwsector. Zo kregen de betrokken ondernemingen in die procedures weliswaar geen toegang tot het dossier voor zover het stukken inzake derden betrof, maar daar stond tegenover dat geen schriftelijke erkenning van aansprakelijkheid voor een inbreuk verlangd werd. In die procedures volstond dat de betrokken ondernemingen de door de NMa vastgestelde feiten en de beoordeling daarvan door de NMa niet betwistten.

Indien de Commissie het verhalen van schade ten gevolge van mededingingsinbreuken ook in het kader van schikkingen met ondernemingen wenst

te bevorderen, kan zij overwegen een aanvullende (aanzienlijke) korting op de boete verlenen, indien en voor zover de betrokken onderneming een schikking heeft getroffen met benadeelden ter zake van de door hen geleden civielrechtelijke schade, vergelijkbaar met de schikkingspraktijk (*plea bargaining*) in de Verenigde Staten.

December 2007