

Artikel

De Europese schikkingsprocedure voor kartelzaken

De ervaringen tot nu toe

Mr. A.M. ter Haar*

Dit artikel behandelt de door de Europese Commissie in 2008 geïntroduceerde schikkingsprocedure voor kartelzaken. Op grond van de eerste zes schikkingsbesluiten wordt beoordeeld hoe succesvol de procedure tot nu toe heeft uitgepakt voor de Commissie en voor deelnemende ondernemingen. Hierbij wordt allereerst kort ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure. Vervolgens komen de voordelen en risico's voor beide partijen in de procedure aan bod en wordt gekeken hoe deze zich tot nu toe in de praktijk voordoen. Het artikel concludeert positief over de procedure maar wijst op enkele mogelijke verbeterpunten.

Achtergrond

Een kartelzaak betekent voor de Europese Commissie gewoonlijk vele jaren onderzoek en administratieve behandeling en daarna jarenlange procedures in Luxemburg. Daarnaast is door het succes van het clementiebeleid de werklast van de Commissie de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen.¹ Met de introductie van de mogelijkheid tot schikken beoogde de Commissie de handhaving van het kartelverbod van artikel 101 VWEU

efficiënter te maken.² De Commissie streeft ernaar zaken sneller af te kunnen doen door, door middel van een korting in de kartelboete, ondernemingen aan te moedigen hun zaak te schikken.

De Commissie verschaftte al eerder mogelijkheden aan partijen om de procedure te vergemakkelijken in ruil voor een boetekorting. Zo kende het aanvankelijke clementiebeleid een korting toe aan partijen die de punten van bezwaar niet betwisten.³ De huidige boeterichtsnoeren bevatten bovendien, als verzachtende omstandigheid, de medewerking van een onderneming buiten de wettelijke verplichtingen daartoe.⁴ De schikkingsprocedure kende daarnaast ook een informele voorganger. De informele schikkingen die in het verleden plaatsvonden, bestonden voornamelijk uit toezeggingen zonder boeteoplegging maar soms ook uit een combinatie van beide.⁵ Deze gingen echter buiten het formele handhavingssysteem om en waren om die reden niet erg transparant en bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Een

175

* Mr. A.M. (Maurits) ter Haar is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam.

1. Zie de speech van toenmalig commissaris Neelie Kroes, 'The First Hundred Days', Speech/05/205, Brussel 7 april 2005.

2. 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 (Verordening 622/2008/EG), *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 inzake schikkingen).
3. Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, *PbEG* 1996, C 207/4.
4. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PbEU* 2006, C 210/2.
5. Zie bijvoorbeeld Commissiebeschikking van 19 december 1984 in zaak IV/29.725 – *Wood pulp*, *PbEG* 1985, L 85/1.

schikkingsprocedure met een formele status was daarom wenselijk.⁶

De schikkingsprocedure heeft nu een duidelijke plaats gekregen, ook ten opzichte van andere handhavingsinstrumenten. Zo kunnen boetekortingen uit clementie en schikkingen worden gecumuleerd aangezien de twee in een verschillend stadium van de procedure een rol spelen. Waar clementie een instrument is ter vergemakkelijking van het onderzoek, is een schikking relevant in de fase na afronding van het onderzoek. Een schikking moet daarnaast worden gezien als een alternatief voor een toezeggingsbesluit. Alhoewel beide procedurele efficiëntie nastreven, zien ze op een verschillend soort zaken. In tegenstelling tot toezeggingsbesluiten zijn schikkingen gericht op hardcore kartels, het soort zaken waarin de Commissie altijd een overtreding zal willen constateren en een boete zal willen opleggen.⁷

Het verloop van de procedure

De schikkingsprocedure bestaat in essentie uit zes stappen. Een zaak begint op de normale wijze met de opening van een onderzoek. Wanneer dit is afgerond en de Commissie een procedure start, begint de tweede stap, waarin de Commissie kan besluiten de partijen een schikkingsvoorstel te doen. De partijen krijgen dan ten minste twee weken de tijd om hierop te reageren. Daarna bepaalt de Commissie of ze daadwerkelijk over wil gaan tot een schikking. Hierbij spelen verschillende factoren een rol, zoals de waarschijnlijkheid van het bereiken van overeenstemming en de mate van betwisting van de feiten.⁸

De derde stap begint wanneer de Commissie besluit dat een zaak voor schikking in aanmerking komt en bestaat uit verschillende rondes van bilaterale schikkingsgesprekken tussen de Commissie en de partijen. In dit stadium verschaft de Commissie de ondernemingen toegang tot de stukken uit hun dossier die zijn gebruikt ter vaststelling van de feiten en een raming van de bandbreedte van de verwachte boete. Verdere toegang kan op verzoek van de partijen worden verkregen als dit gerechtvaardigd is ter bepaling van hun positie.⁹

De Commissie geeft partijen vervolgens ten minste drie weken de tijd om te bepalen of ze door willen naar de vierde fase van de schikkingsprocedure, die bestaat uit het indienen van een formeel schikkingsverzoek. Dit verzoek bevat in ieder geval een duidelijke erkenning van aansprakelijkheid, een indicatie van de maximale acceptabele boete en een bevestiging van de onderneming dat zij voldoende is geïnformeerd en voldoende gelegenheid heeft gehad haar standpunt kenbaar te maken. Bovendien verklaren partijen dat ze zullen afzien

van verdere toegang tot het dossier en verdere hoorzittingen.¹⁰

In de vijfde stap geeft de Commissie de punten van bezwaar uit, die de schikkende partij schriftelijk moet bevestigen als zijnde conform het formele schikkingsverzoek.¹¹ In de zesde stap neemt de Commissie ten slotte het besluit aan. Als beloning voor het schikken wordt de hoogte van de boete verminderd met 10%. Daarnaast bedraagt de vermenigvuldigingsfactor, die wordt opgelegd voor afschrikking, ten hoogste twee en is het besluit gestroomlijnd. Tot de aanneming van het besluit kan de Commissie nog op elk moment besluiten met de schikkingsprocedure te stoppen. De Commissie moet dan wel nieuwe punten van bezwaar uitbrengen en partijen in staat stellen hun verdediging opnieuw te voeren.¹²

De schikkingsprocedure nader bekeken

Doel van de procedure voor de Commissie

De schikkingsprocedure heeft tot doel het sneller en efficiënter afhandelen van kartelzaken. Dit moet de Commissie in staat stellen meer zaken te behandelen met dezelfde middelen en daardoor het afschrikkingseffect te verhogen en het publiek belang beter te dienen.¹³ Met een schikking wordt beoogd het proces op twee manieren te verkorten. Ten eerste maakt de procedure het eenvoudiger tot een besluit te komen aangezien minder schrijfwerk noodzakelijk is en de toegang tot het dossier en hoorzitting beperkt zijn. Een snellere procedure is welkom: in de afgelopen jaren bedroeg de tijd tussen het begin van een kartelonderzoek en het besluit gemiddeld drie tot vier jaar.¹⁴ Ten tweede beoogt de procedure doelmatigheid na het nemen van een besluit. De beroepsprocedures van ondernemingen bij het Gerecht en eventueel het Hof van Justitie laten de meeste kartelzaken nog jaren voortslepen.¹⁵ De Commissie hoopt deze beroepen door middel van een schikking zo veel mogelijk te voorkomen en daarmee ook in dat stadium aanzienlijk te besparen op tijd en kosten.

Voordelen voor ondernemingen

Het meest directe en voor de hand liggende voordeel voor ondernemingen om mee te werken aan een schikking is de beloning in de vorm van een boetekorting van 10%. Een schikking kan voor ondernemingen echter

6. Zie ook I. Van Bael, 'The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission', *CMLRev* 1986/1, p. 75-77.

7. Mededeling inzake schikkingen, par. 1 en voetnoot 2.

8. Mededeling inzake schikkingen, par. 5-13.

9. Mededeling inzake schikkingen, par. 14-19.

10. Mededeling inzake schikkingen, par. 20-22.

11. Mededeling inzake schikkingen, par. 23-27.

12. Mededeling inzake schikkingen, par. 28-33.

13. Verordening inzake schikkingen, overweging 4 en Mededeling inzake schikkingen, par. 1.

14. A. Ascione en M. Motta, 'Settlements in Cartel Cases', in: C.D. Ehlermann en M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 68 en Appendix 2.

15. Momenteel duurt de gemiddelde procedure bij het Hof van Justitie 15,4 maanden en bij het Gerecht 26,7 maanden. Zie *Jaarverslag van het Hof van Justitie van de EU 2011*, p. 10 en 127.

nog meer voordelen met zich meebrengen. Een onderneming profiteert immers ook mee van de door de Commissie nagestreefde procedurele efficiëntie. De mogelijkheid sneller schoon schip te maken en te besparen op juridische kosten beantwoordt veelal aan een behoefte van ondernemingen. Dit zal met name het geval zijn als de Commissie een sterk clementiedossier in handen heeft.

Daarnaast is een mogelijke prikkel voor partijen om medewerking te verlenen dat de Commissie geen verhoging voor een afschrikkende werking van hoger dan een vermenigvuldigingsfactor van twee kan toepassen, terwijl dit normaal ongelimiteerd is.¹⁶ Dit voordeel is echter vrij beperkt. Op basis van de huidige boeterichtsnoeren is een dergelijke verhoging, als deze al wordt toegepast, nooit hoger geweest dan een factor twee.¹⁷

Een ander voordeel betreft het gestroomlijnde schikkingsbesluit, dat minder gedetailleerd is dan een regulier boetebesluit. Bovendien genieten tijdens een schikking gedane verklaringen dezelfde bescherming als clementieverzoeken: ze kunnen mondeling worden gedaan en worden over het algemeen niet doorgespeeld naar nationale rechters en klagende partijen.¹⁸ Beide maatregelen beperken de openbaring van informatie naar derde partijen en het publiek. De beperking van de informatie die naar buiten komt zou zelfs wel eens het grootste voordeel van een schikking kunnen zijn, aangezien dit het gevaar van civiele schadeclaims aanzienlijk kan verminderen.¹⁹

Nadelen voor de Commissie

Tegenover de nagestreefde doelstellingen van de schikkingsprocedure staan voor de Commissie ook verschillende mogelijke nadelen. Ten eerste zou een lagere boete, gecombineerd met andere voordelen zoals een lagere kans op civiele schadeclaims, de afschrikkende werking van een boeteoplegging kunnen verminderen. Tegen dit argument kan worden aangevoerd dat partijen geen recht hebben op een schikking, en er dus nooit op kunnen rekenen. Deze onzekerheid zal het afschrikkingseffect wellicht in stand houden. Bovendien zou een mogelijke reductie van het afschrikkingseffect als gevolg van een lagere boete moeten worden afgewogen tegen het verhoogde risico te worden beboet als de Commissie door schikkingen meer zaken in behandeling kan

nemen.²⁰ Dit alles gaat er bovendien ook nog van uit dat normale kartelboetes wel voldoende afschrikkende werking hebben. Het is derhalve niet zonder meer duidelijk hoe de schikkingsprocedure de afschrikkende werking van kartelboetes zal beïnvloeden.

Een tweede bezwaar voor de Commissie is dat de bescherming die aan schikkende partijen wordt gegeven tegen civiele schadeprocedures moeilijk is te verzoenen met het streven dergelijke procedures te stimuleren. In feite kan hierbij worden aangesloten bij de discussie die al bestaat op dit punt ten aanzien van clementiedossiers. Zowel de effectieve werking van de publieke handhaving als het private recht op schadevergoeding zijn belangrijk voor de Commissie. Echter, de Commissie lijkt in de belangenafweging vooral gewicht toe te kennen aan het eerste belang.²¹ Gezien de noodzaak een schikking aantrekkelijk te maken voor ondernemingen, kan worden beargumenteerd dat vrijwillig ingediende stukken uitgezonderd zouden moeten worden van openbaarmaking. Het Hof van Justitie heeft echter verschillende keren geoordeeld dat partijen die schade hebben geleden het recht hebben schadevergoeding te kunnen vorderen.²² De bescherming van stukken is in zulke zaken een belemmering van de voornaamste manier voor het verkrijgen van bewijs.²³ Anderzijds zijn schikkingsbesluiten, alhoewel beknopter in informatie, evengoed bindend voor nationale rechters en zouden meer besluiten juist ook tot meer civiele procedures kunnen leiden.²⁴ Bovendien wordt wel gesteld dat de publieke en private handhaving van elkaar gescheiden moeten blijven aangezien verschillende doelen worden nagestreefd: afschrikking en bestraffing enerzijds en compensatie anderzijds. Zo bezien zouden private vorderingen inderdaad nooit ten koste van de publieke handhaving moeten gaan.²⁵ De rechtvaardiging van de bescherming van schikkingsdossiers is dan afhankelijk van de mate waarin de schikkingsprocedure daadwerkelijk bijdraagt aan de verbetering van de publieke handhaving. Feit blijft dat deze tegenstrijdigheid een grote inconsistentie is in het beleid van de Commissie. Het formuleren van een meer

16. Zie de 2006 Boeterichtsnoeren, par. 30-31.

17. Zie F. Castillo de la Torre, 'The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice', *World Competition* 2010/3, p. 395.

18. Mededeling inzake schikkingen, par. 35 en 38-40. De bescherming van clementiestukken staat echter op losse schroeven, zie HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, n.n.g. en GvEA 22 mei 2012, zaak T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG/Commissie*, n.n.g. De Commissie is tegen deze laatste uitspraak in hoger beroep gegaan, zie de hogere voorziening ingesteld op 31 juli 2012 in zaak C-365/12 P, *PbEU* 2012, C 287/29.

19. Zie M.P. Schinkel, 'Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels', *Antitrust Bulletin* 2011/2, p. 461-482 en H.H.P. Lugard en B.J. Drijber, 'Interview met Alexander Italianer', *M&M* 2011/4, p. 126.

20. Zie hierover K. Mehta en M.L. Tierno Centella, 'EU Settlement Procedure: Public Enforcement Policy Perspective', in: Ehlermann en Marquis (2010), p. 395 en 421.

21. Dit verwoordt de Commissie bijvoorbeeld in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008) 165 def., 2 april 2008, p. 4.

22. HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi e.a./Lloyds Adriatico e.a.*, *Jur.* 2006, p. I-06619, par. 95 en HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, *Jur.* 2001, p. I-06297, par. 25-27.

23. Zie hierover verder A. Bach, 'Negotiated Antitrust Settlements: Some Perspectives from the Point of View of (Potential) Plaintiffs', in: Ehlermann en Marquis (2010), p. 258.

24. K. Dekeyser, R. Becker en D. Calisti, 'Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages', in: Ehlermann en Marquis (2010), p. 677-686.

25. Zie W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages', *World Competition* 2009/1, p. 12-21.

alomvattende benadering blijft cruciaal, maar is geen makkelijke opgave.²⁶

Een derde nadeel betreft de beperking van de mogelijkheid tot uitlegging van het recht. Als gevolg van de schikkingspraktijk zullen minder normale boetebesluiten worden genomen en minder uitspraken van het Gerecht en het Hof van Justitie volgen. Met name in een rechtsgebied als het mededingingsrecht is een voortdurende mogelijkheid tot re-interpretatie van het recht echter van essentieel belang.²⁷ Daarentegen zullen zaken met daadwerkelijk nieuwe aspecten minder snel geschikt worden of wellicht alsnog tot beroep leiden.

Nadelen voor ondernemingen

Vanuit het gezichtspunt van ondernemingen is een eerste nadeel van schikken het aanzienlijke verlies van procedurele rechten. Een schikkende partij krijgt in beginsel slechts beperkte toegang tot zijn dossier en doet na ontvangst van de punten van bezwaar afstand van het verdere recht op inzage hiervan alsmede van het recht op een hoorzitting. Gezien het grote belang dat een onderneming de mogelijkheid krijgt tot een goed geïnformeerd besluit te komen om wel of niet te schikken, zijn de beperkte toegang tot het dossier evenals de korte deadlines mogelijk problematisch. Zo weerhoudt in theorie niets de Commissie ervan om alleen het sterkste bewijs te verstrekken en alles wat bruikbaar is voor de verdediging achter te houden.

De Commissie betoogt echter dat schikkende partijen over dezelfde rechten van verdediging beschikken als in een normale procedure.²⁸ Er kan inderdaad worden gesteld dat het verlies van rechten in de praktijk wordt verholpen door het feit dat schikkende partijen in een eerder stadium van de procedure op de hoogte worden gesteld van de tenlastelegging, het bewijs en de hoogte van de boete. Bovendien wordt partijen tijdens schikkingsgesprekken voldoende gelegenheid geboden hun standpunt naar voren te brengen. De Commissie is wellicht ook meer ontvankelijk voor de argumenten van ondernemingen tijdens een dergelijke procedure dan in een normale hoorzitting. In die zin kan dus worden betoogd dat schikkende partijen bepaalde procedurele voordelen genieten. Tot slot kunnen partijen zo nodig nog een beroep doen op de Hearing Officer.

Er lijkt al met al in ieder geval geen sprake van een schending van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat het doen aan de verweerder van een uitdrukkelijk en vrijwillig aanbod voor bepaalde voordelen in ruil voor een versimpeling en versnelling van de procedure is toegestaan, zo lang

bepaalde minimumwaarborgen in acht worden genomen, en dit niet indruist tegen belangrijke publieke belangen.²⁹

Een wellicht significantere procedurele beperking betreft de sterk gelimiteerde mogelijkheid tot beroep bij het Gerecht en het Hof van Justitie. Alhoewel de schikkingsmededeling uitdrukkelijk meldt dat beroep openstaat en dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht behoudt, zullen er in de praktijk minder gronden zijn waarop een succesvol beroep kan worden gebaseerd.³⁰ De meest aangevoerde gronden, betreffende de omvang van de aansprakelijkheid en de hoogte van de boete, zullen weinig kans van slagen hebben wanneer deze zijn aanvaard in het formele schikkingsverzoek. Op deze manier lopen schikkende partijen de kans mis op een volledige juridische toetsing en op een soms aanzienlijke boetematiging. Gewoonlijk wordt in bijna alle kartelzaken beroep ingesteld en leidt meer dan de helft van deze beroepen tot een boetematiging, met een gemiddelde van 22,7%.³¹ Kortom, alhoewel er geen sprake lijkt te zijn van een overtreding van het EVRM, kan toch gesproken worden van een aanzienlijk verlies van rechten van verdediging, met name in het beroepsstadium. Anderzijds is juist de beperking van deze rechten de meest evidente manier voor verbetering van de procedurele efficiëntie en worden verschillende rechten door de schikkingsprocedure gecompenseerd.

Een tweede risico voor ondernemingen betreft een mogelijke veronderstelling van schuld van de kant van de Commissie wanneer een onderneming de schikkingsprocedure begint, maar hier vervolgens uitstapt. In dit stadium hebben ondernemingen hun interesse in een schikking reeds kenbaar gemaakt en wellicht zelfs verklaringen afgelegd. Alhoewel de Commissie dergelijke informatie niet kan gebruiken als bewijs en ook duidelijk heeft aangegeven dat een verklaring van interesse in een schikking geen erkenning van deelname in een kartel behelst, kan er vooringenomenheid in het *case team* van de Commissie ontstaan.³² Het lijkt er niet op dat de Commissieambtenaren die een zaak behandelen na het mislukken van schikkingsgesprekken anderen zijn dan diegenen die betrokken zijn geweest bij de schikking. Hier komt de voortdurende discussie over de rol van de Commissie als zowel aanklager als rechter naar voren.

Een derde nadeel van een schikking is dat het kan leiden tot of helpen bij onderzoeken van mededingingsautoriteiten in andere jurisdicties. De nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten zullen een reeds door de Commissie behandelde zaak gewoonlijk niet oppakken. In het geval van kartels met een wereldwijde

26. Een wetsvoorstel betreffende schadevergoedingsacties voor schendingen van het mededingingsrecht staat momenteel op de Commissie-agenda voor uiterlijk eind 2012, zie de Bijlage bij het Werkprogramma van de Commissie voor 2012, COM(2011) 777 def., 15 november 2011.

27. Zie M.P. Schinkel, 'Soms maar liever ongeschikt', *M&M* 2011/2, p. 88-90.

28. Zie persbericht van de Europese Commissie, 'Antitrust: Commission adopts first cartel settlement decision – questions & answers', Memo/10/201, 19 mei 2010.

29. Zie EHRM 18 oktober 2006, *Hermi/Italië*, par. 73 en EHRM 20 juni 2002, *Borghini/Italië*.

30. Mededeling inzake schikkingen, par. 41. Zie ook D. Waelbroeck, 'Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?', *Gazette du Palais* 2008/235, p. 3-38.

31. Deze cijfers zijn gebaseerd op zaken onder de 1998 Boeterichtsnoeren, zie C. Veljanovski, 'Cartel Fines in Europe, Law, Practice and Deterrence', *World Competition* 2007/1, p. 76-78.

32. Mededeling inzake schikkingen, par. 11, 27 en 29.

omvang bestaat echter het gevaar dat mededingingsautoriteiten buiten de EU actie zullen ondernemen met het idee dat een partij die reeds in één jurisdictie geschikt heeft, ook voor andere autoriteiten een makkelijke prooi is.

Tot slot is de ruime discretie die de Commissie geniet een vierde problematische eigenschap van de schikkingsprocedure. Het is begrijpelijk dat het aan de Commissie is om te bepalen of het zinvol is wel of niet de weg van een schikking in te slaan. Echter, de Commissie kan ook op enig punt besluiten de procedure te beëindigen en een gewone procedure te starten. Bovendien geniet de Commissie bijna onbegrensde discretie als het aankomt op toegang tot het dossier en de inhoud van de schikkingsgesprekken. De Verordening inzake schikkingen spreekt uitdrukkelijk over gesprekken en niet over onderhandelingen. Partijen krijgen de mogelijkheid de Commissie te overtuigen van hun argumenten maar de Commissie benadrukt dat er geen ruimte is tot onderhandelen over de tenlastelegging of het bewijs.³³ In hoeverre er daadwerkelijke onderhandelingsruimte is, blijft dus onduidelijk maar is van groot belang voor het succes van de procedure.³⁴ In ieder geval beperken de ruime discretie en sterke positie van de Commissie de transparantie en rechtszekerheid voor schikkende partijen.

De schikkingsprocedure in de praktijk

De DRAMs-zaak – een test case

Op 19 mei 2010, bijna anderhalf jaar na de inwerking-treding van de Verordening inzake schikkingen, sloot de Commissie in de zaak *DRAMs* haar eerste kartelschikking.³⁵ De zaak betrof een wereldwijd kartel van tien producenten van computerchips en bestond voornamelijk uit de bilaterale uitwisseling van informatie ter coördinatie van prijzen en offertes. De schikkende partijen werden beboet voor een bedrag van in totaal 331 miljoen euro. De zaak duurde een jaar van het openen van de procedure tot de mededeling van de punten van bezwaar en vervolgens nog drie maanden tot het besluit. Gezien het feit dat in een normale procedure alleen al de tijd tussen de mededeling van de punten van bezwaar en het besluit gemiddeld twaalf tot dertien maanden bedraagt, is dit absoluut een verbetering van de efficiëntie van de procedure.³⁶ De zaak leidde bovendien tot geen enkel beroep bij het Gerecht.

Aan de zijde van de ondernemingen stelde de zaak ook niet teleur. Naast de boetekorting van 10% was de Commissie niet zuinig in het verstrekken van verdere kortingen. Zo kregen drie karteldeelneemers kortingen op grond van verzachtende omstandigheden en waren de kortingen op grond van het clementiebeleid, met 90% van het maximum, ook aanzienlijk. Het lijkt er derhalve op dat in schikkingszaken de Commissie genereuzer is in de toepassing van haar boetebeleid dan in de normale procedure.³⁷ Dit zou er eveneens op kunnen duiden dat er wel degelijk daadwerkelijke onderhandelingen mogelijk zijn tijdens schikkingsgesprekken. Een verder voordeel van de procedure liet zich zien in de beknoptheid van het slechts 41 pagina's tellende besluit. Wat de nadelen betreft laat de *DRAMs*-zaak zien dat de Commissie niets heeft gedaan ter voorkoming van het risico van vooringenomenheid van een *case team*. Betrokken bij schikkingsgesprekken van de kant van de Commissie waren, naast vertegenwoordigers van de kartelschikkingenunit en de Juridische Dienst, ook het *case team* zelf.³⁸ Als schikkingbesprekingen mislukken, is het derhalve onvermijdelijk dat het *case team* op de hoogte is van alle door de onderneming gedane verklaringen. In de tweede plaats was het kartel vatbaar voor onderzoeken in andere jurisdicties. Wellicht dachten de schikkende partijen al grotendeels veilig te zijn gezien het feit dat de zaak al was afgehandeld in de Verenigde Staten en Zuid-Korea. De zaak leidde echter na het schikkingsbesluit ook nog tot een onderzoek in Brazilië, waarbij de reeds getroffen schikkingen in de VS en EU expliciet genoemd werden als basis.³⁹

De Animal Feed Phosphates zaak – de eerste hybride

Kort na *DRAMs* volgde op 20 juli 2010 in de zaak *Animal Feed Phosphates* het tweede schikkingsbesluit.⁴⁰ De zaak betrof een kartel van dertien producenten van chemicaliën voor diervoeder dat niet minder dan 35 jaar actief was geweest in een groot deel van Europa. De schikking was echter met name bijzonder in het feit dat het de tot nu toe enige 'hybride' schikkingszaak is, wat betekent dat enkele, maar niet alle karteldeelneemers instemden met een schikking. Nadat het schikkingsproces was gestart met alle partijen besloot één onderneming, Timab Industries, eruit te stappen na kennis te hebben genomen van de bandbreedte van de vermoedelijke geldboete. Hierdoor is zowel de schikkingsprocedure als de normale procedure gevolgd, resulterende in twee aparte besluiten. Uiteindelijk werden de ondernemingen beboet met een totaal van ruim 175 miljoen euro.

33. Speech Neelie Kroes, 'Settlements in Cartel Cases', Speech/08/445, Fiesole 19 september 2008.
 34. Zie ook M.P. Schinkel, 'Zit er onderhandelingsruimte in de Europese schikkingsprocedure in kartelzaken?', in: I.W. VerLoren van Themaat (red.), *Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2008: Actuele Beleidsvragen en Praktijk*, Amsterdam: Elsevier 2009, p. 67-79.
 35. Besluit van 19 mei 2010 in zaak COMP/38511 - *DRAMs*, *PbEU* 2011, C 180/15.
 36. A. Stephan, 'The Direct Settlement of EC Cartel Cases', *International and Comparative Law Quarterly* 2009/3, p. 635.

37. Dit wordt door verschillende auteurs opgemerkt, zie bijvoorbeeld A. Ortega González, 'The Cartel Settlement Procedure in Practice', *ECLR* 2011/4, p. 173 en P. Camesasca, 'EU Competition Settlements at a Crossroads', *Competition Law* 360, 12 december 2010.
 38. Zie Eindverslag van de raadadviseur-auditeur in zaak COMP/38511 - *DRAMs*, *PbEU* 2011, C 180/13.
 39. Persbericht van het Braziliaans Ministerie van Justitie, 'SDE instaura processo contra fabricantes de memória para eletrônicos', 21 juni 2010.
 40. Besluit van 19 juli 2010 in zaak COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, *PbEU* 2011, C 111/15.

De procedure duurde nog geen veertien maanden van het moment van de opening van de procedure tot de mededeling van de punten van bezwaar, alhoewel daarna wel zeven maanden verstreken tot het uiteindelijke besluit. Dat had echter ongetwijfeld te maken met het extra werk voortkomende uit het hybride karakter van de zaak. Het mag geen verbazing wekken dat het enige beroep in deze zaak kwam van Timab, de niet-schikkende partij.⁴¹ Timab betoogt hierin hoofdzakelijk dat het, in strijd met haar rechten van verdediging en de Verordening en Mededeling inzake schikkingen, door de Commissie is bestraft voor de terugtrekking uit de schikkingsbesprekingen met een verhoging van de geldboete met 25% in plaats van 10%, terwijl de duur van de inbreuk met 60% was ingeperkt. Alhoewel het hybride karakter van de zaak voor de Commissie een tegenvalleer moet zijn geweest, is het goed dat hier ervaring mee wordt opgedaan en dat de Commissie laat zien dat het deze niet koste wat kost uit de weg gaat. Het beroep van Timab zal bovendien bijdragen aan het verduidelijken van het Commissiebeleid ten aanzien van hybride zaken.

Voor ondernemingen waren de voordelen van de schikking vergelijkbaar met die in de *DRAMs*-zaak. Naast de 10% schikkingskorting werden aanzienlijke clementiekortingen toegekend en zelfs een korting van 70% wegens onvermogen te betalen. In deze zaak is ook duidelijk het verschil te zien in de omvang en het detail van de boetebesluiten: het besluit voor de vijf schikkende ondernemingen telde 55 pagina's terwijl het individuele besluit van Timab met 108 pagina's veel meer details bevat ten aanzien van de precieze gedragingen. Een voor ondernemingen nadelig element van de zaak betreft de hiervoor genoemde mogelijke bestraffing van Timab voor haar terugtrekking uit de schikkingsprocedure. Het is nu aan het Gerecht hierover te oordelen.

Van Consumer Detergents tot Water Management Products – de procedure komt op stoom

Na *Animal Feed Phosphates* gingen negen maanden voordat de Commissie op 13 april 2011 in de zaak *Consumer Detergents* haar volgende schikkingsbesluit nam.⁴² Het kartel bestond uit de drie grote producenten van waspoeder en betrof prijscoördinatie in verschillende Europese landen. De totaal opgelegde boete bedroeg ruim 315 miljoen euro. De procedure duurde bijna veertien maanden van de opening van de procedure tot de mededeling van de punten van bezwaar en daarna nog slechts twee maanden tot het besluit. Door geen van de schikkende partijen werd beroep ingesteld. De onderne-

mingen kregen de 10% boetekorting, aanzienlijke clementiekortingen en een gestroomlijnd besluit van slechts 25 pagina's.

De vierde kartelschikking werd voltooid op 19 oktober 2011 in de zaak *CRT Glass*.⁴³ Hierin werden vier ondernemingen actief op de markt van CRT-glas, gebruikt in televisies en monitors, beboet met in totaal ruim 128 miljoen euro voor de directe en indirecte coördinatie van prijzen op de Europese markt. De tijd tussen het openen van de procedure en het besluit bedroeg minder dan vijftien maanden. Tegen het besluit, dat opnieuw 25 pagina's telde, is wederom geen beroep ingesteld.

Op 7 december 2011 nam de Commissie in de zaak *Refrigeration Compressors* haar vijfde schikkingsbesluit.⁴⁴ De Commissie beboette hierin vijf makers van de koelcompressoren van ijskasten voor het coördineren van hun Europese prijsbeleid met boetes van in totaal ruim 161 miljoen euro. De schikking duurde van de opening van de procedure tot aanname van het besluit slechts veertien maanden. Evenals in de voorgaande zaken telde het besluit slechts 25 pagina's en had het geen enkel beroep bij het Gerecht tot gevolg. Ondernemingen kregen, naast de 10% schikkingskorting, clementiekortingen en in één geval een korting voor onvermogen te betalen.

De Commissie nam op 27 juni 2012 in de zaak *Water Management Products* het ten tijde van schrijven meest recente schikkingsbesluit.⁴⁵ Drie producenten van onderdelen van verwarmings- en koelsystemen coördineerden tussen 2006 en 2008 hun prijzen in Duitsland en, voor kortere tijd, in andere Europese landen en kregen een boete van ruim 13 miljoen euro opgelegd.

Beoordeling van de praktijk

De zes zaken laten zien dat de schikkingsprocedure de Commissie in staat stelt kartelzaken aanzienlijk efficiënter en sneller af te handelen. Ook voor ondernemingen is de balans positief. Een schikkende partij verkrijgt naast de boetekorting een snellere afhandeling, een ingekort besluit en, zo lijkt het, een Commissie die zich flexibel opstelt in de schikkingsbesprekingen. Opvallend is dat in de schikkingsbesluiten het basisbedrag van de boete vastgesteld wordt op 16-17% van de betrokken omzet, onder het normale gemiddelde van 18%. Bovendien is in geen enkele schikking een verzwarende omstandigheid aangenomen terwijl dit in de normale procedure gemiddeld bij 10% van de ondernemingen het geval is. Verzachtende omstandigheden werden toegekend aan 26% van de schikkende ondernemingen, een verdubbeling ten aanzien van het normale gemiddelde van 13,7%.⁴⁶ Hieruit volgt dat alhoewel geen onderhandeling mogelijk is over de 10% korting, dit wel het geval lijkt te zijn voor de andere variabelen van de boetefor-

41. Beroep ingesteld op 1 oktober 2010, *Timab Industries en CFPR/Commissie*, zaak T-456/10, *PbEU* 2010, C 346/46. Door Timab in het kader van deze procedure ingestelde beroepen tegen afwijzing van toegang tot bepaalde documenten op grond van de Eurowob, Verordening 1049/2001/EG, werden weer ingetrokken na verstrekking van deze stukken in de context van het beroep, zie de beroepen ingesteld op 11 januari 2011 in zaak T-14/11, *PbEU* 2011, C 80/22 en op 11 april 2011 in zaak T-211/11, *PbEU* 2011, C 179/18.

42. Besluit van 13 april 2011 in zaak COMP/39579 - *Consumer Detergents*, *PbEU* 2011, C 193/14.

43. Besluit van 19 oktober 2011 in zaak COMP/39605 - *CRT Glass*, *PbEU* 2012, C 48/18.

44. Besluit van 7 december 2011 in zaak COMP/39600 - *Refrigeration Compressors*, *PbEU* 2012, C 122/6.

45. Besluit van 27 juni 2012 in zaak COMP/39611 - *Water Management Products*. Van het besluit is nog geen openbare versie beschikbaar.

46. Zie C. Veljanovski, 'Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines', *Journal of Competition Law and Economics* 2011/4, p. 871-915.

mule en wellicht, maar moeilijker vast te stellen, voor de reikwijdte van de overtreding.

Tegenover deze winst staat voor de Commissie nog steeds het mogelijk verminderde afschrikkende effect. Dit blijft echter onduidelijk en is daarmee slechts een theoretische discussie. De bemoeilijking van private handhaving is wel een daadwerkelijk nadeel, maar sluit in feite slechts aan bij de reeds bestaande en meer algemene problematiek van het huidige handhavingssysteem. Ook voor schikkende ondernemingen wegen de nadelen niet op tegen de voordelen die de procedure biedt. De invloed op private schadeclaims en het gevaar van handhaving door andere autoriteiten zullen per zaak ingeschat moeten worden maar staan in het algemeen schikken niet in de weg. Ook het verlies van rechten van verdediging lijkt door ondernemingen voldoende gecompenseerd te worden geacht in de procedure.

Gelet op het bovenstaande is het niet verwonderlijk dat de procedure haar plaats in het handhavingssysteem van de Commissie reeds gevonden heeft. Rekenend vanaf begin 2010 bedraagt het percentage geschikte kartelzaken 40%. Hieruit volgt dat de procedure daadwerkelijk beantwoordt aan een vraag van zowel de Commissie als ondernemingen.⁴⁷ Zo blijkt ook uit *Freight Forwarding*, een reguliere kartelzaak die verschillende partijen hadden willen schikken.⁴⁸

In het kader van het belang van een voortdurende vernieuwing van het mededingingsrecht zou de Commissie desalniettemin enkele punten van verbetering kunnen overwegen. Ten eerste zou de Commissie de schikkingsprocedure ook kunnen openstellen voor artikel 102 VWEU-zaken. Dit naar het voorbeeld van de vergelijkbare procedures in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.⁴⁹ In machtsmisbruikzaken zijn, gezien hun vaak unieke karakter en de betwistbaarheid van de overtreding, wellicht minder voor de hand liggende voordelen te halen dan in kartels. Dit maakt dat een een-op-een vertaling of uitbereiding van de procedure misschien niet de juiste weg is. Ook zulke zaken gaan echter vaak gepaard met lange administratieve procedures en beroepen en zijn niet altijd geschikt voor toezeggingsbesluiten. De Commissie zou daarom op zijn minst kunnen onderzoeken of ook hier geen mogelijkheden liggen voor efficiëntieverbeteringen.

In de tweede plaats zou de Commissie op enkele vlakken meer duidelijkheid kunnen verschaffen. Zo zou de Commissie opener kunnen zijn over de inhoud van schikkingsbesprekingen. Alhoewel dit de essentiële stap is in de procedure, blijft uit zowel de Mededeling als de praktijk nog steeds enigszins onduidelijk wat precies wel en niet bespreekbaar is. Tot slot zou de Commissie haar

beleid ten aanzien van hybride zaken kunnen verduidelijken. Vraag is bijvoorbeeld of de Commissie bereid is ook volledig hybride zaken, waarin één of meer partijen al vanaf het begin niet meedoen, op te pakken. De aanhangige beroepen in *Animal Feed Phosphates* en *Freight Forwarding* zullen op deze punten wellicht ook duidelijkheid kunnen bieden.

Conclusie

Op grond van de zes tot nu toe genomen schikkingsbesluiten kan gesteld worden dat de schikkingsprocedure voor kartelzaken een waardevolle toevoeging is aan de handhavingmogelijkheden van de Europese Commissie. Voor zowel de Commissie als deelnemende ondernemingen wegen de voordelen van de procedure in het algemeen op tegen de nadelen. Desalniettemin zijn er enkele mogelijke punten van verbetering en verduidelijking.

47. Zie ook de speech van Alexander Italianer, 'Recent developments regarding the Commission's cartel enforcement', Brussel 14 maart 2012.

48. Enkele deelnemers aan het *Freight Forwarding* kartel hebben beroep ingesteld tegen de weigering van de Commissie deze zaak te schikken, zie de beroepen ingesteld op 12 juni 2012 in zaken T-265/12, T-267/12 en T-270/12, *PbEU* 2012, C 243/27, 28 en 30.

49. Zie de *early resolution procedure* van het Office of Fair Trading in het Verenigd Koninkrijk en de *transaction procedure* van de Franse Autorité de la Concurrence.