



Reactie op de consultatie van het Ministerie van Economische Zaken inzake de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Beleidsregel clementie)

Amsterdam, 16 juni 2014

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP maakt graag gebruik van de geboden gelegenheid een reactie te geven op de concept Beleidsregel clementie. Onze bijdrage is gebaseerd op onze brede internationale ervaring met juridische advisering van partijen die betrokken zijn bij kartelonderzoeken. De opmerkingen in deze bijdrage zijn van Freshfields Bruckhaus Deringer LLP en vormen niet noodzakelijkerwijs de mening van één van onze cliënten, noch van één van onze individuele advocaten.

Deze bijdrage zal ingaan op:

- (i) de vereisten voor boete-immuniteit (art. 4);
- (ii) de voorwaarden voor een mondeling clementieverzoek (art. 14);
- (iii) de termijn van een marker (art. 15);
- (iv) de vereiste medewerking van werknemers (art. 17); en
- (v) de mogelijkheid van een Engelstalig clementieverzoek.

1. De vereisten voor boete-immuniteit

Art. 4 lid 1 nieuwe beleidsregel (**NBR**) stelt onder sub b en c voor de eerste categorie van boete-immuniteit onder meer het dubbele vereiste dat (i) de ACM nog geen onderzoek is gestart en (ii) dat de verschaft informatie een gerichte inspectie mogelijk maakt.

Art. 4 lid 2 NBR introduceert de regel dat boete-immuniteit ook kan worden verleend aan de clementieverzoeker die zich als eerste meldt, terwijl de ACM al een onderzoek naar het kartel is begonnen. Ingevolge deze bepaling is voor de tweede categorie van boete-immuniteit onder meer vereist dat de clementieverzoeker aan de ACM documenten verschaft, die stammen uit de periode van de gedraging en waarover de ACM nog niet beschikte.

Het dubbele vereiste voor de eerste categorie van boete-immuniteit ingevolge art. 4 lid 1 sub b en c NBR en het vereiste van oorspronkelijk bewijs voor de tweede categorie ingevolge art. 4 lid 2 sub b NBR achten wij onwenselijk. Naar onze mening wordt door deze bepalingen de lat om immuniteit te verkrijgen te hoog gelegd en zijn deze vereisten daarnaast onduidelijk.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP is een *limited liability partnership* ingeschreven in Engeland en Wales onder registratienummer OC334789 onder toezicht van de Solicitors Regulation Authority. KvK 34368197. Voor informatie met betrekking tot relevante regelgeving verwijzen wij naar www.freshfields.com/support/legalnotice.

Een lijst met de namen van leden (en van niet-leden die als partners worden aangemerkt) van Freshfields Bruckhaus Deringer LLP en hun professionele kwalificaties ligt ter inzage op de plaats van vestiging 65, Fleet Street, Londen EC4Y 1HS en op het bovenvermelde adres. Een verwijzing naar een partner houdt in een lid, een consultant of een werknemer die een gelijkwaardige positie bekleedt en gelijkwaardige professionele kwalificaties heeft, van Freshfields Bruckhaus Deringer LLP of van een aan haar gelieerde vennootschap of entiteit. Aan het kantoor van Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Amsterdam zijn advocaten, notarissen, belastingadviseurs en solicitors verbonden.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrein Barcelona Beijing Berlijn Brussel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh Stad Hong Kong Keulen Londen Madrid Milaan Moskou München New York Parijs Rome Shanghai Singapore Tokio Washington Wenen

Bij potentiële clementieverzoekers zal onzekerheid bestaan of zij aan de eisen van art. 4 lid 1 sub b en c NBR kunnen voldoen. Het verdient naar ons oordeel de voorkeur aansluiting te zoeken in dit onderwerp bij de ECN modelregels¹, de Immunititsmededeling van de Europese Commissie (*Commissie*)² en Duitsland³. Bij toekenning van de eerste categorie van boete-immuniteit is niet relevant of de betreffende autoriteit reeds een onderzoek is gestart.⁴ Wel is vereist dat de informatie verschaft aan de autoriteit, deze in staat stelt een gerichte inspectie uit te voeren.

Voorts zal het voor potentiële clementieverzoekers die mogelijk in de tweede categorie vallen moeilijk zijn vast te stellen, of ten minste onduidelijk zijn of zij aan het vereiste van art. 4 lid 2 sub b NBR kunnen voldoen. Zelfs wanneer authentieke stukken overgelegd kunnen worden is nog onduidelijk in hoeverre de ACM nog niet over deze stukken beschikte. Hierdoor zal het minder aantrekkelijk zijn een clementieverzoek op deze basis in te dienen. Bovendien kan dit vereiste leiden tot willekeurige uitkomsten omdat een clementieverklaring met uitgebreide uitleg en informatie over bijeenkomsten, betrokken partijen, perioden, aard en frequentie van overleg, besproken projecten enz. – zonder authentiek bewijs – in de praktijk een grotere rol kan spelen dan een veel minder uitgebreid clementieverzoek met een enkel authentiek (en vaak op zichzelf niet duidelijk of veel bijbrengend) stuk. Onder de ECN modelregels, in het Verenigd Koninkrijk (*VK*) en in Duitsland⁵ wordt dit vereiste evenmin voor de tweede categorie van boete-immuniteit gesteld. Ook de Commissie stelt overlegging van dergelijk bewijs niet als voorwaarde voor immuniteit. De Commissie merkt wel in verband met vermindering van een geldboete op dat “*schriftelijk bewijsmateriaal dat dateert van de periode waarin de feiten hebben plaatsgevonden*” een grotere waarde heeft dan later geproduceerd bewijs.⁶

Wij raden daarom aan in de NBR niet als voorwaarde te stellen voor de eerste categorie van boete-immuniteit dat nog geen onderzoek is begonnen en ten aanzien van de tweede categorie van boete-immuniteit het vereiste van authentiek bewijs te vervangen door informatie met aanzienlijke additionele waarde.

2. De voorwaarden voor een mondelinge clementieverklaring

De NBR wijzigt de toetsing van een mondelinge verklaring ten opzichte van de huidige clementieregels in de boeterichtsnoeren (*HBR*). Volgens art. 14 NBR kan een mondelinge verklaring worden afgelegd indien een clementieverzoeker daartoe een naar het oordeel van de ACM gerechtvaardigd belang heeft. Art. 2.31 HBR vereiste dat “*een clementieverzoeker daartoe een gerechtvaardigd belang aantoont.*” De ACM behoudt een grote beoordelingsvrijheid in deze toetsing. Hierdoor zou de ACM zich steeds moeten verdiepen in het belang dat een partij heeft bij een mondeling clementieverklaring.

¹ ECN model clementieprogramma (herzien in november 2012) (*ECN modelregels*).

² Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (2006/C 298/11) (*EC Immunititsmededeling*).

³ Bundeskartellamt Bekanntmachung 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen, Bonus Regelung. (*BKA beleidsregel*).

⁴ Rdnr. 5 ECN modelregels, Rdnr. 9 EC immuniteitsmededeling, Art. 3 BKA beleidsregel.

⁵ Rdnr. 7 ECN modelregels, art. 2.17 OFT/CMA Applications for leniency and no-action in cartel cases, OFT 1495, July 2013. (*OFT beleidsregel*) en art. 4 BKA beleidsregel.

⁶ Rdns. 9 en 25 EC Immunititsmededeling.

Wij zien niet in waarom een clementieverzoeker een clementieverklaring in eerste instantie niet zonder meer mondeling zou kunnen afleggen. Deze mogelijkheid zou de effectiviteit van het clementieprogramma van de ACM juist kunnen bevorderen. Door bescherming tegen openbaarmaking te bieden, zouden partijen mogelijk eerder geneigd zijn zich tot de ACM te wenden.

De noodzaak voor de ACM zich een oordeel te vormen over de aard van het belang van verzoekster is mogelijk belastend voor de ACM zeker in geval complexe toekomstige procesrisico's in de Verenigde Staten aan de orde zijn. Indien de voorgestelde wijziging is ingegeven door de extra belasting die een mondelinge clementieverklaring mogelijk met zich brengt voor de ACM, kan worden overwogen een redelijke vergoeding in rekening te brengen voor extra werkzaamheden verbonden aan mondelinge verklaringen.

De NBR zou met de noodzaak een belang te beoordelen bovendien afwijken van de van het ECN model waarin een mondelinge procedure is toegestaan, zonder dat deze afhangt van een gerechtvaardigd belang van de autoriteit:

“Statements under the leniency programme and oral procedure upon the applicant’s request, the CA may allow oral applications. In such cases the statements may be provided orally and recorded in any form deemed appropriate by the CA. The applicant will still need to provide the CA with copies of all pre-existing documentary evidence of the cartel.”

Overeenkomstig staan de Duitse beleidsregels⁷ zowel schriftelijke als mondelinge verklaringen zonder meer toe.

Het toestaan van een mondelinge clementieverklaring zonder dat de ACM behoeft te beoordelen of de clementieverzoeker daartoe een gerechtvaardigd belang heeft aangetoond, wordt ook ondersteund door de praktijk van de Commissie.⁸

3. De termijn van een marker

Ingevolge art. 2.32 lid 2 HBR stelt de ACM de clementieverzoeker een termijn waarbinnen deze het clementieverzoek dient te vervolmaken. Art. 15 lid 3 NBR wijzigt deze praktijk. Het vaststellen van de termijn is een discretionaire keuze geworden van de ACM: *“Indien de ACM voor een clementieverzoeker een marker vaststelt, kan zij de clementieverzoeker daarbij een termijn stellen waarbinnen deze het clementieverzoek dient te vervolledigen.”*⁹

De voorgestelde aanpassing komt de rechtszekerheid niet ten goede. De clementieverzoeker, maar ook andere verzoekers worden bij gebreke van een termijn voor aanvulling in onzekerheid gelaten inzake hun rechtspositie. Dit kan leiden tot willekeurige uitkomsten waarbij andere partijen in feite worden benadeeld wanneer zij wél, maar de eerste clementieverzoeker niet, tijdig waardevolle informatie leveren.

⁷ Art. 15 BKA beleidsregel (officiële vertaling: *“An application as defined under paragraph 14 can also be filed verbally”*).

⁸ Zie ook rdnr. 23 EC Immunitetsmededeling.

⁹ Onderstreping FBD.

Tevens wijkt de bepaling in de NBR af van het ECN model en ook van de Duitse en Engelse praktijk. Ingevolge rdnr. 17 van het ECN model en rdnr. 15 van de EC Immuniteitsmededeling dient de autoriteit een termijn te stellen. In Duitsland wordt een termijn van maximaal acht weken aangehouden¹⁰, terwijl in het VK de autoriteit en de clementieverzoeker over de termijn overleggen.¹¹ Hiermee bestaat voor de clementieverzoeker duidelijkheid.

Het lijkt daarom aangewezen de bepaling van art. 2.32 lid 2 HBR in stand te houden.

4. Medewerking van werknemers

Clementieverzoekers hebben een medewerkingsplicht, die tevens betrekking heeft op werknemers die werkzaam zijn, dan wel werkzaam zijn geweest bij de clementieverzoeker. Op grond van art. 17 lid 2 sub 2 NBR geldt de medewerkingsplicht ‘voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is’. Het lijkt aangewezen de omvang van deze medewerkingsplicht verder te verduidelijken. Een voorbeeld zou kunnen worden genomen aan de regels in het VK¹², waarin onder meer is opgenomen dat aan de medewerkingsplicht voldaan is wanneer de verzoeker aan kan tonen dat hij zijn uiterste best heeft gedaan medewerking van de werknemer te verkrijgen.

Het opnemen van een dergelijke verduidelijking in de toelichting bij de NBR zou meer rechtszekerheid kunnen verschaffen.

5. Verzoek in het Engels

Wij bevelen aan de mogelijkheid het clementieverzoek in het Engels in te dienen in Nederland te introduceren, nu daarmee het (tijdig) indienen van clementieverzoeken door buitenlandse ondernemingen wordt gefaciliteerd. Dit komt de effectiviteit en de kwaliteit van de melding en het clementieprogramma ten goede. In Duitsland bijvoorbeeld kan het clementieverzoek in het Engels worden ingediend, zolang daarop een Duitse vertaling volgt.¹³ Een dergelijke bepaling is niet opgenomen in de ECN modelregels.

Wij zullen de aanpassing van het clementiebeleid met belangstelling blijven volgen.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

¹⁰ Art. 12 BKA beleidsregel.

¹¹ Art. 4.15 OFT beleidsregel.

¹² Art 5.37 OFT beleidsregel.

¹³ De officiële vertaling van art. 15 BKA beleidsregel luidt als volgt: “An application as defined under paragraph 14 can also be filed verbally and/or in English. If the Bundeskartellamt accepts an application in English the applicant is obliged to provide a written German translation without undue delay.”