

151. Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken ACM

MR. DRS. D.P. KUIPERS EN MR. M.A.M.L. VAN DE SANDEN

Op 21 december 2018 heeft de ACM de richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken bekendgemaakt. Tegelijkertijd heeft ook de Franse mededingingsautoriteit haar richtsnoeren in schikkingszaken gepubliceerd. Hoewel de richtsnoeren van de ACM en de Franse mededingingsautoriteit overeenkomsten vertonen, wijken ze op een aantal kernpunten van elkaar af. In deze bijdrage staan we stil bij die verschillen en wordt verkend of de ACM wel de juiste keuze(s) heeft gemaakt. Ook wordt aandacht besteed aan de vraag of de richtsnoeren van de ACM het (door haar) gewenste resultaat brengen: meer transparantie over de vereenvoudigde afdoeningsprocedure.

Inleiding

Ondernemingen en natuurlijke personen die in strijd handelen met wet- en regelgeving waarop de ACM toezicht houdt, zoals de Mededingingswet, lopen het risico op een boete van de ACM. Als de betrokkene bereid is de overtreding te erkennen (een 'bekentenis' af te leggen) en de boete te accepteren, kan de ACM de zaak vereenvoudigd afdoen. In ruil voor de efficiëntievoordelen door de vereenvoudigde afdoening voor de ACM, verlaagt de ACM de boete dan met 10%. De zaak is daarmee dan afgedaan; definitief, zo stelt de ACM uitdrukkelijk.

Het voordeel van vereenvoudigde afdoening is dat langdurige juridische procedures worden voorkomen. Zaken worden zo sneller en met lagere kosten – voor de ACM maar ook voor de betrokken partij(en) – afgerond. Partijen kunnen schoon schip maken en de ACM kan de vrijgekomen capaciteit besteden aan andere zaken.

De afgelopen jaren heeft de ACM ervaring opgedaan met de vereenvoudigde afdoening van boetezaken. Zo heeft de ACM de vereenvoudigde procedure toegepast in het

natuurazijn-, het *koel- en vrieshuizen-* en het *tractiebatterijenkartel*, maar ook in andere zaken, zoals in het geval van Lyncamobile en de door haar gehanteerde (te hoge) roaming tarieven in strijd met de Roaming Verordening 2009.¹ De praktijk die op basis van die ervaring is ontwikkeld, heeft de ACM nu inzichtelijk gemaakt met de 'Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken ACM' ('de Richtsnoeren'). De Richtsnoeren zijn op 21 december 2018 gepubliceerd samen met een vraag- en antwoorddocument.²

De Richtsnoeren vermelden expliciet dat geen sprake is van onderhandelingen; reden waarom de ACM spreekt van een 'vereenvoudigde procedure' en niet van een 'schikking'

Gelijktijdig met de ACM heeft ook de Franse mededingingsautoriteit, *Autorité de la concurrence*, richtsnoeren over

- 1 Besluit van de ACM, 25 juni 2015, zaaknr. 14.0705.27 (*natuurazijn*), 22 december 2015, zaaknr. 13.0698.31 en 15.0327.31 (*koel- en vrieshuizen*), 30 juni 2017, zaaknr. 7615 (*tractiebatterijen*) en 26 mei 2016, zaaknr. 15.1118.52 (*te hoge roamingtarieven*). Eerder paste de ACM een vergelijkbare procedure toe in de bouwfraudezaken. Strikt genomen werd in de bouwfraudezaken geen vereenvoudigde procedure toegepast, maar een zgn. versnelde procedure die er kort gezegd op neer kwam dat ondernemingen hun deelname aan de kartelgedragingen niet betwistten en afzagen van individuele inzage in het dossier, in ruil voor 15% boetevermindering. Zie ook D.P. Kuipers, 'De eerste bouwbesluiten van de NMa: meten met twee maten?', *M&M* 2015/6.
- 2 ACM, 'Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken ACM en vragen en antwoordendocument', 21 december 2018 (*Strct.* 2018, 71890). De Richtsnoeren zijn op 22 december 2018 in werking getreden.

haar schikkingsprocedure in boetezaken gepubliceerd.³ Die wijken op een aantal opmerkelijke punten af van de Richtsnoeren van de ACM. Omdat juist deze verschillen raken aan onze bedenkingen bij de ACM-regeling vanuit het perspectief van de in een sanctieonderzoek betrokken partijen, vergelijken wij in deze bijdrage de Franse schikkingsregeling met die van de ACM.

Daartoe zullen wij eerst de Richtsnoeren van de ACM beschrijven, waarna de Franse richtsnoeren aan de beurt zijn. Vervolgens gaan wij nader in op de belangrijkste verschillen tussen beide richtsnoeren en wat de impact daarvan is op de effectiviteit van de Richtsnoeren van de ACM. Dat brengt ons tot slot bij de hamvraag van dit artikel: brengen de Richtsnoeren van de ACM het (door haar) gewenste resultaat?

Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening ACM

De Richtsnoeren van de ACM beogen op hoofdlijnen zowel de uitgangspunten als de spel- en procedureregels te geven voor de vereenvoudigde afdoening in boetezaken. Uitgangspunt is dat de ACM bepaalt welke zaak voor vereenvoudigde afdoening in aanmerking komt. Zo neemt de ACM alleen contact op met de betrokken partijen als zij meent dat de zaak geschikt is voor vereenvoudigde afdoening. Partijen kunnen overigens ook zelf contact opnemen met de ACM als zij menen dat hun zaak daarvoor geschikt is. Of een zaak inderdaad geschikt is voor vereenvoudigde afdoening blijft echter een discretionaire bevoegdheid van de ACM: er bestaat geen recht op vereenvoudigde afdoening.⁴

Voorwaarden voor vereenvoudigde afdoening zijn volgens de Richtsnoeren dat de betrokken partij bereid is (1) haar overtreding te erkennen en (2) de boete hiervoor te accepteren en (3) dat de overtreding is gestopt. Daarnaast moet de ACM voldoende efficiëntievoordelen kunnen behalen. De Richtsnoeren stellen als uitgangspunt dat hiervan in principe geen sprake is als niet alle partijen mee doen. Hybride schikkingen, waarbij slechts een deel van de betrokken partijen een schikking treft terwijl het andere deel van de betrokken partijen de reguliere procedure volgt, worden daarmee in beginsel uitgesloten. Verder is de eventuele omstandigheid dat in de procedure ook al sprake is van een clementie-aanvraag, geen diskwalificatie voor toepassing van de vereenvoudigde procedure. Integendeel, ook de clementie-aanvrager kan – voor zover nog geen sprake is van volledige boete-immuniteit – een aanvullende korting op de boete krijgen.

Als de betrokken partijen aangeven deel te willen nemen aan de vereenvoudigde procedure en de ACM acht de zaak geschikt, dan voert de ACM gesprekken met elke betrok-

ken partij afzonderlijk.⁵ Hierbij kan een gemachtigde, zoals een advocaat, aanwezig zijn. Tijdens de gesprekken legt de ACM de geconstateerde overtreding en de voorgenomen boete voor. Partijen kunnen hier mondeling op reageren om de ACM te bewegen wijzigingen aan te brengen. De Richtsnoeren vermelden expliciet dat geen sprake is van onderhandelingen. Dat is ook de reden waarom de ACM spreekt van een ‘vereenvoudigde procedure’ en niet van een ‘schikking’. De laatste term zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat wel sprake is van onderhandelingen.⁶

Voordat de gesprekken plaatshebben, dienen de betrokken partijen in te stemmen met het opschorten van de wettelijke beslistermijn totdat het traject tot vereenvoudigde afdoening is afgerond. Overigens betekent het opschorten van de wettelijke beslistermijn niet dat er geheel geen termijnen gelden. De ACM stelt volgens de Richtsnoeren korte reactietermijnen vast voor partijen om het traject voortvarend te laten verlopen. Om diezelfde reden zal de ACM ook grenzen stellen aan de omvang van schriftelijke stukken. Verder dienen de betrokken partijen een geheimhoudingsverklaring te tekenen. Daarmee verklaren zij vertrouwelijk om te gaan met de informatie die tijdens het traject met de ACM wordt uitgewisseld. Derden mogen alleen met instemming van de ACM op de hoogte worden gebracht.⁷ Houdt de betrokken partij zich niet aan zijn of haar geheimhoudingsverplichting, dan kan de ACM de vereenvoudigde procedure staken. Ook de ACM zal de tijdens het traject gedeelde informatie (uiteraard) vertrouwelijk behandelen.

Inhoudelijk kennen de Franse Mededeling en de ACM Richtsnoeren belangrijke verschillen

Als de gesprekken succesvol verlopen, moet de betrokken partij uiteindelijk een verklaring opstellen. Op grond van de Richtsnoeren moet die in ieder geval de volgende elementen bevatten: (1) beschrijving en erkenning van de overtreding en de bevestiging dat (2) er voldoende toegang tot het dossier is geweest evenals (3) voldoende ruimte voor hoor en wederhoor. Met de verklaring bevestigt de betrokken partij dat zij de voorgenomen boete van de ACM en de uitgangspunten die aan de boete ten grondslag liggen accepteert. De ACM verstrekt een raamwerk voor die verklaring. Als de ACM meent dat de verklaring niet voldoet aan haar verwachting, krijgt de betrokken partij eenmaal de mogelijkheid om haar verklaring aan te vullen. Voldoet de verklaring wel aan de verwachtingen van de ACM, dan accepteert de ACM de verklaring. De ACM zal vervolgens een verkort boetebesluit opstellen in lijn met de

3 Autorité de la concurrence, *Procedural notice of 21 December 2018 on the settlement procedure*, 21 december 2018, geraadpleegd via: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_procedure_transaction_en_final.pdf.

4 Zie ook Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3063, par. 18 en 19 (*pandhuizen*).

5 Tenzij partijen tot dezelfde onderneming behoren. Dan voert de ACM de gesprekken met deze partijen in beginsel gezamenlijk. Zie punt 17 Richtsnoeren.

6 Zie het vraag- en antwoorddocument, punt 9.

7 Onder derden wordt verstaan: ieder ander dan de betrokken partij of haar vertegenwoordiger(s). Ook andere partijen in dezelfde boetezaak gelden als derden.

verklaring van de betrokken partij waarin zij een boetereductie van 10% toepast.⁸ Het verkorte boetebesluit wordt, samen met een nieuwsbericht, gepubliceerd op de website van de ACM. De verklaring van de betrokken partij wordt niet gepubliceerd. Ook geeft de ACM derden in eventuele schadevergoedingsprocedures geen inzage in de verklaring.⁹ Tot het moment dat de ACM de verklaring van de betrokken partij accepteert, kan de procedure nog door de betrokken partij worden stopgezet. Dit geldt ook voor de ACM: ook zij kan de procedure stopzetten.¹⁰ Bijvoorbeeld omdat de ACM en de betrokken partij geen gedeeld beeld hebben van de overtreding of omdat andere betrokken partijen zich terugtrekken uit de vereenvoudigde procedure. Na voortijdige beëindiging van het vereenvoudigde afdoeningstraject zal de reguliere procedure worden hervat. De erkenning van de betrokken partij vervalt bij beëindiging van de vereenvoudigde procedure. Ook zal de ACM de informatie en standpunten van de betrokken partij in dat dossier niet tegen haar gebruiken. Om dit te waarborgen houdt de ACM een apart dossier bij zodra een vereenvoudigde procedure wordt opgestart. Hoewel dit niet uitdrukkelijk is vermeld, ligt het voor de hand dat de erkenning vervalt ongeacht of ACM of de betrokken partij zich uit de vereenvoudigde procedure terugtrekt.¹¹

De Franse mededeling over de schikkingsprocedure

Zoals hiervoor aangegeven heeft de Franse mededingingsautoriteit gelijktijdig met de ACM richtsnoeren voor een schikkingsprocedure gepubliceerd in de vorm van een procedurele mededeling ('de Franse Mededeling'). Het doel van de Franse Mededeling is gelijk aan het doel van de ACM Richtsnoeren: het inzichtelijk(er) maken van de al ontwikkelde praktijk met schikkingen. In Frankrijk is de schikkingsprocedure in 2015 geïntroduceerd.¹² Sindsdien zijn twaalf schikkingsbesluiten genomen door de Franse mededingingsautoriteit in uiteenlopende zaken, zoals

kartels, misbruik van machtspositie- en *gun-jumping*-zaken.¹³

Inhoudelijk kennen de Franse Mededeling en de ACM Richtsnoeren belangrijke verschillen. Zo is erkenning van de overtreding niet vereist onder de Franse Mededeling.¹⁴ Daarentegen moeten partijen wel het recht om de overtreding aan te vechten opgeven.¹⁵ Een ander verschil is dat de Franse Mededeling geen maximale boetereductie kent, terwijl onder de ACM Richtsnoeren een 10% boetereductie geldt. In plaats van een vast kortingspercentage stelt de *rapporteur général* een bandbreedte vast waarbinnen het boetebedrag uiteindelijk valt (een minimum- en maximumbedrag). Het is vervolgens aan het bestuur van de Franse mededingingsautoriteit om de boete vast te stellen binnen die bandbreedte. Hoe hoog de korting is die uiteindelijk wordt toegepast, is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de zaak.¹⁶

Verder zijn hybride schikkingen in beginsel mogelijk in Frankrijk. De Franse mededingingsautoriteit erkent weliswaar dat er minder efficiëntievoordelen zijn dan wanneer alle partijen meedoen, maar sluit een hybride schikking niet op voorhand uit. Daarmee lijkt de Franse mededingingsautoriteit een ander standpunt in te nemen dan de ACM, die in haar Richtsnoeren de mogelijkheid van een hybride schikking juist in beginsel uitsluit. Wel geeft de Franse mededingingsautoriteit prioriteit aan schikkingsprocedures waaraan alle partijen deelnemen.

Had de ACM niet beter het voorbeeld van de Franse mededingingsautoriteit en de Commissie kunnen volgen?

Het initiatief voor een schikkingsprocedure ligt in Frankrijk (enkel) bij de partijen. In tegenstelling tot de ACM Richtsnoeren kent de Franse Mededeling een termijn voor de schikkingsprocedure: een schikkingsrapport dient binnen twee maanden na ontvangst van een rapport van bezwaren te zijn ondertekend behoudens uitzonderlijke omstandigheden. Het schikkingsrapport bevat in ieder geval de schikkingsverklaring van de betrokken partij waarin afstand wordt genomen van het recht op bezwaar en de voorgestelde bandbreedte van de op te leggen boete wordt geaccepteerd. Anders dan in Nederland hoeft de schikkingsverklaring geen erkenning van een overtreding

8 Het verkorte boetebesluit bevat een beknopte omschrijving van de overtreding, de ernst en duur daarvan. Het sluit aan bij de door de betrokken partij ingediende verklaring die de ACM heeft geaccepteerd en vermeldt dat deze partij heeft erkend. Zie punt 30 Richtsnoeren.

9 Conform art. 846 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verschaft de ACM geen inzage, afschrift of uittreksel van de verklaring die een partij in het kader van vereenvoudigde afdoening van een boeteprocedure wegens inbreuk op het mededingingsrecht heeft afgelegd. De ACM kan op grond van andere wettelijke regelingen daartoe wel gehouden zijn (art. 7 Instellingswet ACM).

10 Vergelijk ook het *Smartcardchips*-kartel waarin de Commissie de onderhandelingen alsnog had afgebroken (Europese Commissie, zaaknr. 39574, 3 september 2014).

11 Dit lijkt (impliciet) wel te volgen uit punt 24 Richtsnoeren.

12 Art. L. 464-2 van de Franse Wet op het handelsrecht. De schikkingsprocedure dient ter vervanging van de zgn. 'no objections'-procedure. In de literatuur is ook wel de vraag gesteld of de ACM niet een wettelijke grondslag zou moeten hebben voor het aangaan van schikkingen. Vooralsnog wordt er vanuit gegaan dat die grondslag is gelegen in het feit dat de ACM de bevoegdheid heeft om afspraken over besluiten aan te gaan (zie o.a. A. Outhuijse, 'Schikken met ACM: gewenste koers of rechtsomkeert maken?', *SEW* 2016/12).

13 Autorité de la concurrence, *The Autorité adopts its procedural notice on settlement in order to make it more legible for companies and give them more predictability*, persbericht, 27 december 2018.

14 Dit volgt overigens al uit de wet. Zie voetnoot 12.

15 Dit omvat zowel het feitenrelaas als de juridische kwalificatie en de toerekenbaarheid daarvan. Overigens kan de betrokken partij wel een zienswijze indienen ten aanzien van de hoogte van de boete, mits dat uiteraard niet (impliciet) de juistheid of geldigheid van de mededeling van bezwaren aanvecht. Zie ook punt 13 van de Mededeling.

16 Een nadeel daarvan is overigens weer dat de 10% boetereductie zekerheid en duidelijkheid biedt voor de betrokken partijen. In Frankrijk moet de betrokken partij toch maar afwachten wat de exacte boete is die uiteindelijk wordt opgelegd.

te bevatten. Het schikkingsrapport wordt vervolgens voorgelegd aan het bestuur. Het bestuur beslist of het rapport van bezwaren zoals opgesteld door de Franse autoriteit en het schikkingsrapport voldoende grondslag bieden voor het opleggen van een boete binnen de bandbreedte en of de bezwaren gegrond zijn. Zo niet, dan wordt de zaak terugverwezen voor nader onderzoek. Ook kan het bestuur besluiten dat de schikkingsverklaring (toch) niet voldoet aan de voorwaarden voor een schikking. Ook in dat geval wordt de zaak terugverwezen en wordt de reguliere procedure hervat.

Een effectiever schikkingsprogramma past wat ons betreft ook (beter) in de nieuwe lijn van de ACM

Zowel de Franse autoriteit als de partijen kunnen de procedure op ieder moment beëindigen. De correspondentie uitgewisseld tijdens de schikkingsprocedure wordt vervolgens niet aan het onderzoeksdossier toegevoegd, wat ook in Nederland niet is toegestaan. Ook wordt de uiteindelijke schikkingsverklaring niet gedeeld met de andere noch met derde partijen.

Impact keuze(s) ACM

Gezien de grote verschillen tussen de ACM Richtsnoeren en de Franse Mededeling kan de vraag worden gesteld of de ACM de juiste keuze(s) heeft gemaakt in haar Richtsnoeren.

Zo heeft de ACM ervoor gekozen, overigens in lijn met haar reeds bestaande praktijk, om als voorwaarde voor vereenvoudigde afdoening te stellen dat de betrokken partij de overtreding erkent. In de Richtsnoeren en het vraag- en antwoordendocument benadrukt de ACM de voordelen daarvan zoals de versnelde afhandeling en het voorkomen van langdurige juridische procedures. Logischerwijs, maar wat ons betreft onderbelicht gebleven in de Richtsnoeren, brengt een erkenning van de overtreding ook nadelen met zich, zoals de beperkte(re) kans op (succesvol) beroep,¹⁷ de impact voor civiele aansprakelijkheid c.q. schadeclaims¹⁸

en uitsluitingsrisico's bij aanbestedingen.¹⁹ Dit kan een drempel opwerpen voor de betrokken partij om überhaupt deel te willen nemen aan een vereenvoudigde afdoeningsprocedure.

Daar komt bij dat de ACM ervoor heeft gekozen om een boetereductie van (slechts) 10% toe te kennen. De ACM lijkt met dat percentage te willen aansluiten bij de Mededeling van de Commissie in schikkingsprocedures.²⁰ Ook de Commissie past een boetereductie van 10% toe. In Nederland kan die keuze van de ACM om niet meer dan 10% boetereductie toe te kennen ons inziens echter een drempel opwerpen voor de betrokken partijen om in te stemmen met vereenvoudigde afdoening. Met name in zaken waarin de kans op een geslaagd (hoger) beroep wordt meegewogen, is maar zeer de vraag of het vooruitzicht van 10% korting op een zekere boete zal opwegen tegen de mogelijkheid dat een niet-gereduceerde boete in beroep onderuit gaat. De ACM heeft een beperkt *track record* als het gaat om het in stand houden van de boetes bij de rechter.²¹ De vraag is dan ook of die 10% boetereductie voor de betrokken ondernemingen wel voldoende opweegt tegen de nadelen.²²

Bovendien ziet het schikkingsbeleid van de Commissie alleen op kartels, in tegenstelling tot de Richtsnoeren van de ACM die zien op alle boetezaken. Voor andere zaken dan kartels, zoals misbruik machtspositie of verticalen, heeft de Commissie een andere praktijk ontwikkeld waarbij zij veel hogere boetereducties toepast dan de 10% reductie die de ACM nu belooft in ruil voor vereenvoudigde afdoening; namelijk rond de 40-50% boetereductie.²³ Een praktijk die overigens uitermate effectief lijkt te zijn. Alleen al

17 Ook als na een schikking beroep mogelijk is, is de beweegruimte van de betrokken partij voor de rechter beperkt vanwege de erkenning. Zo kan alleen onder bijzondere omstandigheden de erkende overtreding alsnog worden betwist voor de rechter (CBb 7 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0540, par. 3.2.4.8). Zie ook het Gerecht 2 maart 2016, zaak T-98/14, (*Société générale*) en Het Gerecht 20 april 2015, zaak T-95/15, (*Printeos*) waarin (aspecten van) een schikking alsnog werden betwist.

18 De schade claimende partij hoeft de overtreding niet langer aan te tonen. Aan de andere kant wordt een verkort besluit opgesteld, waardoor minder details bekend worden dan het geval is met een regulier boetebesluit. Dat kan juist in het voordeel van de betrokken partij zijn. Zie ook S.M.M.C. Vinken & M.W.J. Jongmans, 'Timab Industries S.A.: eerste "hybride" zaak doorstaat eerste rechterlijke toetsing', *NtEr* 2015/10 en A. Outhuijse (2016).

19 De Aanbestedingswet biedt de mogelijkheid aan aanbestedende diensten om ondernemingen die het mededingingsrecht hebben geschonden of schenden uit te sluiten van de aanbesteding (art. 2.87 Aw). Een onherroepelijke boetebeschikking is daarvoor overigens niet nodig, zo bevestigde HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1096. Art. 2.87a Aw biedt weliswaar mogelijkheden voor de aanbestedende dienst om niet over te gaan tot uitsluiting. Dat doet echter niet af aan de risico's van uitsluiting en civiele schadeclaims. Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EU 24 oktober 2018, zaak C-124/17.

20 Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van art. 7 en 23 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken, 2008/C 167/01, 2 juli 2008.

21 Zie bijvoorbeeld CBb 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*executievelingen*), CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*grand-weg- en waterbouw*), CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*sloopwerken*), CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*huishoudelijke hulp*) en Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2818 (*koel- en vrieshuizen*). Zie ook N. Rosenboom & D. in 't Veld, 'Clementie aanvragen of de afspraak voortzetten, wat te doen met het oog op schadeclaims', *M&M* 2018/6 en A. Outhuijse (2016).

22 Zie ook N. Rosenboom & D. in 't Veld (2018), waaruit blijkt dat de hoogte van de boetereductie (mede) bepalend is voor het aanvragen van clementie. Hoewel de situatie niet een-op-een vergelijkbaar is met een schikking, is aannemelijk dat de hoogte van de boetereductie ook bij de keuze om een schikkingstraject in te zetten een (grote) rol speelt.

23 Europese Commissie, fact sheet cooperation, 17 december 2018.

in het afgelopen jaar is dit in negen zaken toegepast.²⁴ De achtergrond van het beleid van de Commissie in andere zaken dan horizontale kartels is wellicht dat geen clementie mogelijk is voor die zaken. Door hogere boetereducties in het vooruitzicht te (kunnen) stellen stimuleert de Commissie mogelijk de (verdergaande) medewerking van partijen, hetgeen de Commissie weer helpt. Had de ACM niet beter het voorbeeld van de Franse mededingingsautoriteit en de Commissie kunnen volgen? Door hogere boetereducties mogelijk te maken in andere zaken dan clementie-zaken? Die mogelijkheid biedt de ACM nu niet in haar Richtsnoeren.

De drempel om als onderneming te kiezen voor eenvoudige afdoening, die mogelijk bestaat door de vereiste erkenning van de overtreding en de beperkte boetereductie, zal ons inziens aanzienlijk lager zijn als sprake is van een kartel en een of meerdere partijen al een clementieverzoek hebben ingediend. In die gevallen zijn immers al schuldverklaringen afgelegd en is (sluitend) bewijs van de overtreding door de clementieaanvrager geleverd, veelal niet alleen van zijn eigen betrokkenheid maar ook van de andere deelnemers. Zo lag aan zowel de vereenvoudigde afdoening van het *natuurazijn-* als het *tractiebatterijkartel* (ook) een clementieverzoek ten grondslag.²⁵ Het percentage clementieverzoeken ligt overigens bij de ACM wel een stuk lager dan bij de Commissie.²⁶

Verder vinden wij het een gemiste kans dat de ACM hybride schikkingen op voorhand ‘in principe’ uitsluit. Hoewel ook wij onderkennen dat de efficiëntievoordelen wellicht minder lijken, neemt dat niet weg dat ze er wel kunnen zijn.²⁷ Eerder heeft de ACM hybride schikkingen wel toegestaan.²⁸ Ook de Commissie en de Franse mededingingsau-

toriteit staan hybride schikkingen toe.²⁹ En creëert de ACM hiermee niet de situatie waarin betrokken partijen worden gestimuleerd elkaar over te halen om ook deel te nemen aan de schikkingsprocedure? Een soort schikkingskartel?³⁰ Op al deze gebieden (erkenning, boetereductie en hybride schikkingen) lijkt de Franse Mededeling aantrekkelijker. In ieder geval in theorie. Een eerste onderzoek naar de praktijk lijkt dit namelijk vooralsnog niet te bevestigen: beide autoriteiten hebben sinds 2015 in grofweg één derde van de boetezaken een schikking getroffen.³¹ Toch kunnen wij ons niet aan de indruk onttrekken dat de ACM met haar keuzes wat deuren dicht doet, die anders open hadden gestaan en mogelijk tot een (nog) effectiever schikkingsprogramma hadden kunnen leiden. Een effectiever schikkingsprogramma past wat ons betreft ook (beter) in de nieuwe lijn van de ACM: verkorte procedures, snellere beslissingen en meer boetes.³²

Brengen de Richtsnoeren het gewenste resultaat?

Het doel van de Richtsnoeren is echter niet om de eenvoudige procedure aantrekkelijker te maken, maar transparanter.³³ In dat doel slaagt de ACM ons inziens zeker.³⁴ Zo verschaffen de Richtsnoeren meer duidelijkheid over de situaties waarin de ACM (geen) aanleiding ziet voor een vereenvoudigde procedure, de procedure die wordt gevolgd en wat de consequenties zijn als de onderhandelingen voortijdig worden afgebroken.

24 Europese Commissie, 24 juli 2018, in de zaken *Pioneer, Philips, Denon&Marantz en Asus*, zaaknr. AT.40465/AT.40469/AT.40181/AT.40182 (40-50% boetereductie), 17 december 2018, zaaknr. AT.40428, *Guess* (50% boetereductie), 22 januari 2019, zaaknr. AT.40049, *Mastercard* (10% boetereductie), 25 maart 2019, zaaknr. 40436, *Nike* (40% boetereductie) en 13 mei 2019, zaaknr. AT.40134, *Ab InBev* (15% boetereductie) en 9 juli 2019, zaaknr. 40432, *Sanrio* (40% boetereductie). Eerder paste de Commissie een boetereductie van 30% toe in de *ARA*-zaak (20 september 2016, zaaknr. 39759).

25 Zie voetnoot 1.

26 Volgens B. Braat, *The relation between leniency and private enforcement*, Zutphen: Paris Legal Publishers, 2019, p. 2.5.3 en 2.5.4 ligt het percentage bij de Commissie rond de 80%, terwijl het percentage bij de ACM op ongeveer 40% ligt.

27 Zie ook A. Patsa e.a., ‘Cartel Settlements: an overview of EU and national case law’, *Concurrences* 2016/81310.

28 Zie het *bouwfraude-*, *tractiebatterijen-* en het *koel- en vrieshuizenkartel* hiervoor al aangehaald.

29 Zie bijvoorbeeld de *Animal Feed Phosphates, Euro Interest Rate Derivates, Yen Interest Rate Derivates, Steel Abrasives, Canned Mushrooms* en *Truck Producers*-besluiten van de Commissie. Voor Frankrijk, zie de Franse Mededeling en bijvoorbeeld (onder de oude wetgeving) *European Competition Network Brief, The Autorité de la concurrence fines three leading companies in dog and cat food sector*, 20 maart 2012 en (onder de huidige wetgeving) besluiten 16-D-05 en 16-D-06 van 13 april 2016 (*Eurochef en GAFIC*) en 16-D-26 van 24 november 2016 (*GIF*). Zie ook C-411/15, 12 januari 2017 (*Timab*) en T-180/15, 10 november 2017 (*ICAP*) (hoger beroep ingesteld onder C-39/18) voor de procedurele beperkingen die hybride schikkingen met zich brengen. Zie in dat kader ook Y. de Vries & J. de Kok, ‘Het ICAP-arrest: with a little help from my friends...’, *NtEr* 2018/3-4.

30 De auteurs verwijzen hiermee naar de berichtgeving in onder andere het *Financieel Dagblad* waarin de ACM werd verweten huizenhandelaren in een bijna-kartel te manoeuvreren. De huizenhandelaren kregen een hoger bedrag aan schadevergoeding toegekend afhankelijk van het aantal huizenhandelaren dat meedeed aan de schikking. Zie bijvoorbeeld ‘ACM stimuleert bijna-kartel met schikking’, *FD* 14 november 2018.

31 Sinds 2015 heeft de ACM drie schikkingen getroffen op een totaal van ca. negen mededingingszaken, terwijl de Franse autoriteit twaalf schikkingen heeft getroffen op een totaal van ca. 35 mededingingszaken. De auteurs hebben hier verder geen empirisch onderzoek naar verricht en erkennen dat ook andere aspecten een rol kunnen spelen. Aanvullend onderzoek is dan ook vereist om hier met meer zekerheid iets over te kunnen zeggen.

32 C. Driessen & M. Duursma, ‘Interview Martijn Snoep, ACM: Eerst had ik een handvol cliënten, nu heb ik er 17 miljoen’, *NRC Handelsblad* 18 januari 2019.

33 Richtsnoeren, punt 2.

34 Al in 2016 werd de ACM in de literatuur opgeroepen om de procedure vast te leggen, omdat dit de transparantie ten goede zou komen. Zie o.a. A. Outhuijse (2016).

Tegelijkertijd laten de Richtsnoeren op een aantal punten onduidelijkheden bestaan. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de ACM gehouden is eerst een rapport op te maken alvorens om een vereenvoudigde afdoening kan worden verzocht. De Richtsnoeren geven wat tegenstrijdige signalen af op dit punt. Zo staat in de Richtsnoeren aan de ene kant dat de ACM tijdens ‘de gesprekken’ de overtreding en voorgenomen boete voorlegt. Dit lijkt te impliceren dat de ACM haar standpunt niet op papier zet. Aan de andere kant staat in de Richtsnoeren dat de vereenvoudigde procedure is bedoeld om de zaak waarin de ACM ‘een overtreding heeft geconstateerd’ definitief af te doen. Normaliter wordt daarmee bedoeld op het moment waarop de ACM een rapport toestuurt aan partijen; daarin wordt immers de overtreding geconstateerd. Ons komt deze uitleg aannemelijk(er) voor, met name met het oog op art. 5:53 Awb en de functionele scheiding binnen de ACM.³⁵ Niettemin impliceert het vraag- en antwoorddocument dat ook vóór toezending van het rapport om vereenvoudigde afdoening kan worden gevraagd, doordat is opgenomen dat in principe ‘altijd’ om vereenvoudigde afdoening kan worden gevraagd. Het één sluit het ander niet uit, maar erg duidelijk is het niet. Verder wordt in het midden gelaten of de betrokken partij met de vereenvoudigde afdoening ook het recht op bezwaar en beroep opgeeft. Naar wij begrijpen is dat niet het geval. Het maakt geen onderdeel uit van de schikkingsverklaring van de betrokken partij, hetgeen ons inziens wel een voorwaarde zou moeten zijn op grond van art. 6 EVRM.³⁶ Toch blinken de Richtsnoeren ook op dit punt niet uit in duidelijkheid doordat herhaaldelijk wordt benadrukt dat sprake is van ‘definitieve afdoening’ en ‘langdurige juridische procedures worden voorkomen’.³⁷ Daarnaast mogen partijen enerzijds ‘mondeling’ reageren op de overtreding en de voorgenomen boete, wat impliceert dat geen schriftelijk stuk wordt ingediend. Anderzijds stelt de ACM wel termijnen vast en kan zij grenzen stellen aan

de omvang van schriftelijke stukken.³⁸ Onduidelijk blijft hoe dat in het proces past.

Kortom, niet alleen zouden de Richtsnoeren met andere keuzes mogelijk aantrekkelijker kunnen zijn geweest (in theorie), ook op het gebied van transparantie slaagt de ACM niet helemaal en zien wij ruimte voor verbetering. Zeker in vergelijking met de Franse Mededeling. De Franse Mededeling is een stuk uitgebreider, beschrijft ook gedetailleerd de rolverdeling binnen de autoriteit en, niet onbelangrijk, is eerst ter consultatie voorgelegd waardoor (eventuele) onduidelijkheden op voorhand konden worden weggenomen.³⁹ (Ook) voor wat betreft de mate waarin inzichtelijkheid in de procedure wordt verschaft had de ACM dus mogelijk beter het voorbeeld van de Franse mededingingsautoriteit kunnen volgen.

Naschrift van de auteurs

Naar aanleiding van ons artikel heeft de redactie de ACM gevraagd om een reactie. Die reactie is eveneens in dit nummer gepubliceerd. Wij juichen de toelichting op de regeling door de ACM toe. Hoewel de ACM onze bedingen niet geheel wegneemt, zien wij in de reactie van de ACM geen aanleiding om ons artikel aan te passen. Wel merken wij op dat de reactie van de ACM laat zien dat een consultatie voorafgaand aan de vaststelling van dit soort beleidsdocumenten (in de toekomst) niet overbodig zou zijn.

Over de auteurs

Mr. drs. D.P. (Pauline) Kuijpers

Advocaat en partner bij Bird & Bird LLP.

Mr. M.A.M.L. (Mariska) van de Sande

Advocaat bij Bird & Bird LLP.

35 Art. 12q Instellingswet ACM. Ook in de eerdere zaken waarin de ACM de vereenvoudigde afdoeningsprocedure toepaste, zond zij eerst een rapport toe aan partijen.

36 Zo oordeelde het CBb in de bouwfraudezaken dat verdedigingsrechten mogen worden opgegeven zonder dat sprake is van strijd met art. 6 EVRM mits sprake is van voldoende voorlichting zodat de betrokken partijen een welbewuste keuze kunnen maken.

37 Weliswaar erkent de betrokken partij de overtreding en de boete, waardoor de kans op juridische procedures veel lager wordt, maar uitgesloten is het niet. Zie ook voetnoot 17.

38 Punten 18 en 19 Richtsnoeren.

39 Overigens blinken de Franse richtsnoeren ook niet op alle punten uit in duidelijkheid. Zo worden hybride schikkingen in beginsel toegestaan, maar kan er prioriteit worden gegeven aan schikkingen waar alle betrokken partijen aan deelnemen. Ons komt voor dat juist als er onvoldoende capaciteit is, en er moet worden geprioriteerd, de autoriteit wil kiezen voor een schikkingsprocedure, zodat op korte(re) termijn weer meer capaciteit vrijkomt.