

Het voorstel van de Commissie voor schikkingen in kartelzaken

Eind oktober 2007 heeft de Commissie een ontwerp-Verordening en een ontwerp-Mededeling met betrekking tot schikkingen van kartelzaken bekendgemaakt.¹ De vergelijking met de Amerikaanse praktijk van *plea bargaining* ligt voor de hand, alhoewel de Commissie benadrukt dat het twee verschillende instrumenten zijn. De vraag is echter of dit juist is en of de Commissie desalniettemin kan leren van de positieve ervaringen in de VS met betrekking tot schikkingen in kartelzaken.

De reden voor de introductie van een schikkingsprocedure voor kartels is het vereenvoudigen van de procedure voor de Commissie, waardoor zij hoopt een groter aantal kartelzaken te kunnen behandelen en het kartelverbod efficiënter te kunnen handhaven. Een kartelprocedure duurt gemiddeld ten minste 2,5 jaar, maar vaak nog langer. De Commissie heeft de afgelopen vijf jaar gemiddeld zes boetebeschikkingen per jaar vastgesteld, maar het aantal kartelzaken dat per jaar wordt geopend is vele malen hoger, mede vanwege het succes van de clementieregeling van de Commissie. Het is dus duidelijk dat de Commissie met een oplossing moest komen.

De vraag is echter of het voorstel van de Commissie het gewenste effect zal hebben. In dit verband zal in dit artikel aandacht besteed worden aan de Amerikaanse praktijk van *plea bargaining*, die in de VS al jaren succesvol wordt toegepast in kartelzaken. Alvorens in te gaan op het voorstel van de Commissie wordt een overzicht van het Amerikaanse systeem van *plea bargaining* gegeven.

Plea bargaining (VS)

In de VS duidt *plea bargaining* op de onderhandeling en overeenkomst tussen een verdachte van een strafbaar feit en de vervolgende overheid over vermindering van een tenlastelegging of strafmaat in ruil voor het toegeven of niet bestrijden van schuld. *Plea bargaining* is een integraal onderdeel van het Amerikaanse strafrechtelijke handhavingssysteem. Ingevolge regel 11(c)(1) van de *Federal Rules of Criminal Procedure* kunnen een Amerikaanse federale officier van justitie en de (advocaat van de) verdachte in onderhandeling treden over welke overtreding(en) ten laste worden gelegd en over de gezochte strafmaat. Via een advocaat kan de verdachte

te allen tijde *plea*-onderhandelingen initiëren.² De rechter neemt geen deel aan die onderhandelingen,³ maar behoudt wel het laatste woord in de strafoplegging.

Er zijn drie soorten *plea*-overeenkomsten die de federale overheid met een verdachte kan sluiten indien de verdachte schuldig pleit (*guilty plea*) of haar schuld niet bestrijdt (*nolo contendere*): (A) een overeenkomst dat het OM bepaalde strafbare feiten niet ten laste zal leggen; (B) een overeenkomst dat het OM een bepaalde strafmaat of strafverlagende factor zal aanbevelen dan wel oplegging van die strafmaat of toepassing van die factor niet zal bestrijden; of (C) een overeenkomst tussen de verdachte en het OM over een specifieke geschikte strafmaat of strafverlagende factor.⁴

De B-overeenkomst is bindend voor de verdachte maar niet voor de rechter.⁵ De rechter kan de B-overeenkomst accepteren maar niettemin een straf opleggen die afwijkt van de in de B-overeenkomst aanbevolen/onbestreden straf terwijl de verdachte gebonden blijft aan zijn/haar verplichting om schuldig te pleiten (of haar schuld niet te bestrijden).⁶ De A- en C-overeenkomsten, daarentegen, zijn bindend voor de rechter.⁷ De rechter kan A- en C-overeenkomsten uitsluitend integraal goedkeuren of integraal afkeuren.⁸ Keurt de rechter de A- of C-overeenkomst goed, dan is hij/zij gebonden aan de daarin overeengekomen strafmaat of tenlastelegging. Keurt de rechter een A- of C-overeenkomst af, dan heeft de verdachte het recht om zich volledig aan de overeenkomst te onttrekken en alsnog haar onschuld te bepleiten (alsof de *plea*-overeenkomst nooit gesloten was).⁹

In de VS worden kartelzaken in de regel strafrechtelijk vervolgd door de *Antitrust Division* van de *U.S. Department of Justice (DoJ)*. De *DoJ* maakt zeer veel gebruik van *plea bargaining* in de vervolging van kartelzaken, met name de B- en C-overeenkomsten. Dat komt onder meer vanwege het feit dat de Amerikaanse clementieregeling alleen beschikbaar is voor de eerste karteldeelneemer die een kartel uit zichzelf aanmeldt (en aan de overige eisen voldoet). Alle andere karteldeelnemers die medewerking willen verlenen in ruil voor strafverlaging moeten dat via *plea bargaining* regelen.

Plea-overeenkomsten met de *DoJ* worden altijd schriftelijk vastgesteld en in de regel ook openbaar gemaakt

¹ Voorstel voor een Verordening tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken en Ontwerp 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, te vinden op <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>.

² Zie *U.S. Dep't of Justice, Antitrust Grand Jury Manual (Nov. 1991) IX-A-1*, beschikbaar op www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/207144.htm#IX.

³ Zie *Fed. R. Crim. P. 11(c)(1)*.

⁴ *Id.*

⁵ *Fed. R. Crim. P. 11(c)(1) & (3)*.

⁶ *Id.*

⁷ *Fed. R. Crim. P. 11(c)(1)*.

⁸ *Fed. R. Crim. P. 11(c)(3)-(5)*.

⁹ *Fed. R. Crim. P. 11(c)(3), (5)*.

(tenzij openbaarmaking een kartelonderzoek ondermijnt). De voorafgaande onderhandelingen daarentegen zijn vertrouwelijk. Terwijl de onderhandelingen plaatsvinden met stafjuristen van de DoJ is de *plea*-overeenkomst niet officieel totdat die is goedgekeurd door de Assistant Attorney General.¹⁰ Totdat de verdachte schuldig pleit, kan de DoJ een door de verdachte geaccepteerd *plea*-aanbod nog intrekken.¹¹

De belangrijkste onderwerpen van onderhandeling zijn meestal¹²:

- welke entiteit binnen het concern schuldig pleit (de DoJ zoekt naar de meest direct betrokken entiteit);
- welke overtredingen ten laste worden gelegd (regelmatig begaan ondernemingen die betrokken zijn bij een kartel niet alleen mededingingsrechtelijke overtredingen maar tevens, bijvoorbeeld, fraude en strafbare vernietiging van bewijs);
- de omvang van de overtreding (zoals de duur, het geografisch bereik, de betrokken product- en/of dienstsegmenten);
- de medewerking door de verdachte;
- welke entiteiten en personen onder de *plea agreement* vallen en welke expliciet buiten beschouwing blijven; en
- de aan te bevelen boete- en gevangenisstrafmaat.

Indien *plea*-onderhandelingen stuklopen of de kartelverdachte van de *plea*-overeenkomst afziet en besluit onschuldig te bepleiten,¹³ mogen zijn uitspraken tijdens de onderhandelingen in beginsel niet als bewijs tegen hem worden gebruikt, niet in de onderhavige zaak en ook niet in andere zaken (inclusief civiele zaken over hetzelfde kartel).

Om voor een *plea*-overeenkomst met de DoJ in aanmerking te komen dient een kartelverdachte niet alleen formeel schuldig te pleiten (de DoJ accepteert geen *nolo contendere*), maar ook specifiek de volgende feiten te bekennen: deelname aan het kartel (via bijeenkomsten en gesprekken tussen zijn werknemers en werknemers van concurrenten), het doel van het kartel, de producten en/of diensten waarover kartelafspraken waren gemaakt, de geografische dekking van het kartel, de duur van het kartel en de relevante betrokken omzet. Deze feiten worden in zeer algemene termen in de overeenkomst vastgelegd.¹⁴

De overeenkomst vergt dat de kartelverdachte eveneens afstand doet van andere fundamentele procedurele rechten, waaronder het recht op een juryproces en het recht op appel.¹⁵ De kartelverdachte behoudt wel het recht om in beroep te gaan indien de rechter afwijkt van de in een B-overeenkomst aanbevolen of onbestreden strafmaat. Buitenlandse kartelverdachten dienen bovendien afstand te doen van hun recht om de jurisdictie van de Amerikaanse autoriteiten en rechtbank te bestrijden.¹⁶ Indien de rechter de overeenkomst accepteert, stelt deze tijdens een hoorzitting zeker dat de verdachte bewust en vrijwillig afstand heeft gedaan van deze en andere rechten.¹⁷

Een ander belangrijk vereiste voor een *plea*-overeenkomst is dat de kartelverdachte volledige medewerking verleent aan (a) het lopende onderzoek, (b) andere onderzoeken die uit dat onderzoek voortvloeien en (c) daaruit volgende procedures. Volledige medewerking betekent onder meer: productie van alle informatie en stukken waar de DoJ om vraagt en het beschikbaar maken van personeel voor informeel en formeel getuigenverhoor.¹⁸

Indien de kartelverdachte aan deze eisen voldoet en de overeenkomst nakomt, kan de beloning aanzienlijk zijn.¹⁹ Naast duidelijkheid over zijn/haar lot op korte termijn, komt de kartelverdachte namelijk op zijn minst in aanmerking voor een medewerkingskorting op de strafmaat. De medewerking kan bovendien leiden tot toepassing van een lager startpunt in de straftoemeting. Daarnaast is het de praktijk van de DoJ om zelfincriminerende informatie geproduceerd door de verdachte in het kader van een *plea*-overeenkomst niet te gebruiken ter verhoging van de strafmaat. Dus zelfs indien stukken van de verdachte laten zien dat de kartelomzet aanzienlijk groter was dan de DoJ aanvankelijk dacht (bijvoorbeeld omdat het kartel veel langer opereerde dan de DoJ wist), leidt dat in principe niet tot een hogere boete.²⁰ De *plea*-overeenkomst is ook een middel voor een onderneming om de vervolging van haar personeel zoveel mogelijk te beperken.²¹ Ten slotte kan een verdachte extra korting krijgen op de straf indien informatie wordt verschaft over een andere, ongerelateerde kartelovertrekking waarin de verdachte betrokken is.²²

¹⁰ Zie Antitrust Grand Jury Manual IX-B.

¹¹ Zie *Marbry v. Johnson*, 467 U.S. 504, 507-09 (1984).

¹² Zie Scott D. Hammond, Dep'y Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All 2, Remarks Before OECD Competition Committee Working Party No. 3 (Oct. 17, 2006), beschikbaar op www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf; p. 9-10.

¹³ Totdat de rechter de overeenkomst heeft geaccepteerd kan de verdachte haar nog intrekken. Daarna mag de verdachte de overeenkomst alleen onder uitzonderlijke omstandigheden intrekken. Zie Fed. R. Crim. P. 11(d). Na de strafoplegging kan de verdachte zijn guilty plea niet meer intrekken. Id.

¹⁴ Zie U.S. Dep't of Justice, Antitrust Div., Model Annotated Individual Plea Agreement § 4 (Last Updated December 19, 2006), beschikbaar op www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/220672.pdf; U.S. Dep't of Justice, Antitrust Div., Model Annotated Corporate Plea Agreement § 4 (Last Updated December 19, 2006), beschikbaar op <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/220671.pdf>; zie ook, bijvoorbeeld, *Hynix Plea Agreement* § 4, *United States v. Hynix Semiconductor, Inc.*, No. CR 05-249 (N.D. Ca. Apr. 20, 2005), beschikbaar op www.usdoj.gov/atr/cases/f209200/209231.pdf.

¹⁵ Zie Model Annotated Individual Plea Agreement §§ 1-2; Model Annotated Corporate Plea Agreement §§ 1-2. De DoJ behoudt haar appelrechten. Zie Model Annotated Individual Plea Agreement § 2; Model Annotated Corporate Plea Agreement § 2.

¹⁶ Zie Model Annotated Individual Plea Agreement § 2; Model Annotated Corporate Plea Agreement § 2.

¹⁷ Zie Fed. R. Crim. P. 11(b)(1).

¹⁸ Zie Model Annotated Corporate Plea Agreement § 14.

¹⁹ Zo ontving de *Crompton Corporation* bijvoorbeeld een korting van 59% op haar minimumboete in ruil voor haar medewerking en schuldig pleiten in een kartelzaak. Zie *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations* 2. Een dergelijk substantiële korting is echter uitzonderlijk.

²⁰ Zie *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations* 3-4.

²¹ Zie id. pp. 7-8. De meest schuldige bestuurders en employees zullen echter in de regel niet aan strafvervolgung ontkomen en – desgewenst – een individuele *plea* overeenkomst moeten onderhandelen. Id.

²² Zie id. pp. 9-10.

Echter, de beloning voor medewerking onder een *plea*-overeenkomst is niet uniform en zeer afhankelijk van – onder meer – hoe waardevol de medewerking van een kartelverdachte is voor de *DoJ*. Dit verschilt aanzienlijk van geval tot geval.²³ In het algemeen geldt: hoe eerder de verdachte meewerkt, des te groter de beloning. Immers, naarmate de *DoJ* meer onderzoek zelf heeft gedaan of reeds informatie van andere karteldeelne-ners heeft verkregen, is de medewerking van een andere karteldeelnemer minder waardevol.

Het systeem van *plea bargaining* is zeer succesvol: meer dan 90% van de bedrijven die de *DoJ* in de afgelopen twintig jaar heeft vervolgd voor kartelvorming sloten een *plea*-overeenkomst in ruil voor strafverlaging.²⁴ Derhalve is het interessant om te beoordelen in hoeverre het voorstel van de Europese Commissie voor een schikkingsprocedure aansluit bij het Amerikaanse systeem.

Het voorstel van de Europese Commissie

Het voorstel van de Commissie voor een schikkingsprocedure ziet er kort samengevat als volgt uit.

Nadat de Commissie een procedure heeft ingeleid, kan zij een termijn (van ten minste twee weken) stellen waarbinnen partijen kunnen aangeven dat ze geïnteresseerd zijn in een schikkingsprocedure. Indien een of meerdere partijen gebruikmaken van deze mogelijkheid, sluit daarmee ook de termijn om clementieverzoeken in te dienen. Het is aan de Commissie om te beslissen of ze een schikkingsprocedure start en, zoals de Commissie zelf opmerkt in de ontwerp-Mededeling, ze heeft een ruime marge om te bepalen welke zaken in aanmerking komen voor een schikkingsprocedure.²⁵

Indien een of meerdere partijen hebben aangegeven interesse te hebben in een schikkingsprocedure, zal de Commissie met deze geïnteresseerde onderneming(en) schikkingsgesprekken aangaan. De Commissie kan in deze fase ook beslissen om de ondernemingen met wie zij in gesprek is te informeren van de bezwaren van de Commissie, van het bewijs waarop deze bezwaren gebaseerd zijn en van de mogelijke boete. Tijdens de schikkingsdiscussies kan echter niet onderhandeld worden over de omvang van de inbreuk of het bewijs.²⁶ Het staat de Commissie vrij om te allen tijde te besluiten de schikkingsbesprekingen te beëindigen. Na afloop van de schikkingsdiscussies krijgen de ondernemingen een termijn (van minimaal twee weken) om hun schikkingsverklaring in te dienen.

De schikkingsverklaring moet schriftelijk worden ingediend en moet in ieder geval de volgende elementen bevatten:

- een summier beschrijving van de inbreuk;
- een ondubbelzinnige erkenning van aansprakelijkheid voor die inbreuk;
- een maximumbedrag van de te verwachten boete;
- de bevestiging dat partijen voldoende geïnformeerd zijn door de Commissie over de bezwaren en dat zij voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun standpunten kenbaar te maken;
- de bevestiging dat partijen geen verzoek zullen indienen tot toegang tot het dossier of om gehoord te worden, tenzij de Commissie de schikkingsverklaring niet bekrachtigt in de Mededeling van de Punten van Bezwaar;
- het akkoord van partijen om de Mededeling van de Punten van Bezwaar in een bepaalde officiële taal van de EG te ontvangen.

Overige voorwaarden om in aanmerking te komen voor een schikking zijn dat (i) partijen die tot dezelfde groep van ondernemingen behoren gemeenschappelijke vertegenwoordigers moeten aanstellen en (ii) ondernemingen die in schikkingsbesprekingen met de Commissie zijn, de inhoud van de besprekingen of documenten niet aan derden mogen onthullen, tenzij de Commissie toestemming heeft gegeven. Doen zij dat toch, dan lopen ze niet alleen de kans op een schikking mis, maar kan dit ook nog een verzwarende omstandigheid bij de berekening van de boete vormen.

Nadat de schikkingsbesprekingen zijn afgerond, brengt de Commissie een Mededeling van Punten van Bezwaar uit. In antwoord hierop moeten de geïnteresseerde partijen, indien zij in aanmerking willen komen voor een schikking, bevestigen dat deze overeenstemt met de door de onderneming ingediende schikkingsverklaring. Dit geeft een onderneming echter niet de zekerheid dat het ook daadwerkelijk tot een schikking zal komen. De Commissie behoudt zich immers het recht voor om ook in de laatste fase van een schikking af te zien op grond van argumenten van het Adviescomité of omdat het college van de leden van de Commissie een ander standpunt inneemt (de autonomie van het college).

Het is belangrijk om te beseffen dat een schriftelijk schikkingsverzoek niet zonder meer eenzijdig kan worden ingetrokken door de partij die het heeft ingediend. Dit is alleen mogelijk indien de Commissie het schikkingsverzoek niet bekrachtigt in de Mededeling van Punten van Bezwaar of de uiteindelijke beschikking.²⁷ Indien de Mededeling van Punten van Bezwaar afwijkt van het schikkingsverzoek, krijgen partijen alsnog de mogelijkheid om te reageren in overeenstemming met

²³ Zie Hammond, *supra* noot 12, p. 4.

²⁴ Zie Hammond, *supra* noot 12, p. 1.

²⁵ Bij deze beoordeling zal onder andere rekening gehouden worden met de kans dat binnen een redelijke termijn met de betrokken ondernemingen een gemeenschappelijke conclusie bereikt kan worden over de omvang van de inbreuk, de procedurele voordelen die behaald kunnen worden en de mogelijke precedentwerking.

²⁶ Zie FAQ memo van 26 oktober 2007, te vinden op <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/433&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁷ Dit heeft met name betrekking op de omvang van de inbreuk zoals beschreven in het schikkingsverzoek en de hoogte van de boete. De Commissie merkt in de ontwerp-Mededeling echter op dat een beschikking alleen dan geacht wordt een schikkingsverzoek niet te bekrachtigen indien de hoogte van de boete het maximumbedrag in het schikkingsverzoek overschrijft.

de algemene procedurele regels (inzage in het dossier en een schriftelijke en/of mondelinge reactie). Indien de Commissie voornemens is een beschikking te nemen die afwijkt van de Mededeling van Punten van Bezwaar (die het schikkingsverzoek bevestigde), zal eerst een nieuwe Mededeling van Punten van Bezwaar uitgebracht worden waarna de gebruikelijke procedure gevolgd wordt. Ook in dit geval geldt het schikkingsverzoek als zijnde ingetrokken.

Vergelijking met plea bargaining

In een toespraak van 19 november vorig jaar heeft de Commissaris voor Mededinging, Neelie Kroes, benadrukt dat de voorgestelde schikkingsprocedure in grote mate verschilt van het Amerikaanse *plea bargaining*-systeem; *plea bargaining* wordt gebruikt om bewijs van de inbreuk te verzamelen terwijl de schikkingsprocedure ziet op het behalen van procedurele efficiencies.²⁸

Dit is echter ten dele waar. *Plea bargaining* wordt inderdaad in de eerste plaats gebruikt voor het verzamelen van bewijs en kan in zoverre met de Europese clementieregeling vergeleken worden. Maar het systeem van *plea bargaining* ziet ook op het behalen van procedurele efficiencies en het kan dus beschouwd worden als een combinatie van de Europese clementieregeling en het huidige voorstel voor een schikkingsprocedure. De meest in het oog springende overeenkomst tussen beide systemen is het feit dat van een verdachte vereist wordt dat deze de inbreuk uitdrukkelijk erkent. Voorts moet een verdachte in zowel het Amerikaanse systeem als onder het nieuwe voorstel van de Commissie afstand doen van een aantal rechten van verdediging.

Opvallend is het gebruik van schikkingsverklaringen in het voorstel van de Commissie. Anders dan in het Amerikaanse systeem (waarin de onderhandelingen uitmonden in een overeenkomst tussen de verdachte en de DoJ) moet onder het voorstel van de Commissie een onderneming een gedetailleerde schriftelijke erkenning van de inbreuk indienen zonder dat de Commissie zich ertoe verbonden heeft een bepaalde schikking na te leven. Op het moment van het schriftelijk erkennen van een inbreuk is het voor de onderneming dus onzeker of het überhaupt tot een schikking komt en, zo ja, wat de hoogte van de korting op de boete zal zijn. De Commissie kan zelfs nog afwijken van de schikkingsverklaring nadat ze deze bevestigd heeft in de Mededeling van de Punten van bezwaar. Ervaringen met het clementiebeleid hebben echter geleerd dat ondernemingen vooraf een hoge mate van zekerheid willen hebben over de toe te kennen korting en het is dus zeer de vraag of ondernemingen onder deze omstandigheden bereid zullen zijn tot een schikking.

Er is nog een nadeel verbonden aan het gebruik van schriftelijke schikkingsverklaringen: het risico van dis-

covery, met name door eisers in civiele schadevergoedingszaken. Dit risico bestaat zelfs indien het uiteindelijk niet tot een schikking komt omdat de Commissie de procedure heeft afgebroken na ontvangst van de schikkingsverklaring. Hoewel in dat geval de schikkingsverklaring niet door de Commissie gebruikt kan worden in de administratieve procedure, is niet uitgesloten dat het document opgevraagd kan worden als bewijs in een andere procedure. In clementiezaken krijgen ondernemingen een ruimere bescherming van de Commissie; daar bestaat immers de mogelijkheid om mondeling een verklaring in te dienen. Onduidelijk is waarom dit ten aanzien van een schikkingsverklaring niet mogelijk is. De Commissie zou bijvoorbeeld een schikkingsovereenkomst kunnen sluiten met de betrokken onderneming op basis van de mondelinge erkenning.

Een ander verschil met de praktijk in de VS is dat de verdachte onderneming niet kan onderhandelen met de Commissie over de elementen van de schikking, zoals het bewijs en de omvang van de inbreuk.²⁹ Er is weliswaar een element van dialoog in de voorgestelde schikkingsprocedure: de schikkingsgesprekken zijn gericht op 'een gemeenschappelijke conclusie betreffende de omvang van de mogelijke bezwaren en de raming van de bandbreedte van de geldboeten', hetgeen betekent dat er in ieder geval ruimte is tot het uitwisselen van standpunten over de bewijskracht van de informatie in het dossier van de Commissie en de omvang van de inbreuk. Maar van onderhandelingen zoals in de VS zal geen sprake zijn, hetgeen het minder aantrekkelijk maakt voor ondernemingen om een schikking te treffen met de Commissie, zeker gezien het feit dat slechts beperkte inzage in het dossier wordt gegeven.

Ten slotte is onduidelijk op welk moment ondernemingen zullen weten welke korting wordt gegeven voor hun medewerking.³⁰ Anders dan in het Amerikaanse systeem wordt er geen overeenkomst gesloten met daarin de maximum strafmaat waaraan de DoJ gebonden is. In het Europese voorstel moeten ondernemingen zelf in de schikkingsverklaring aangeven wat de maximumboete zal zijn. Hoewel dit bedrag gebaseerd zal zijn op de schikkingsbesprekingen en aangenomen kan worden dat de Commissie-ambtenaren tijdens deze besprekingen aan zullen geven welke bedragen zij in gedachten hebben, is er geen sprake van een toezegging van de zijde van de Commissie om de bedragen in de schikkingsverklaring (zelfs indien ze overeenkomen met hetgeen is besproken tijdens de schikkingsdiscussies) over te nemen.

Overige opmerkingen

Een andere vraag is of de procedurele efficiencies waarop de Commissie hoopt, ook daadwerkelijk behaald

²⁹ Zie de toespraak van Commissaris Kroes, *supra* noot 29.

³⁰ Anders dan de clementieregeling van de Commissie, wordt in het voorstel niet aangegeven welke kortingen gehanteerd zullen worden. Aangenomen kan worden dat dit wel in de definitieve versie van het voorstel wordt opgenomen. Overigens dient, mede vanwege de in dit artikel genoemde bezwaren, de korting aanzienlijk te zijn wil het werken als een incentive voor partijen om mee te werken met de Commissie in de zin van het voorstel.

²⁸ Te vinden op <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/722&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; zie ook de ontwerp-Mededeling, para. 1.

zullen worden. Naast de bovenstaande punten, die een ontmoediging vormen voor ondernemingen om gebruik te maken van de schikkingsprocedure, is ook onduidelijk welke procedurele tijds winst kan worden geboekt indien niet alle deelnemers aan een kartel gebruik willen maken van de schikkingsprocedure. In dat geval lijkt het erop dat de Commissie zich extra werk op de hals haalt; naast de schikkingsdiscussies zal immers ook de gebruikelijke procedure gevolgd moeten worden, met inzage in het dossier, een hoorzitting en uitgebreide schriftelijke reacties van partijen. De Commissie gaat ervan uit dat het voorstel voldoende *incentives* biedt voor ondernemingen om gebruik te maken van de schikkingsprocedure, maar dat is maar zeer de vraag. Met name een onderneming die onder de clementieregeling in aanmerking komt voor immunititeit heeft geen enkele reden om afstand te doen van haar rechten van verdediging en een schriftelijke erkenning van de inbreuk in te dienen.

Ten slotte nog een opmerking over de verhouding tussen de clementieregeling en het voorstel van de Commissie. Zodra de schikkingsprocedure start, is het niet meer mogelijk om een clementieverzoek met betrekking tot die zaak in te dienen. De reden lijkt te zijn dat de Commissie op basis van alle relevante gegevens schikkingsdiscussies met partijen wil aangaan. Dit is ook in het belang van de betrokken ondernemingen aangezien zij erop moeten kunnen vertrouwen dat het stadium van de informatievergaring is afgerond en de Commissie volledige openheid van zaken geeft over alle relevante feiten die ze in haar bezit heeft. Ondernemingen dienen zich echter wel te realiseren dat de door de Commissie vastgestelde termijn waarbinnen partijen kunnen aangeven dat zij bereid zijn schikkingsgesprekken aan te gaan, tevens de termijn is waarbinnen nog clementieverzoeken kunnen worden ingediend.

Conclusie

Los van de vraag of *plea bargaining* en de voorgestelde schikkingsprocedure van de Commissie identiek zijn, is duidelijk dat in vergelijking met het Amerikaanse systeem het voorstel van de Commissie ondernemingen weinig *incentives* lijkt te bieden om mee te werken. Met name het gebrek aan zekerheid vooraf en het risico van *disclosure* van de schriftelijke schikkingsverklaring (die in de VS niet vereist is) spelen daarbij een belangrijke rol.

Op 23 januari jl. heeft de Commissie de reacties van marktpartijen op het voorstel op de website van DG Concurrentie geplaatst.³¹ Hoewel de meeste partijen aangeven de mogelijkheid tot schikken een positieve ontwikkeling te vinden, is er ook kritiek op het voorstel. In veel van de reacties komen de bovengenoemde twee elementen (gebrek aan zekerheid vooraf en risico van *disclosure*) terug. Bovendien wordt de Commissie er door bijna alle partijen op gewezen dat alleen bij een substantiële korting bedrijven een schikking, zeker onder de voorgestelde voorwaarden, zullen overwegen. Het is te hopen dat de Commissie rekening houdt met de suggesties in deze reacties wanneer zij de definitieve versie van de Verordening en de Mededeling opstelt, aangezien dit niet alleen de positie van ondernemingen in een schikkingsprocedure kan verbeteren, maar ook de kans op het daadwerkelijk behalen van procedurele efficiënties kan vergroten.

Daniel S. Bitton, advocaat Axinn, Veltrop & Harkrider LLP,
New York
BN

³¹ Zie http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/index.html.