

CONSULTATIE BELEIDSREGEL CLEMENTIE

Visie van de Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten op de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels

[13] juni 2014

Inleiding

De Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten ('de Adviescommissie')¹ heeft kennis genomen van het op 16 mei 2014 in consultatie gebrachte concept voor een beleidsregel van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels ('Beleidsregel').

De Adviescommissie constateert dat de Beleidsregel clementie geen materiële wijziging beoogt ten opzichte van het huidige clementiebeleid, behoudens een tweetal specifieke wijzigingen die voor de Adviescommissie geen aanleiding zijn tot opmerkingen (introdunctie vaste boetevermindering van 100% voor eerste clementieverzoekers en introductie getrapte boetereductie). De Adviescommissie plaatst wel een kanttekening bij de toegang tot clementieverklaringen voor andere bij een kartelonderzoek betrokken ondernemingen.

Toegang tot clementieverklaringen

In art. 27 van de Beleidsregel is een inzageregeling opgenomen voor geadresseerden van het rapport in de zin van art. 59 lid 1 Mw. Op basis daarvan kan beperkte inzage worden verleend in clementieverklaringen en kunnen deze worden overgeschreven, op voorwaarde dat de aldus verkregen informatie uitsluitend wordt gebruikt in de kartelprocedure. Zoals ook in de toelichting uiteen wordt gezet omvat deze bijzondere inzageregeling alle clementieverklaringen, dus ook verklaringen waarin nader bewijs wordt aangevoerd of vragen van de ACM worden beantwoord.

Het succes van clementieregelingen bij het karteltoezicht (zowel in Nederland als in andere landen en op EU niveau), is gelegen in de cruciale rol van de clementieverklaring(en) bij het leveren van bewijs voor inbreuken die veelal heimelijk worden begaan en moeilijk met andere middelen te bewijzen zijn. De keerzijde daarvan is dat grote zorgvuldigheid noodzakelijk is bij het hanteren van dergelijke bewijsmiddelen teneinde de rechten van de verdediging van alle betrokken ondernemingen, en met name ook de medebeklaagden die in de clementieverklaring worden beschuldigd, te waarborgen.

Het belang daarvan is nog onlangs benadrukt met de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin een tweetal kartelboetes werden vernietigd die door de ACM (toen nog NMa) waren opgelegd aan

¹ De leden van de adviescommissie zijn Mr. W. VerLoren van Themaat (Houthoff Buruma), voorzitter, Mr. C.E. Schillemans (Allen & Overy), Mr. A.R. Bosman (CMS Derks Star Busmann), mr. J.C.M. van der Beek (Kennedy van der Laan), mr. D.P. Kuipers (Bird & Bird), mr. C.T. Dekker (Nysingh) en mr. P.J. Kreijger (Linklaters).

ondernemingen die werden beschuldigd van deelname aan een kartel in de sector van geïsoleerd dubbelglas.²

De Rechtbank stelde voorop dat clementieverklaringen niet per definitie ongeloofwaardig zijn, maar dat wel een zekere argwaan bij het gebruik van clementieverklaringen als bewijs geboden is, gelet op de mogelijkheid dat de clementieverzoekers geneigd zouden kunnen zijn vooral belastende omstandigheden te noemen die het gedrag van hun concurrenten betreffen. Wanneer deze concurrenten hun deelname aan de gestelde overtreding ontkennen is aanvullend bewijs noodzakelijk; de mate waarin is mede afhankelijk van de betrouwbaarheid van de clementieverklaring. Nu de clementieverklaringen waren afgelegd op basis van sturende vragen van de ACM achtte de Rechtbank deze onvoldoende betrouwbaar. Het resterende bewijs was onvoldoende om deze onbetrouwbaarheid te compenseren.

Deze gang van zaken illustreert in de visie van de Adviescommissie nog eens het belang van voldoende hoor en wederhoor ten aanzien van clementieverklaringen, die niet anders zijn dan belastende getuigenverklaringen. Nu het in dit verband om het opleggen van punitieve sancties gaat is van een "criminal charge" in de zin van art. 6 EVRM sprake en dienen alle waarborgen zoals deze ook in het strafrecht gebruikelijk zijn, te gelden. Waar echter in het strafproces uitgangspunt is dat ook de verdachte de gelegenheid heeft de getuige in eigen persoon ter zitting te ondervragen, ontbreekt de mogelijkheid getuigen te verhoren op de hoorzitting van de ACM. Met name in het geval van clementieverzoeken is het van belang dat er een getuigenverhoor plaats kan vinden van betrokken partijen. Zoals ook de Rechtbank Rotterdam onderkent moet immers de betrouwbaarheid van clementieverklaringen kritisch getoetst worden. De clementieregeling bevat prikkels om verklaringen en bewijs over te leggen die een bijdrage leveren aan het kartelonderzoek. Dit kan ertoe leiden dat de clementieaanvrager het zekere voor het onzekere zal willen nemen en verklaringen kan afleggen betreffende gedragingen die niet noodzakelijkerwijs zijn aan te merken als een inbreuk op het kartelrecht. Met name diegenen die niet als eerste een kartel opbiechten hebben een prikkel om gedragingen ernstiger voor te stellen dan zij zijn teneinde bewijs te leveren dat "aanzienlijk bijdraagt aan het vaststellen van het kartel" en aldus een hogere korting op de boete voor zichzelf te verkrijgen. Getuigenverhoor geeft de ACM de mogelijkheid om als bestuursorgaan getuigenverklaringen beter op juistheid te onderzoeken (hetgeen ook op grond van art. 3:2 Awb van haar gevergd mag worden) en aan de verdachte ondernemingen om hun rechten van verdediging uit te oefenen. (zie R. Wesseling, 'De kartelhel', Markt & Mededinging, 2010-4, p. 128-135). Het systeem van de wet staat daar niet aan in de weg. De Adviescommissie is dan ook van mening dat dit aspect met een eenvoudige aanpassing van de Beleidsregels kan worden geadresseerd.³

² Rechtbank Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.

³ De Adviescommissie verwijst op dit punt ook naar haar advies van 11 juni 2013 inzake het wetsvoorstel tot stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (33622).