



Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Beleidsregel clementie)

De Minister van Economische Zaken,

Gelet op artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en artikel 56, onderdeel a, van de Mededingingswet;

Besluit:

§ 1. Begripsbepalingen en reikwijdte

Artikel 1

In deze beleidsregel wordt verstaan onder:

ACM: de Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;

boete-immuniteit: een boetevermindering van 100%;

boetereductie: een boetevermindering van ten hoogste 50% als bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7;

clementie: de verlening van boete-immuniteit of boetereductie aan een onderneming die heeft deelgenomen aan een kartel of aan een natuurlijke persoon als bedoeld in artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, die opdracht tot of feitelijk leiding aan de deelname van een onderneming aan een kartel heeft gegeven;

clementietoezegging: een document met de rechten en verplichtingen van de ACM en de clementieverzoeker;

clementieverklaring: een verklaring die met betrekking tot een kartel is opgesteld of wordt afgelegd door een clementieverzoeker ten behoeve van de ACM in verband met een clementieverzoek;

clementieverzoek: een verzoek tot boete-immuniteit of boetereductie;

clementieverzoeker: een onderneming of een natuurlijke persoon als bedoeld in artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht die een beroep doet op deze beleidsregel;

informatie met aanzienlijke additionele waarde: bewijsmateriaal dat, gezien de aard of nauwkeurigheid ervan, het vermogen van de ACM versterkt om het bestaan van het beweerde kartel aan te tonen, gelet op hetgeen op het tijdstip van verstrekking bij de ACM bekend is over dat kartel;

kartel: een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrenten met als doel om de mededinging te beperken, in strijd met artikel 101 van het VWEU of artikel 6 van de wet;

marker: een voorlopige plek in de rij van volgorde van ontvangst van clementieverzoeken betreffende eenzelfde kartel;

VWEU: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;

wet: Mededingingswet.

Artikel 2

Deze beleidsregel is van toepassing op overtredingen van artikel 6 van de wet en artikel 101 van het VWEU voor zover het kartels betreft waarvoor de ACM een bestuurlijke boete kan opleggen.

§ 2. Clementie

Artikel 3

De ACM beslist op verzoek over clementie.

§ 2.1 Boete-immuniteit

Artikel 4

1. De ACM zegt een clementieverzoeker boete-immuniteit toe indien:
 - a. hij als eerste met betrekking tot een kartel een verzoek tot boete-immuniteit indient,
 - b. het verzoek betrekking heeft op een kartel waarnaar de ACM nog geen onderzoek is begonnen,



- c. hij met het verzoek de ACM informatie verschaft die de ACM in staat stelt om een gerichte inspectie uit te voeren,
 - d. hij geen andere onderneming tot deelname aan het kartel heeft gedwongen, en
 - e. hij aan de medewerkingsplicht, bedoeld in artikel 17, voldoet.
2. De ACM zegt een clementieverzoeker voorts boete-immuniteit toe indien voldaan is aan het eerste lid, onderdelen a, d en e, en:
 - a. het verzoek betrekking heeft op een kartel waarnaar de ACM een onderzoek is begonnen, maar waarbij zij aan geen van de betrokkenen bij het kartel een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet heeft verzonden, en
 - b. het verzoek de ACM documenten verschaft die stammen uit de periode van de gedraging waarover zij nog niet beschikte en op basis waarvan de zij het bestaan van het kartel kan aantonen.
 3. Een onderzoek begint vanaf het tijdstip dat de ACM haar eerste vermoeden van een kartel intern schriftelijk heeft vastgelegd.

§ 2.2 Boetereductie

Artikel 5

De ACM zegt een clementieverzoeker een boetereductie van ten minste 30% en ten hoogste 50% toe indien:

- a. boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4 niet beschikbaar is,
- b. de ACM aan geen van de betrokkenen bij het kartel een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet heeft verzonden
- c. hij als eerste met betrekking tot een kartel een verzoek tot boetereductie indient dat informatie met aanzienlijke additionele waarde bevat, en
- d. hij aan de medewerkingsplicht, bedoeld in artikel 17, voldoet.

Artikel 6

De ACM zegt een clementieverzoeker een boetereductie van ten minste 20% en ten hoogste 30% toe indien:

- a. boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4 niet beschikbaar is,
- b. de ACM aan geen van de betrokkenen bij het kartel een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet heeft verzonden,
- c. hij als tweede met betrekking tot een kartel een verzoek tot boetereductie indient dat informatie met aanzienlijke additionele waarde bevat, en
- d. hij aan de medewerkingsplicht, bedoeld in artikel 17, voldoet.

Artikel 7

De ACM zegt een clementieverzoeker een boetereductie van ten hoogste 20% toe indien:

- a. boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4 niet beschikbaar is,
- b. de ACM aan geen van de betrokkenen bij het kartel een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet heeft verzonden,
- c. hij als derde of volgende met betrekking tot een kartel een verzoek tot boetereductie indient dat informatie met aanzienlijke additionele waarde bevat, en
- d. hij aan de medewerkingsplicht, bedoeld in artikel 17, voldoet.

§ 3. Oriëntatie op clementieverzoek

Artikel 8

1. Een aspirant-clementieverzoeker kan contact opnemen met de ACM om van gedachten te wisselen over een feitencomplex en de toepasselijkheid van deze beleidsregel in dat kader.
2. Het contact, bedoeld in het eerste lid, kan op anonieme basis of door tussenkomst van een advocaat geschieden en kan over een hypothetisch feitencomplex gaan.

Artikel 9

1. Een aspirant-clementieverzoeker kan telefonisch en uitsluitend door tussenkomst van een advocaat aan de ACM vragen of boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4, eerste lid, nog beschikbaar is.



2. Indien de ACM de vraag, bedoeld in het eerste lid, bevestigend beantwoordt, dient de advocaat terstond een verzoek tot boete-immuniteit in.

§ 4. Het clementieverzoek

Artikel 10

Een clementieverzoek kan worden ingediend door:

- a. een onderneming die aan een kartel heeft deelgenomen, vertegenwoordigd door iemand die bevoegd is namens haar bindende afspraken te maken,
- b. een natuurlijke persoon, niet namens een onderneming maar uitdrukkelijk voor zichzelf, die opdracht tot of feitelijk leiding aan de deelname van een onderneming aan een kartel heeft gegeven, of
- c. meerdere natuurlijke personen tegelijk, niet namens een onderneming maar uitdrukkelijk voor henzelf, die opdracht tot of feitelijk leiding aan de deelname van een onderneming aan een kartel hebben gegeven, mits zij ten tijde van de indiening werkzaam zijn bij dezelfde, bij het kartel betrokken onderneming.

Artikel 11

1. Een natuurlijke persoon die een clementieverzoek indient, kan in aanmerking komen voor dezelfde boetevermindering als de onderneming waarbij hij werkt, indien hij verklaart als mede-clementieverzoeker van de onderneming te willen worden aangemerkt en hij zelfstandig aan de voorwaarden voor boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4, of boetereductie als bedoeld in artikel 5, 6, of 7 voldoet.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op een natuurlijke persoon die ten tijde van de indiening van het clementieverzoek niet meer werkzaam is bij de bij het kartel betrokken onderneming, indien het belang van het onderzoek zich daartegen naar het oordeel van de ACM niet verzet.
3. Meerdere natuurlijke personen die gelijktijdig een clementieverzoek indienen, komen in aanmerking voor dezelfde boetevermindering indien zij verklaren als mede-clementieverzoeker van elkaar te willen worden aangemerkt en ieder van hen zelfstandig aan de voorwaarden voor boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4, of boetereductie als bedoeld in artikel 5, 6, of 7 voldoet.

Artikel 12

Een clementieverzoek wordt per e-mail, fax, post, telefoon of in persoon ingediend.

Artikel 13

1. Een clementieverzoek omvat mede een schriftelijke clementieverklaring met daarin, voor zover de clementieverzoeker bekend op het tijdstip van indiening:
 - a. de verklaring dat de clementieverzoeker zich zal houden aan de op hem betrekking hebbende voorwaarden van de beleidsregel,
 - b. een verklaring van deelname aan het door de clementieverzoeker beweerde kartel, indien de clementieverzoeker een onderneming is,
 - c. een gemotiveerde verklaring dat de clementieverzoeker als natuurlijke persoon als bedoeld in artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, opdracht tot of feitelijk leiding aan de deelname van een onderneming aan het kartel heeft gegeven, indien clementieverzoeker een natuurlijke persoon is,
 - d. een gedetailleerde omschrijving van het kartel, waaronder de betrokken goederen of diensten, de geografische reikwijdte, de duur, de werkwijze, de geschatte marktvolumes of omzetten die door het kartel zijn getroffen, alsmede de specifieke data, locaties, inhoud van en betrokkenen bij de kartelcontacten,
 - e. de naam en het adres van de clementieverzoeker,
 - f. de naam en het adres van alle ondernemingen die aan het kartel deelnemen of deelnamen, alsmede de namen, posities, werklocaties en indien relevant, thuisadressen van diegenen die bij het kartel betrokken zijn of waren,
 - g. of de clementieverzoeker de Europese Commissie heeft benaderd of mogelijk zal benaderen met betrekking tot het kartel,
 - h. voor zover van toepassing, welke andere mededingingsautoriteiten de clementieverzoeker heeft benaderd of mogelijk zal benaderen met betrekking tot het kartel.
2. Een clementieverzoek bevat tevens bewijsmateriaal ter staving van de verklaring, bedoeld in het



eerste lid, voor zover dit in het bezit is van de clementieverzoeker of dit voor hem redelijkerwijs beschikbaar is op het tijdstip van indiening. In de clementieverklaring wordt een toelichting op het bewijsmateriaal opgenomen.

Artikel 14

1. In afwijking van artikel 13, eerste lid, kan een clementieverklaring met instemming van de ACM mondeling wordt afgelegd, indien een clementieverzoeker daartoe een naar het oordeel van de ACM gerechtvaardigd belang heeft.
2. In geval van een mondelinge clementieverklaring, wordt deze door de ACM geregistreerd en maakt zij hiervan een transcript.

Artikel 15

1. Een clementieverzoeker die een onvolledig clementieverzoek ingediend heeft, kan in aanmerking komen voor een marker, indien:
 - a. het clementieverzoek naar het oordeel van de ACM een concrete basis biedt voor een redelijk vermoeden van de betrokkenheid van de clementieverzoeker bij een kartel, en
 - b. de clementieverzoeker ten minste informatie verschaft betreffende:
 - 1°. de naam en het adres van de clementieverzoeker,
 - 2°. de betrokkenen bij het kartel,
 - 3°. de betrokken goederen of diensten,
 - 4°. de geografische reikwijdte van het kartel,
 - 5°. de duur van het kartel,
 - 6°. de aard van het kartelgedrag,
 - 7°. de vraag of hij de Europese Commissie heeft benaderd of mogelijk zal benaderen met betrekking tot het kartel, en
 - 8°. de vraag welke andere mededingingsautoriteiten hij heeft benaderd of mogelijk zal benaderen met betrekking tot het kartel.
2. De ACM stelt voorts een marker voor een clementieverzoeker vast, indien:
 - a. de Europese Commissie bij uitstek geschikt is het onderzoek naar het kartel uit te voeren,
 - b. de clementieverzoeker tevens een clementieverzoek bij de Europese Commissie heeft ingediend of voornemens is dat op korte termijn te doen, en
 - c. de clementieverzoeker bij indiening van het clementieverzoek ten minste de informatie, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, verschaft en verklaart in welke lidstaat of lidstaten van de Europese Unie het bewijs betreffende het kartel zich vermoedelijk bevindt.
3. Indien de ACM voor een clementieverzoeker een marker vaststelt, stelt zij de clementieverzoeker daarbij een termijn waarbinnen deze het clementieverzoek dient te vervolledigen.
4. Indien het onvolledige clementieverzoek binnen de termijn, bedoeld in het derde lid, wordt vervolledigd, wordt het clementieverzoek aangemerkt als volledig te zijn geweest vanaf het tijdstip waarop de marker van toepassing is.
5. Indien het onvolledige clementieverzoek niet binnen de termijn, bedoeld in het derde lid, wordt vervolledigd, wijst de ACM het clementieverzoek af.

Artikel 16

De ACM registreert het tijdstip van ontvangst van een clementieverzoek.

§ 5. Medewerkingsplicht

Artikel 17

1. Totdat het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete onherroepelijk is geworden ten aanzien van iedere betrokkene bij het kartel, verleent een clementieverzoeker voortdurend alle medewerking aan de ACM die in het belang van het onderzoek of de procedure is vereist.
2. De medewerkingsplicht, bedoeld in het eerste lid, houdt ten minste in dat de clementieverzoeker:
 - a. zich onthoudt van elke gedraging die het onderzoek of de procedure zou kunnen belemmeren,
 - b. vanaf de indiening van het clementieverzoek uit eigen beweging of op verzoek van de ACM zo spoedig mogelijk aan de ACM alle informatie betreffende het kartel verschaft, waarover hij beschikt of redelijkerwijs de beschikking kan krijgen,



- c. onmiddellijk na het indienen van het clementieverzoek iedere betrokkenheid bij het kartel staakt, tenzij en voor zover de ACM de voortzetting daarvan redelijkerwijs noodzakelijk acht om de doeltreffendheid van inspecties te waarborgen, en
- d. degenen die bij de clementieverzoeker werkzaam zijn, en voor zover redelijkerwijs mogelijk, degenen die voorheen bij de clementieverzoeker werkzaam zijn geweest, beschikbaar houdt voor het afleggen van verklaringen.

§ 6. Bepaling boetereductie

Artikel 18

De ACM bepaalt het percentage boetereductie als bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7 aan de hand van het tijdstip, bedoeld in de artikelen 15, vierde lid, of 16, en de additionele waarde van de informatie die de clementieverzoeker in het kader van zijn clementieverzoek aan de ACM heeft verstrekt.

Artikel 19

Indien een clementieverzoeker als bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7:

- a. als eerste informatie met aanzienlijke additionele waarde verschaft waarover de ACM nog niet beschikte, en
- b. de ACM deze informatie gebruikt om additionele feiten aan te tonen waardoor de zwaarte of de duur van de overtreding toeneemt,

zal de ACM deze additionele feiten niet in aanmerking nemen bij het bepalen van een hoogte van de boete die wordt opgelegd aan de clementieverzoeker die dat bewijsmateriaal heeft verschaft.

§ 7. Clementietoezegging

Artikel 20

1. De ACM stelt zo spoedig mogelijk na ontvangst van een clementieverzoek dat in overeenstemming met deze beleidsregel is ingediend een clementietoezegging op.
2. De clementieverzoeker ondertekent de clementietoezegging.

Artikel 21

1. Met clementietoezeggingen wordt de definitieve volgorde van binnenkomst van clementieverzoeken betreffende een kartel vastgesteld.
2. De ACM beoordeelt in de gevallen, bedoeld in artikel 11, de naleving van de verplichtingen uit de clementietoezegging van iedere mede-clementieverzoeker individueel.

Artikel 22

1. Indien een clementieverzoeker zijn verplichtingen uit de clementietoezegging of deze beleidsregel niet nakomt, vervalt de clementietoezegging.
2. Indien de clementietoezegging vervalt, kan de ACM de informatie die zij van de clementieverzoeker heeft ontvangen als bewijs gebruiken en kan de zij ten aanzien van de clementieverzoeker de boete opleggen alsof het clementieverzoek niet is ingediend.

Artikel 23

De ACM deelt een clementieverzoeker als bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7 het percentage boetereductie mee, uiterlijk bij de verzending aan hem van het rapport, bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet.

Artikel 24

De ACM legt de boete op met inachtneming van de clementietoezegging mits de clementieverzoeker zijn verplichtingen uit de clementietoezegging volledig naleeft.



§ 8. Vertrouwelijkheid

Artikel 25

De ACM zal de informatie die zij verkrijgt:

- a. van aspirant-clementieverzoekers tijdens de contacten, bedoeld in de artikelen 8 en 9, of
 - b. door middel van te goeder trouw ingediende clementieverzoeken die zij afwijst voordat de betreffende clementieverzoeker een clementietoezegging is gedaan,
- niet als bewijs tegen de verstrekker van de informatie gebruiken tenzij de verstrekker daarin toestemt of de ACM uit andere hoofde over diezelfde informatie beschikt.

Artikel 26

De ACM maakt de hoedanigheid van de clementieverzoeker niet aan derden bekend totdat het rapport, bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet aan een van de betrokkenen bij het kartel is verzonden, tenzij daartoe een rechtsplicht bestaat of de clementieverzoeker daarmee heeft ingestemd.

Artikel 27

1. De ACM verleent een geadresseerde van een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet inzage in een clementieverklaring, mits de geadresseerde en zijn gemachtigde schriftelijk toezeggen de clementieverklaring of het transcript hiervan niet te kopiëren, te fotograferen, of op een andere wijze vast te leggen, met uitzondering van het overschrijven ervan, en de in de clementieverklaring vervatte informatie uitsluitend te gebruiken in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot het kartel.
2. De ACM zal een clementieverklaring alleen overeenkomstig artikel 12 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG, 2003 L 1) aan een andere mededingingsautoriteit of de Europese Commissie zenden indien:
 - a. aan de voorwaarden van de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PbEG, 2004 C 101/03) is voldaan, en
 - b. de door de ontvangende mededingingsautoriteit of de Europese Commissie verleende bescherming tegen openbaarmaking gelijkwaardig is aan die welke de ACM biedt.

§ 9. Overgangs- en slotbepalingen

Artikel 28

Op clementieverzoeken die voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze beleidsregel zijn ontvangen, op clementieverzoeken met betrekking tot een kartel waarvoor voorafgaand aan het tijdstip van inwerking van deze beleidsregel al clementieverzoeken zijn ontvangen en op boete-immuniteit en boetereductie die voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze beleidsregel is verleend, blijven de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM van toepassing zoals deze golden onmiddellijk voorafgaand aan dat tijdstip.

Artikel 29

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van 1 augustus 2014.

Artikel 30

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel clementie.

Deze beleidsregel zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage, 4 juli 2014

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*



TOELICHTING

I. Algemeen

1. Inleiding en doel

Deze beleidsregel bevat de clementieregels die bepalen onder welke voorwaarden ondernemingen en natuurlijke personen die bij een kartel als bedoeld in artikel 1 betrokken zijn geweest en die het kartel aanmelden bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM), voor boete-immuniteit of boetereductie in aanmerking kunnen komen. De hoogte van de boete voor overtredingen van regelgeving die onder verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken valt, dient de ACM te bepalen op basis van de Boetebeleidsregel ACM 2014. Deze beleidsregel dient daarom in samenhang met de Boetebeleidsregel ACM 2014 te worden gezien.

De clementieregels gelden uitsluitend voor kartels, niet voor andere overtredingen van regels op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt. De beleidsregel dient drie doelen in het kader van de kartelhandhaving. Ten eerste levert zij een bijdrage aan de ontdekking van (in de regel geheime) kartels door de ACM. Ten tweede levert zij een bijdrage aan de verkrijging door de ACM van bewijs over kartels. Ten derde kan het bestaan van een clementieregeling als zodanig een preventieve invloed hebben op de vorming van kartels.

De beleidsregel vormt een voorzetting van de clementieregels zoals voorheen werden toegepast door de ACM en de Nederlandse Mededingingsautoriteit, één van haar rechtsvoorgangers. Het clementie-instrument was voorheen opgenomen in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM. Vanwege de beperkte reikwijdte tot alleen kartelovertradingen en het feit dat de Boetebeleidsregel ACM 2014 geen onderscheid meer maakt op basis van toezichtsterreinen of sectoren, is ervoor gekozen de clementieregels, net als dat voor de oprichting van de ACM het geval was (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels), in een separate beleidsregel op te nemen. Bovendien sluit dit aan bij de clementieregels van de Europese Commissie en veel andere Europese lidstaten. Het opsplitsen in twee beleidsregels heeft geen materiële gevolgen voor de inhoud van de clementieregels.

2. Aansluiting bij Europese clementieregels

Deze beleidsregel kan niet los worden gezien van de clementieregels van de Europese Commissie en die van andere mededingingsautoriteiten, met name binnen het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten (European Competition Network, hierna: ECN), maar ook buiten de Europese Unie. Na de inwerkingtreding van de eerste Nederlandse clementieregels in 2002 werden deze in opeenvolgende versies steeds meer in lijn gebracht met vooral de in de Europese Unie bestaande clementieregels. In september 2006 werd door middel van het eerste *Model Leniency Programme* (hierna: MLP) van het ECN een belangrijke stap gezet in de harmonisatie van clementieregelingen binnen het netwerk van Europese mededingingsautoriteiten (MLP 2006). Het MLP werkt op basis van de afspraak tussen de tot het ECN behorende mededingingsautoriteiten, dat zij hun eigen clementieregels zoveel mogelijk – binnen de grenzen van hun nationale recht – in lijn brengen met het MLP. Tegelijk staat het ECN-leden op grond van die afspraak vrij om in hun nationale clementieregels af te wijken van het model in het voordeel van clementieverzoekers.

De met het MLP 2006 beoogde harmonisatie kreeg zijn beslag in de Nederlandse clementieregels van oktober 2007. In november 2012 werd het MLP 2006 op enkele punten herzien (MLP 2012, zie http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf). De onderhavige beleidsregel is mede op basis van de steeds verder gegroeide praktische ervaring van de ACM met haar clementieregels, meer dan voorheen in lijn gebracht met het MLP en, via dat model, met de clementieregels van de Europese Commissie en de andere nationale mededingingsautoriteiten van de Europese Unie.

3. Inhoud beleidsregel

De twee belangrijkste wijzigingen in deze beleidsregel ten opzichte van de eerdere clementieregels zijn de volgende. Ten eerste wordt de clementie voor de clementieverzoeker die zich als eerste meldt terwijl de ACM al een onderzoek naar het kartel is begonnen (clementie van het type 1B volgens het MLP) veranderd van een boetevermindering tussen 60 en 100%, naar een vaste boetevermindering van 100%. Daarbij wordt de materiële drempel voor dat type clementie (artikel 4, tweede lid) in lijn gebracht met die van het MLP. Ten tweede wordt voorzien in boetereductie voor clementieverzoekers die niet voor immuniteit in aanmerking komen (clementie van het type 2 volgens het MLP) in een vorm waarin de voorheen bestaande enkele reductiebandbreedte tussen 10 en 40% wordt vervangen



door de drie getrapte boetereducties die zijn voorzien in de artikelen 5 (tussen 30 en 50%), 6 (tussen 20 en 30%) en 7 (ten hoogste 20%).

4. Clementiebureau ACM

De ACM heeft de clementiefunctionaris van de ACM belast met de uitvoering van de regels betreffende clementie. De clementiefunctionaris is hoofd van het clementiebureau. Clementieverzoeken dienen uitsluitend bij het clementiebureau (en dus niet bij andere dienstonderdelen van de ACM) te worden ingediend. Het clementiebureau voert onder meer oriënterende gesprekken met aspirant-clementieverzoekers, neemt clementieverzoeken in ontvangst en beoordeelt de medewerking van clementieverzoekers.

5. Uitvoeringstoets en internetconsultatie

Een ontwerp van deze beleidsregel is voorgelegd aan de ACM voor een uitvoeringstoets. Zij acht de beleidsregel uitvoerbaar. Er zijn geen nadere opmerkingen gemaakt. Gezien het karakter van de beleidsregel is niet getoetst op handhaafbaarheid.

Een ontwerp van deze beleidsregel is tevens openbaar geconsulteerd. Er zijn twee reacties ontvangen, van Freshfields Bruckhaus Deringer en van de Nederlandse Orde van Advocaten. Een respondent benadrukt het belang van voldoende hoor en wederhoor. Dat belang wordt onderschreven. De inrichting van de hoorzitting is echter geen onderwerp van deze beleidsregel, maar is aan de ACM. De reactie van de respondent heeft de aandacht van de ACM.

Een respondent wijst op enkele kleine afwijkingen in deze beleidsregel van de clementieregels in enkele andere lidstaten van de Europese Unie, de Europese Commissie en het Europese netwerk van mededingingstoezichthouders (ECN). Naar aanleiding hiervan is de beleidsregel op een enkel onderdeel aangepast. Bepaald is dat indien de ACM een marker vaststelt voor een clementieverzoeker, zij de clementieverzoeker daarbij een termijn dient te stellen waarbinnen de clementieverzoeker het clementieverzoek moet vervolledigen. Tevens is in de toelichting verduidelijkt dat de ACM beknopte clementieverzoeken in de Engelse taal accepteert, waarbij wordt verwezen naar het sjabloon op de internetpagina van het ECN.

II. Artikelsgewijs

Artikel 1

In dit artikel zijn de begripsbepalingen opgenomen die niet in de Mededingingswet (hierna: wet) geregeld zijn.

Clementietoezegging

De clementietoezegging is een document dat de clementiefunctionaris toezendt aan een clementieverzoeker nadat hij heeft vastgesteld dat een clementieverzoek is ingediend conform de voorwaarden van deze beleidsregel.

Clementieverklaring

Met het begrip clementieverklaring wordt bedoeld op iedere verklaring van een clementieverzoeker, ongeacht of zij schriftelijk wordt opgesteld en ingediend, of mondeling wordt afgelegd, in de context van een clementieverzoek.

Het begrip clementieverklaring omvat zowel ondernemingsverklaringen (zijnde verklaringen die namens een onderneming als zodanig worden ingediend) als verklaringen die worden afgelegd door natuurlijke personen aan de zijde van de onderneming, bijvoorbeeld werknemers of voormalig werknemers die de onderneming in het kader van haar medewerkingsplicht beschikbaar houdt voor het afleggen van verklaringen aan de ACM, of natuurlijke personen die mede-clementieverzoeker zijn van de onderneming zoals bedoeld in artikel 11.

Het begrip clementieverklaring omvat niet alleen de clementieverklaringen waarmee een clementieverzoek wordt ingediend tot het tijdstip dat de ACM aan de clementieverzoeker een clementietoezegging doet, maar omvat ook nadien aan de ACM uit hoofde van de medewerkingsplicht tijdens het onderzoek naar het kartel afgelegde verklaringen. Dat kunnen verklaringen zijn van de clementieverzoeker in antwoord op schriftelijke of mondelinge verzoeken om inlichtingen van de ACM, of nadere verklaringen die de clementieverzoeker uit eigen initiatief aan de ACM verstrekt. Onder het begrip



clementieverklaring vallen evenwel niet de documenten of ander bewijs die stammen uit de periode van de gedragingen waarop het verzoek betrekking heeft, en die de clementieverzoeker in de context van een clementieverzoek tezamen met de clementieverklaring verstrekt.

Clementieverzoek(er)

Een clementieverzoek kan leiden tot boete-immuniteit of boetereductie. Daar waar het onderscheid tussen beide niet van belang is wordt in de beleidsregel de generieke term clementieverzoek of clementieverzoeker gebruikt.

Informatie met aanzienlijke additionele waarde

Het begrip 'informatie met aanzienlijke additionele waarde' dient twee doelen binnen de systematiek van deze beleidsregel.

Ten eerste is het begrip bepalend voor de vraag of een verzoeker in aanmerking komt voor een clementietoezegging inzake boetereductie (zie de artikelen 5 tot en met 7), waarin het begrip als 'drempelcriterium' vermeld staat.

Ten tweede is het begrip bepalend voor de vraag voor welk reductiepercentage binnen de van toepassing zijnde bandbreedte een verzoeker tot boetereductie in aanmerking komt (zie de artikelen 18 en 19).

Ten aanzien van de inhoud van het begrip 'informatie met aanzienlijke additionele waarde' geldt over het algemeen dat schriftelijk bewijsmateriaal daterend uit de periode waarin de feiten hebben plaatsgevonden meer waarde heeft dan later opgesteld bewijsmateriaal. Hetzelfde geldt voor bewijsmateriaal dat rechtstreeks relevant is voor de betrokken feiten in vergelijking met bewijsmateriaal dat slechts zijdelings relevant is. Ten slotte heeft op zichzelf beslissend bewijsmateriaal meer waarde dan bewijs zoals verklaringen die bij betwisting verder moeten worden gestaafd.

Kartel

Het toepassingsbereik van deze beleidsregel is beperkt tot kartels. Het begrip kartel omvat gedragingen die op grond van vaste Europese jurisprudentie tezamen kunnen worden aangemerkt als een enkele en voortdurende inbreuk (ook 'complexe kartels'). Het begrip 'concurrenten' omvat zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten. De woorden 'tussen concurrenten' duiden op het vereiste dat het kartel een horizontaal element dient te bevatten. Het gebruik van de woorden 'tussen concurrenten' sluit niet uit dat een kartel in de zin van deze beleidsregel ook verticale elementen bevat. Zo is bijvoorbeeld de toepassing van de beleidsregel denkbaar in een situatie waarin een groep concurrenten samen met een kartelondersteuner deelneemt aan een kartel. Ook is de toepassing van de beleidsregel denkbaar in een situatie waarin twee groepen ondernemingen uit verschillende niveaus in de productie- en distributiekolom aan een kartel deelnemen. Voorts is de toepassing van de beleidsregel denkbaar als een groep concurrenten indirect via een of meer derden met elkaar informatie uitwisselt (een 'hub-and-spoke' constellatie).

Het begrip kartel is voorts beperkt tot afspraken of onderling afgestemde gedragingen, maar omvat geen besluiten van ondernemersverenigingen. Deze beperking beoogt te voorkomen dat via een clementieverzoek van een ondernemingsvereniging in feite een geheel kartel (via de vereniging ook haar leden) in aanmerking komt voor boete-immuniteit of eenzelfde reductie, hetgeen zou indruisen tegen de bedoeling van deze beleidsregels om per saldo met het oog op het publieke belang behulpzaam te zijn in de kartelhandhaving.

Marker

Een marker is een tijdstip (tijd en datum) dat wordt vastgesteld door de clementiefunctionaris. Het tijdstip vormt een voorlopige plaats in de volgorde van ontvangst van clementieverzoeken met betrekking tot het betreffende kartel. Een clementieverzoeker kan, nadat de ACM met betrekking tot het desbetreffende clementieverzoek een marker heeft vastgesteld ten gunste van die clementieverzoeker, het clementieverzoek binnen een door de clementiefunctionaris vastgestelde termijn aanvullen, waarbij het tijdig aangevulde clementieverzoek geacht wordt te zijn ingediend op het tijdstip van de marker en derhalve wordt beoordeeld in het licht van de informatiepositie van de ACM met betrekking tot het beweerde kartel op het ogenblik van de marker.

Artikel 2

Deze bepaling beperkt het toepassingsbereik van deze beleidsregel tot kartels zoals omschreven in de definitie in artikel 1. Ook volgt uit deze bepaling dat de ACM geen clementie toezegt in gevallen waarin



zij de inbreuk wel kan vaststellen, maar haar bevoegdheid om een boete op te leggen is vervallen.

Artikel 3

De ACM beslist op verzoek over clementie. Clementieverzoeken moeten bij het Clementiebureau van de ACM worden ingediend, dat belast is met de toepassing van deze beleidsregel. De clementiefunctie is verantwoordelijk voor het voorbereiden en doen van clementietoezeggingen.

Artikel 4

Artikel 4 behandelt de voorwaarden om in aanmerking te komen voor boete-immuniteit. Boete-immuniteit wil zeggen een boetevermindering van 100%.

Het eerste lid van deze bepaling voorziet in boete-immuniteit van het zogenaamde type 1A. Een dergelijke boete-immuniteit wordt in essentie aan de clementieverzoeker verleend in ruil voor de onthulling van het kartel aan de ACM. Niettegenstaande de voorwaarde dat ook een clementieverzoeker van dit type al het bewijs dient te verstrekken waarover hij redelijkerwijs beschikt of de beschikking kan krijgen (zie artikel 17, tweede lid, onderdeel b), wordt de materiële drempel voor deze vorm van immuniteit gehaald als het clementieverzoek de ACM in staat stelt een 'gerichte inspectie' uit te voeren naar het beweerde kartel. In gevallen waarin de ACM geen bevoegdheid heeft tot het zelf verrichten van een gerichte inspectie, bijvoorbeeld als bepaalde relevante bedrijfslocaties of woonhuizen zich buiten Nederland bevinden, dan geldt dat de informatie de ACM in staat moet stellen op een andere wijze bevoegdheden in te zetten, bijvoorbeeld door een mededingingsautoriteit in een andere jurisdictie namens ACM een inspectie te laten verrichten (bijvoorbeeld op grond van artikel 22 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1).

Het tweede lid van deze bepaling voorziet in boete-immuniteit van het zogenaamde type 1B. Een dergelijke boete-immuniteit wordt aan de clementieverzoeker verleend in ruil voor het verstrekken van bewijs aan de ACM over het beweerde kartel. De materiële drempel voor deze vorm van boete-immuniteit wordt gehaald als het clementieverzoek documenten verschafft, in welke vorm dan ook (bijvoorbeeld schriftelijk of digitaal) die stammen uit de periode van de gedragingen, waarover de ACM nog niet beschikte, en op basis waarvan de ACM het bestaan van het kartel kan aantonen. Het gaat er hierbij om dat de ACM op basis van het verstrekte bewijs, op zichzelf beschouwd, een inbreuk zou moeten kunnen vaststellen in verband met het beweerde kartel.

Artikel 4, eerste lid, onderdeel d, stelt de voorwaarde dat een clementieverzoeker die overigens aan de voorwaarden voldoet geen andere onderneming tot deelname aan het kartel heeft gedwongen. De reden om dit uitsluitingscriterium op te nemen is om te voorkomen dat een onderneming het systeem van deze beleidsregels misbruikt om een concurrent nadeel te berokkenen, alleen maar omdat deze beleidsregel bestaat. Het gaat in het criterium om het dwingen van een onderneming om deel te nemen aan een kartel. Van dwang is niet snel sprake. Dreigementen van commerciële aard vormen doorgaans geen dwang. Dwang is in theorie denkbaar als sprake is van een concrete dreiging met fysiek geweld of als sprake is van een economisch dreigement dat het voortbestaan van de gedwongen onderneming acuut, reëel en blijvend in gevaar brengt. Dat laatste lijkt alleen denkbaar in zeer extreme gevallen, als bijvoorbeeld degene die dwang uitoefent een essentiële grondstof levert aan de gedwongen onderneming en deze levering dreigt te staken. In feite moet de tot deelname aan het kartel gedwongen onderneming kunnen aantonen dat sprake was van een vorm van objectieve overmacht.

Artikelen 5 tot en met 7

De artikelen 5 tot en met 7 bevatten de drie getrapte categorieën van boetereductie, die de clementieregels van de Europese Commissie en verschillende andere lidstaten ook bevatten. Het gaat hier om clementie die in het MLP 2012 wordt beschouwd als Type 2. In de situatie dat er meerdere clementieverzoekers zijn in een kartel, en elk van hen een clementieverzoek zou indienen in de vorm van, primair, een verzoek om boete-immuniteit en, subsidiair, een verzoek om boetereductie, en elk van hen opeenvolgend voldoet aan de voorwaarden voor de voor hen meest gunstige vorm van clementie, dan zal de eerste clementieverzoeker in aanmerking komen voor boete-immuniteit (ofwel op grond van artikel 4, eerste lid, ofwel op grond van artikel 4, tweede lid), de tweede clementieverzoeker voor een boetereductie tussen 30 en 50%, de derde clementieverzoeker voor een boetereductie tussen 20 en 30% en vierde en volgende clementieverzoekers voor een boetereductie tussen 0 en 20%.

Het is echter ook denkbaar dat de eerste clementieverzoeker niet voldoet aan de voorwaarden voor boete-immuniteit. Dat kan het geval zijn omdat het dwangcriterium van artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van toepassing is (zowel in een type 1A, als in een type 1B geval). Ook is, met name in een type 1B



geval, denkbaar dat het clementieverzoek niet voldoet aan de materiële drempel van artikel 4, tweede lid, onderdeel b. In dergelijke gevallen is het denkbaar dat het clementieverzoek van de eerste clementieverzoeker wel voldoet aan de materiële drempel van 'aanzienlijke additionele waarde' uit de artikelen 5 tot en met 7. Indien dit het geval is en er zijn meerdere clementieverzoekers die elk primair om boete-immuniteit vragen en subsidiair om boetereductie, dan zal geen enkele clementieverzoeker voor boete-immuniteit in aanmerking komen, maar dan zal de eerste in aanmerking komen voor een boetereductie tussen 30 en 50%, de tweede voor een boetereductie tussen 20 en 30%, de derde en volgende voor een boetereductie tussen 0 en 20%.

Een clementieverzoeker komt pas in aanmerking voor boetereductie wanneer er sprake is van een clementieverzoek tot boetereductie conform deze beleidsregel. Dit bestaat uit een clementieverklaring zoals bedoeld in artikel 13, en eventuele documenten uit de periode van de gedragingen die daarbij als bijlage worden gezonden, ten aanzien waarvan de clementiefunctaris vaststelt dat deze aan de voorwaarden van deze beleidsregel voldoen, inclusief het materiële criterium dat het aanzienlijke additionele waarde bevat. Een dergelijk verzoek tot boetereductie wordt in de praktijk ingediend na een eerste (vaak telefonische) indiening waaruit blijkt dat het initiële clementieverzoek onvolledig is, gevolgd door de vaststelling van een marker, en vervolgens de aanvulling van het clementieverzoek binnen de termijn die in verband met de marker werd vastgesteld. Het is in de regel op dat moment dat de clementiefunctaris beoordeelt of het verzoek tot boetereductie voldoet aan het (drempel-) criterium dat het aanzienlijke additionele waarde bevat, in welk geval hij overgaat tot toezending van een clementietoezegging.

Artikel 8

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid voor aspirant-clementieverzoekers om allerlei praktische en technische punten voor te leggen aan de clementiefunctaris van de ACM. Veel van de onderwerpen die in de praktijk aan de clementiefunctaris worden voorgelegd zijn kwesties die samenhangen met de vennootschapsrechtelijke constellatie van de onderneming die overweegt een clementieverzoek te doen of kwesties in verband met het waarborgen van de vertrouwelijkheid door de aspirant-clementieverzoeker inzake diens voorbereiding en indiening van een clementieverzoek.

Artikel 9

Artikel 9 voorziet in de mogelijkheid om via een advocaat de clementiefunctaris van de ACM voorafgaand aan de indiening van het clementieverzoek te vragen of boete-immuniteit als bedoeld in artikel 4, eerste lid, in beginsel beschikbaar is met betrekking tot het kartel. Het is hiervoor noodzakelijk dat de advocaat het product of de dienst waar het kartel betrekking op heeft zo precies mogelijk omschrijft. Als het antwoord bevestigend is, is de aspirant-clementieverzoeker verplicht het verzoek om boete-immuniteit terstond in te dienen. De indiening hoeft niet te leiden tot een voorwaardelijke clementietoezegging voor boete-immuniteit. Het is immers mogelijk dat het verzoek tot boete-immuniteit niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 4, eerste lid. Als het antwoord ontkennend is, is de aspirant-clementieverzoeker niet tot indiening verplicht. Als de vraag naar de beschikbaarheid van boete-immuniteit gesteld wordt, dan kan het zijn dat de clementiefunctaris hierop geen antwoord kan geven, bijvoorbeeld omdat het onmogelijk is potentieel afzonderlijke kartels op het moment dat de vraag gesteld wordt voldoende zuiver af te bakenen en van elkaar te onderscheiden, hetgeen een correcte beantwoording van de vraag in de weg kan staan.

Artikel 10

Deze bepaling omschrijft de drie typen clementieverzoekers die in deze beleidsregel worden onderscheiden. Dat zijn ondernemingen, natuurlijke personen die als feitelijk leidinggever en/of opdrachtgever kunnen worden aangemerkt met betrekking tot het gedrag van een onderneming dat onder het begrip kartel valt en, ten slotte, groepen natuurlijke personen uit eenzelfde onderneming die gezamenlijk maar onafhankelijk van de onderneming een clementieverzoek indienen.

De term onderneming sluit aan bij de definitie in de wet, die op haar beurt aansluit op het begrip onderneming uit het EU-recht. Ten aanzien van ondernemingen geldt dat het clementieverzoek moet worden ingediend door de civielrechtelijke entiteiten die door de onderneming aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de deelname aan het kartel. In de regel omvat dit minstens de hoogste moedervenootschap van een groep zoals deze is ingericht op het tijdstip dat een clementieverzoek wordt ingediend. Vaak omvat het begrip onderneming meerdere rechtspersonen uit eenzelfde groep. Rechtspersonen die niet langer tot de onderneming behoren kunnen in de regel geen onderdeel zijn van het clementieverzoek van de onderneming. Zij kunnen, mits aansprakelijk voor het gedrag en mits de bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van een boete niet is vervallen wegens verjaring, wel los van de huidige onderneming een clementieverzoek indienen.



Artikel 11

Dit artikel bepaalt onder welke voorwaarden natuurlijke personen samen met de onderneming waarvoor zij werkzaam zijn geweest of als collectief maar zonder hun onderneming, voor dezelfde clementie in aanmerking kunnen komen. De meest voorkomende situatie is die van de natuurlijke personen die voor dezelfde clementie in aanmerking wensen te komen als die van de onderneming waarvoor zij werkzaam zijn, of werkzaam zijn geweest.

In gevallen waarin beboetbare natuurlijke personen als mede-clementieverzoeker van een onderneming willen worden aangemerkt, volgt de beoordeling van de materiële aspecten van de clementieverzoeken van deze natuurlijke personen de beoordeling van het clementieverzoek van de onderneming. Het staat de onderneming vrij om informatie van dergelijke personen, tenminste voor zover het personen zijn die op dat ogenblik bij de onderneming werkzaam zijn, te verkrijgen en te verwerken in het clementieverzoek van de onderneming.

Het beleid is erop gericht om bij een onderneming werkzame personen die aan wie een boete kan worden opgelegd, die als mede-clementieverzoeker van de onderneming volledige medewerking verlenen aan het onderzoek, in aanmerking te laten komen voor hetzelfde type clementie (boete-immuniteit of de toepasselijke bandbreedte van boetereductie) als de onderneming waarvoor zij werken.

Het tweede lid van dit artikel geeft de ACM een discretionaire bevoegdheid om natuurlijke personen die op het ogenblik van het clementieverzoek van de onderneming niet meer werkzaam zijn bij de onderneming, in aanmerking te laten komen voor hetzelfde type clementie als deze onderneming. In de situatie dat een beboetbare natuurlijke persoon eerst werkzaam was bij de onderneming die het clementieverzoek indient, maar vervolgens is gaan werken bij een andere onderneming ten aanzien waarvan een vermoeden bestaat dat zij aansprakelijk is voor hetzelfde kartel maar geen clementieverzoek heeft ingediend, zal dit meestal niet worden toegestaan.

Artikel 12

Voor de toepassing van deze beleidsregel is het tijdstip van ontvangst van het clementieverzoek door de ACM bepalend. Dit tijdstip wordt op grond van artikel 16 door de ACM geregistreerd. Omdat geen garanties kunnen worden gegeven over de tijdstippen van bepaalde relevante handelingen inzake de afhandeling van post (zowel ten aanzien van de postbezorging als ten aanzien van de interne postafhandeling bij de ACM) wordt indiening per post afgeraden.

Artikel 13

Deze bepaling omschrijft de inhoud van een clementieverzoek. Een clementieverzoek bestaat uit een clementieverklaring en uit documenten (in welke vorm dan ook) of andere bewijzen die stammen uit de periode van de gedraging. In de regel is een clementieverzoek na de eerste (vaak telefonische) verklaring nog niet compleet en volgt een marker met een termijn om het clementieverzoek te vervolledigen. Wanneer de marker is gegeven kan het zijn dat een clementieverzoeker meerdere clementieverklaringen aflegt of indient, en documenten overlegt.

Het opstellen van een clementieverklaring van een onderneming dient in de vorm van een namens de onderneming afgelegde ondernemingsverklaring te gebeuren. Dat is een verklaring waarin de onderneming als zodanig over haar eigen gedrag verklaart in verband met het beweerde kartel. In een ondernemingsverklaring behoort het kartelgedrag vanuit het perspectief van de onderneming te worden omschreven. Bij een dergelijke omschrijving behoeven in de regel geen vertrouwelijke gegevens van de onderneming te worden verstrekt.

Het eerste lid, onderdeel b, stelt de eis dat de clementieverzoeker in zijn clementieverklaring verklaart dat hij heeft deelgenomen aan het door hem beweerde kartel.

Uit het eerste lid, onderdeel d, vloeit voort dat de verklaring een gedetailleerde beschrijving moet bevatten van het kartel. Gegeven het feit dat een clementieverklaring een verklaring 'van binnenuit' het kartel vormt, worden in de regel hoge eisen gesteld aan de mate van precisie en detail van de beschrijving.

Een clementieverzoek van een onderneming dient de betrokkenen bij de kartelcontacten te omschrijven. Dit geldt ook met betrekking tot de eigen huidige of voormalige werknemers van de onderneming.

Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de clementieverklaring tevens een toelichting bevat op elk



bewijsstuk dat wordt verstrekt. In de praktijk vereist dit een precieze puntsgewijze toelichting per afzonderlijk document dat wordt verstrekt.

Artikel 14

Dit artikel bepaalt dat de ACM een mondelinge verklaring toestaat, indien de clementieverzoeker daartoe een gerechtvaardigd belang heeft. Er is in ieder geval sprake van een gerechtvaardigd belang om een mondelinge verklaring af te leggen, indien de clementieverzoeker het risico loopt van verplichte civielrechtelijke openbaarmaking van een schriftelijke verklaring in rechtsstelsels als dat van de Verenigde Staten en van sommige lidstaten van de Europese Unie (zoals Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk).

De ACM zal verder een gerechtvaardigd belang aanwezig achten voor het afleggen van een mondelinge in plaats van schriftelijke verklaring, als de Europese Commissie bij uitstek geschikt is het onderzoek naar het kartel uit te voeren zoals bedoeld in randnummer 14 van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PbEG 2004, C 101/03). Dit is het geval als het kartel gevolgen voor de mededinging heeft in meer dan drie lidstaten.

Artikel 15

Dit artikel regelt de marker. De ACM kan markers vaststellen zowel ten aanzien van verzoeken tot boete-immuniteit als ten aanzien van verzoeken tot boetereductie. Het eerste lid van dit artikel bevat de voorwaarden om voor een marker in aanmerking te komen.

Als de ACM een marker vaststelt, zal zij de clementieverzoeker daarbij een termijn stellen waarbinnen het clementieverzoek dient te worden aangevuld. Indien het onvolledige clementieverzoek binnen die termijn wordt vervolledigd, dan wordt ingevolge het vierde lid het clementieverzoek aangemerkt als compleet te zijn geweest vanaf het tijdstip dat de marker van toepassing is. Als de clementieverzoeker niet binnen de gestelde termijn het clementieverzoek vervolledigt, wijst de ACM het clementieverzoek overeenkomstig het vijfde lid af.

Het tweede lid maakt duidelijk dat ACM ook een marker verleent in antwoord op een zogenaamd 'beknopt clementieverzoek' (vgl. de artikelen 24 tot en met 27 van het MLP 2012). Het gaat hier om een clementieverzoek dat een onderneming kan indienen wanneer de Europese Commissie bij uitstek geschikt lijkt te zijn om het onderzoek te verrichten, zonder dat de onderneming hierover zekerheid heeft, waardoor zij ook zekerheidshalve rekening moet houden met een allocatie van de zaak bij nationale mededingingsautoriteiten. In zulke situaties zal de ACM doorgaans een marker vaststellen zonder daarbij de clementieverzoeker meteen een termijn te stellen voor de aanvulling van het clementieverzoek. Mochten gedachten over de allocatie van de zaak daar aanleiding toe geven dan kan de ACM in een later stadium de clementieverzoeker alsnog een (redelijke) termijn stellen voor de aanvulling van diens beknopte clementieverzoek.

De ACM accepteert een beknopt clementieverzoek in de Engelse taal. Nadien kan zij de clementieverzoeker vragen om alsnog een Nederlandstalige versie van de clementieverklaring in te dienen. Voor de indiening van beknopte clementieverzoeken hebben de leden van het ECN een uniform sjabloon gepubliceerd: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_annex_en.pdf

Artikel 17

Dit artikel beschrijft de bijzondere medewerkingsplicht waar een clementieverzoeker aan gehouden is om voor enige vorm van clementie in aanmerking te komen.

Eerste lid

De clementieverzoeker is verplicht tot het voortdurend verlenen van alle medewerking die in het belang van het onderzoek of de procedure is vereist. Dit moet ruim worden uitgelegd. De brede reikwijdte van het begrip hangt samen met de uitzondering die de clementieregels maken op bestaande regels (uit hoofde van de boetebeleidsregel) over de beboeting van kartels, die tot de ernstigste inbreuken op de mededingingsregels worden gerekend. Zulks wordt onder meer geïllustreerd door de woorden 'ten minste' in het tweede lid van de bepaling. Alleen als een clementieverzoeker zich als het ware door middel van zijn clementieverzoek 'schaart aan de zijde van de ACM' is het vanuit publiek oogpunt gerechtvaardigd clementie toe te passen (zie ook het Arrest van het Gerecht van 9 september 2011, zaak T-12/06, Deltafina SpA tegen Europese Commissie, Jurispr. 2011 II-05639).

De verplichting uit het tweede lid, onderdeel a, om zich te onthouden van enige voor het onderzoek



van de ACM belemmerende gedraging speelt een rol vanaf het moment dat de clementieverzoeker het clementieverzoek overweegt, dus al voorafgaand aan de indiening van het clementieverzoek. De verplichtingen genoemd in het tweede lid, onderdelen b, c en d, spelen een rol vanaf de eerste moment waarop het clementieverzoek wordt ingediend. De medewerkingsplicht strekt zich ook uit tot de procedure, dus ook tot de periode nadat een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, van de wet aan de clementieverzoeker is gezonden. Medewerking aan de procedure, buiten het feitenonderzoek, omvat bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van getuigen in de procedure aan de zijde van de ACM.

Tweede lid, onderdeel a

Geheimhouding

De verplichting zich te onthouden van belemmerende gedragingen houdt ook in dat de clementieverzoeker zich dient te onthouden van enig doen of nalaten dat het onderzoek van de ACM zou kunnen belemmeren. Dit omvat, onder andere, het betrachten van vertrouwelijkheid jegens derden (bij een onderneming: iedere derde buiten de onderneming) over het feit dat een clementieverzoek wordt voorbereid of is ingediend, evenals over de inhoud daarvan. Contacten met derden die door de onderneming zijn ingeschakeld om haar bij te staan in contacten met de ACM vallen hier uiteraard niet onder. Hierbij dient uiteraard wel gewaarborgd te zijn dat geen informatie via die gemachtigde of zijn kantoor bij andere derden terecht komt. Daarnaast blijft het uiteraard mogelijk voor een clementieverzoeker om het bestaan van het clementieverzoek bij andere bevoegde mededingingsautoriteiten te melden indien dat nodig is in verband met de indiening van een clementieverzoek aldaar. In dat geval is niet sprake van belemmerende gedragingen. Indien er bij de clementieverzoeker behoefte bestaat in een andere situatie derden bepaalde gegevens te verstrekken, kan hij hierover contact opnemen met de clementiefunctionaris. Deze kan beoordelen of in de gegeven situatie die verstrekking niet zal worden aangemerkt als een gedraging die het onderzoek zou kunnen belemmeren.

Andere aspecten van de verplichting zich te onthouden van doen of nalaten dat het onderzoek van de ACM kan belemmeren

De verplichting van een clementieverzoeker zich te onthouden van enig doen of nalaten dat het onderzoek van de ACM zou kunnen belemmeren houdt bijvoorbeeld ook in de verplichting om geen bewijs te vernietigen en om bewijs niet te manipuleren of te vervalsen.

Tweede lid, onderdeel b

Actieve informatieplicht

Het tweede lid van artikel 17, onderdeel b, bepaalt, kort gezegd, dat een clementieverzoeker vanaf de indiening van het clementieverzoek aan de ACM alle relevante informatie (verklaringen) en bewijs (documenten en dergelijke) over het kartel verstrekt waarover hij beschikt of redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.

De term 'waarover hij (...) redelijkerwijs de beschikking kan krijgen' moet ruim worden uitgelegd. Indien de clementieverzoeker een onderneming is, dan wordt hieronder onder andere begrepen documenten (in welke vorm dan ook) of andere bewijzen die zich waar dan ook binnen de onderneming (in de zin van de groep waaruit de mededingingsrechtelijke onderneming bestaat) bevinden. In beginsel wordt alle informatie in de herinnering van alle bij de onderneming werkzame mensen geacht ter beschikking van de onderneming te staan (ongeacht in welke hoedanigheid of bij welke werkgever de betreffende persoon in het verleden de informatie heeft opgedaan). Ook wordt hieronder informatie en documenten (in welke vorm dan ook) of andere bewijzen begrepen die zich niet bij de onderneming bevinden, maar waar de clementieverzoeker wel toegang toe heeft, bijvoorbeeld archieven of digitale informatie die door een derde worden bewaard in opdracht van de onderneming.

Ten aanzien van clementieverzoekers die hun clementieverzoek indienen op een ogenblik waarop nog geen inspecties hebben plaatsgevonden, geldt dat in de praktijk de verplichting tot geheimhouding (tweede lid, onderdeel a) invloed kan hebben op de mate waarin de clementieverzoeker wordt gehouden aan zijn informatieplicht (tweede lid, onderdeel, b). Zodra aannemelijk is dat het clementieverzoek aan de toepasselijke voorwaarden zal voldoen, kan het behoud van een verrassingseffect bij degenen die voorwerp van inspecties zijn, rechtvaardigen dat bepaalde handelingen binnen het interne onderzoek van de onderneming achterwege blijven tot na de inspecties. Het vinden van een balans in de toepassing van beide clementievoorwaarden in het licht van de onderzoeksbelangen kan onderwerp van gesprek zijn met de clementiefunctionaris.



Artikel 18

Op grond van deze bepaling wordt het precieze percentage boetereductie bepaald binnen de toepasselijke bandbreedte op grond van de artikelen 5 tot en met 7. Zoals in de toelichting bij de artikelen 5 tot en met 7 is vermeld, is voor de bepaling van het precieze percentage boetereductie binnen de toepasselijke bandbreedte niet alleen de met het aanvankelijke clementieverzoek verstrekte informatie (clementieverklaring en bewijzen) bepalend, maar ook eventueel nadien in het kader van de volledige medewerkingsplicht verstrekte informatie (aanvullende clementieverklaringen en bewijzen). Deze laatste beoordeling vindt in de regel plaats, kort voor de toezending aan clementieverzoeker van het rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de wet.

Artikel 19

Deze bepaling bevat de regeling van de zogenaamde partiële de facto immuniteit. De bepaling preciseert dat het moet gaan om informatie (verklaringen en bewijs dat stamt uit de periode van de gedraging) die zowel (i) op zichzelf beschouwd aanzienlijke additionele waarde heeft, (ii) die voor de ACM nieuw is en (iii) die de ACM gebruikt om een overtreding vast te stellen die tot een hogere berekening van de boete leidt voor de verzoeker om boetereductie.

Artikel 20

Dit artikel regelt de clementietoezegging. Aan toezending van een clementietoezegging gaan de nodige stappen aan vooraf, waaronder de (vaak telefonische) indiening van het clementieverzoek waarin de clementieverzoeker de informatie heeft verstrekt die noodzakelijk is voor het verkrijgen van een marker, de vaststelling van een marker, de voortzetting van een intern onderzoek binnen de clementieverzoeker dat leidt tot de verzameling van relevante documenten en andere bewijzen en de opstelling van een gedetailleerde clementieverklaring. Zodra de gedetailleerde clementieverklaring met bijlagen is ingediend, beoordeelt de clementiefunctionaris deze in het licht van de clementievoorwaarden, waaronder de van toepassing zijnde materiële drempel. In de regel wordt kort nadien aan de clementieverzoeker een clementietoezegging gezonden. Daarna neemt het onderzoek een aanvang, of wordt het voortgezet als het onderzoek reeds liep. In het geval een clementieverzoeker in aanmerking komt voor voorwaardelijke boetereductie (en geen voorwaardelijke boete-immuniteit) dan zendt de clementiefunctionaris in de regel eerst een clementietoezegging waarin de toepasselijke reductiebandbreedte wordt vermeld, waarna, na afloop van het feitenonderzoek naar het kartel (kort voor de toezending van een eventueel rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, van de wet) hij de clementieverzoeker bericht welk precies (nog steeds voorwaardelijk) reductiepercentage de ACM heeft vastgesteld.

Clementietoezeggingen zijn voorwaardelijk in die zin dat hun toepassing afhankelijk is van het feit of clementieverzoekers voldoen aan alle voorwaarden voor clementie die uit deze beleidsregel voortvloeien gedurende het onderzoek en de procedure in verband met het beweerde kartel.

Artikel 21

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat een clementietoezegging bepalend is voor de vraag welke clementie nadien met betrekking tot het kartel beschikbaar is. Bij het geven van een clementietoezegging is het onderzoek naar het kartel vaak nog pril of in volle gang. Daarom hebben bepaalde elementen in die toezegging veelal een voorlopig karakter. De bepaling beoogt te voorkomen dat latere clementieverzoekers de beslissing om een eerdere clementieverzoeker een (gunstiger) clementietoezegging te doen met succes zouden kunnen aanvechten.

Het tweede lid van deze bepaling schrijft voor dat de ACM binnen iedere groep (bestaande uit een of meer natuurlijke personen en een onderneming, dan wel bestaande uit meerdere natuurlijke personen) die in beginsel voor dezelfde clementie in aanmerking kan komen, elke clementieverzoeker individueel zal beoordelen.

Voor natuurlijke personen die als mede-clementieverzoeker van een onderneming een aanspraak hebben op clementie, houdt dit een individuele beoordeling in van de vraag of het individu persoonlijk aan de voorwaarden voor clementie voldoet. Gelet op de toelichting bij artikel 11 (individueel volgt onderneming) komt dit in de praktijk neer op het voldoen aan de medewerkingsplicht, en het betrachten van volledigheid bij het verstrekken van informatie met betrekking tot de feiten die het betreffende individu tot zijn beschikking heeft. Ingeval verschillende natuurlijke personen als mede-clementieverzoeker van een onderneming willen worden aangemerkt, kunnen de percentages binnen dezelfde toepasselijke bandbreedte variëren al naar gelang de individuele waarde van het clementieverzoek van de natuurlijke personen.



Artikel 22

Deze bepaling zet de gevolgen uiteen van schending van de clementievoorwaarden door een clementieverzoeker. Bij de beoordeling of er sprake is van een schending van de voorwaarden zal de ACM het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. De ACM kan beslissen dat bij een schending, alle aanspraken op grond van deze beleidsregel komen te vervallen en alle verstrekte informatie en bewijsstukken door de ACM vrijelijk gebruikt kunnen worden als bewijs tegen iedereen, inclusief de clementieverzoeker, als ware het clementieverzoek niet ingediend.

Artikel 24

Dit artikel bevat de uiteindelijke verplichting van de ACM om toezeggingen die gedaan zijn uit hoofde van deze beleidsregel toe te passen in het boetebesluit met betrekking tot het kartel. Boeteverminderingen uit hoofde van clementietoezeggingen worden in de systematiek van de boetebeleidsregels toegepast nadat de hoogte van de boete is berekend tot en met de stap van de eventuele toepassing van het wettelijke boetemaximum.

Artikel 27

Deze beleidsregels voorzien uitsluitend in clementie voor de boete van de ACM, en leveren geen aanspraken op wat betreft de eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van clementieverzoekers. Het beleid van de ACM is er zoveel mogelijk op gericht om clementieverzoekers ten aanzien van hun eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid niet slechter af te laten zijn dan andere deelnemers aan het kartel die geen clementieaanspraak hebben. De bepalingen in de artikelen 14 en 27 zijn hier een uitvloeisel van.

Artikel 27 voorziet erin dat een clementieverklaring, derhalve enige verklaring die door of aan de zijde van de clementieverzoeker is opgesteld in het kader van (de voorbereiding van) het clementieverzoek, uitsluitend door geadresseerden van een rapport kunnen worden ingezien indien deze laatsten schriftelijk toezeggen deze niet te kopiëren en de door de inzage verkregen informatie niet voor andere doeleinden te gebruiken dan voor de bestuursrechtelijke procedure. Deze bijzondere regeling bij de inzage wordt uitsluitend toegepast ten aanzien van clementieverklaringen die worden opgesteld door de clementieverzoeker in het kader van (de voorbereiding van) het clementieverzoek.

Hieronder zijn tevens begrepen clementieverklaringen die de clementieverzoeker opstelt na een eventuele clementietoezegging, bijvoorbeeld omdat de clementieverzoeker later nog meer bewijs van kartelgedrag verkrijgt waarover hij de ACM bericht, of omdat de clementieverzoeker vragen van de ACM door middel van een verklaring beantwoordt. Bewijsmateriaal dat niet speciaal is opgesteld in het kader van (de voorbereiding van) het clementieverzoek, bijvoorbeeld schriftelijke bewijzen die stammen uit de tijd van het kartel, vallen buiten de bijzondere inzageregeling.

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*