

Allen & Overy LLP

## MEMORANDUM

Aan Raad voor de Mededinging  
North Plaza A  
Koning Albert II-laan 9  
1210 Brussel

E-mail : [raco@economie.fgov.be](mailto:raco@economie.fgov.be)

Van Dirk Arts en Karel Bourgeois

Ons kenmerk DIAR/BR : 2308759.2

Datum 21 september 2007

Onderwerp **Concept van Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken**

1. Allen & Overy LLP juicht het initiatief van de Raad toe om een consultatieronde te organiseren met betrekking tot het concept van de Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboetes in kartelzaken ("de **Mededeling**"). Allen & Overy LLP heeft de volgende suggesties en opmerkingen.
2. Randnummer 7 van de Mededeling omschrijft haar toepassingsgebied. Het valt op dat de Mededeling slechts van toepassing is op "kartels".

Deze definitie van "kartels" stroomlijnt in ruime mate (maar niet helemaal) met de definitie van "geheime kartels" in de Mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, maar wijkt af van het in artikel 49 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging ("**WBEM**") neergelegde toepassingsgebied voor de Belgische clementieregeling die geldt voor "een onderneming of ondernemingsvereniging die samen met anderen bij een door artikel 2 verboden praktisch betrokken was".

Het staat de Raad uiteraard vrij om binnen het kader van de wet een eigen vervolgingsbeleid uit te tekenen. In dat opzicht is het begrijpelijk dat de Raad in de eerste plaats clementieaanvragen voor de in randnummer 7 gedefinieerde "kartels" wil aanmoedigen, om op die manier de meest flagrante inbreuken op artikel 2 WBEM op het spoor te komen en te bestraffen. Het is eveneens begrijpelijk dat de Raad een oneigenlijk gebruik van de clementieregeling wil indijken en wil vermijden dat een nieuwe "aanmeldingsmogelijkheid" voor mededingingsbeperkende overeenkomsten wordt gecreëerd, die net door de nieuwe WBEM is afgeschaft.

Allen & Overy LLP is een partnership met beperkte aansprakelijkheid geregistreerd in Engeland en Wales onder nummer OC306763. Deze partnership wordt gereguleerd door de Solicitors Regulation Authority van Engeland en Wales. De term partner wordt gebruikt ter aanduiding van een lid van Allen & Overy LLP of van een medewerker of raadsman met gelijke status en beroepskwalificaties. Een lijst van de leden van Allen & Overy LLP en van de niet-leden die als partner zijn benoemd, ligt ter inzage op de zetel in Londen, One Bishops Square, Londen E1 6AO, en in de Belgische kantoren van Allen & Overy LLP.

BTW: BE 0865 011 356 Ondernemingsnummer: 0865.011.356

Allen & Overy LLP of een daarmee verbonden kantoor heeft vestigingen in de volgende steden: Amsterdam, Antwerpen, Bangkok, Boedapest, Bratislava, Brussel, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hongkong, Londen, Luxemburg, Madrid, Mannheim, Milaan, Moskou, New York, Parijs, Peking, Praag, Riyadh (geassocieerd kantoor), Rome, Shanghai, Singapore, Tokio en Warschau.

De in randnummer 7 opgenomen precisering dat "verticale overeenkomsten en horizontale afspraken die geen kartels zijn in de zin van deze Mededeling" buiten het toepassingsgebied van deze Mededeling vallen, geeft op die manier waarschijnlijk uiting aan deze terechte beleidskeuze en bekommernis. Niettemin staat de voorgestelde omschrijving van het toepassingsgebied zowel naar de aard van de inbreuk als de identiteit van de deelnemers enigszins op gespannen voet met het in artikel 49 WBEM neergelegde bereik van de clementieregeling. Artikel 49 WBEM biedt immers de mogelijkheid om voor elke door artikel 2 WBEM verboden praktijk een clementieaanvraag in te dienen en viseert ook praktijken waarbij een ondernemingsvereniging betrokken is.

De inperking van het toepassingsgebied in de Mededeling heeft bovendien niet tot gevolg dat ondernemingen of ondernemingsverenigingen niet langer een clementieaanvraag kunnen indienen voor overeenkomsten, onderling afgestemde gedragingen of besluiten van ondernemingsverenigingen die geen "kartel" zijn.

Integendeel, zij kunnen nog steeds een clementieaanvraag indienen en kunnen bovendien betogen dat een clementieaanvraag die buiten het toepassingsgebied van de Mededeling valt niet aan de in de Mededeling opgelegde voorwaarden is onderworpen. Het spanningsveld tussen de wettekst en het in de Mededeling omschreven toepassingsgebied komt de rechtszekerheid niet ten goede.

Wij vermoeden echter dat in de praktijk het risico van een "oneigenlijk gebruik" van de clementieregeling en de daarmee gepaard gaande administratieve overlast erg klein zo niet verwaarloosbaar is.

De Raad kan dit risico misschien makkelijker indijken in het kader van een mededeling over het boetebeleid, waarbij zij aangeeft dat inbreuken die geen "kartels" zijn in uitzonderlijke omstandigheden met een boete worden bestraft.

Om die redenen suggereren wij in randnummer 7 het woord "alleen" te schrappen en te vervangen door "in beginsel" evenals de tweede alinea te schrappen en ook de "besluiten van ondernemingsverenigingen" in de karteldefinitie op te nemen (wat een impact heeft op de omschrijving van de identiteit van de "karteldeelnemers").

3. Punt III.A. omschrijft het toepassingsgebied van de volledige vrijstelling van geldboeten "type 1 A" als "de gevallen waarin de Belgische mededingingsautoriteit niet over informatie omtrent het kartel beschikt". Punt III.B. bepaalt vervolgens dat de volledige vrijstelling van geldboeten "type 1 B" van toepassing is op "de gevallen waarin de Belgische mededingingsautoriteit reeds over informatie omtrent het kartel beschikt". Het komt ons voor dat deze titels niet volledig in overeenstemming zijn met de inhoudelijke voorwaarden waaraan moet worden voldaan om volledige vrijstelling te verkrijgen.

Zo bepaalt randnummer 10(b) dat, om in aanmerking te komen voor een volledige vrijstelling "type 1A", de Belgische mededingingsautoriteit op het ogenblik dat het clementieverzoek wordt ingediend niet mag beschikken over voldoende gegevens om een huiszoeking te rechtvaardigen in verband met het vermeende kartel of nog geen huiszoeking mag hebben verricht. Deze voorwaarde is vervuld in de hypothese waarin de Belgische Mededingingsautoriteit reeds over informatie omtrent het kartel beschikt op het ogenblik dat het clementieverzoek wordt ingediend, maar deze informatie niet "voldoende" is om "een huiszoeking te rechtvaardigen" (en er ook nog geen huiszoeking werd verricht). De volledige vrijstelling "type1A" blijkt dus niet alleen van toepassing te kunnen zijn op gevallen waarin de Belgische mededingingsautoriteit niet over informatie omtrent het kartel beschikt. Om misverstanden te vermijden, zou de Raad de titels onder punt III.A. en punt III.B. kunnen laten vallen.

4. In randnummer 20(1)(a) en randnummer 20(3)(e) wordt als een algemene voorwaarde voor het verkrijgen van een clementieverzoek gesteld dat respectievelijk het voornemen een clementieverzoek in te dienen en de inhoud ervan geheim wordt gehouden. De Raad zou kunnen preciseren hoe ondernemingsverenigingen aan deze voorwaarden kunnen voldoen.

Ondernemingsverenigingen kunnen immers in het algemeen zulke beslissing niet nemen zonder de voorafgaande instemming van hun leden.

Ook kan de vraag rijzen of een onderneming (verzoeker) die een clementieverzoek heeft ingediend (of het voornemen heeft een clementieverzoek in te dienen) en – hangende het onderzoek – wordt overgenomen door een andere onderneming, in het kader van de overnamegesprekken en onder de gebruikelijke vertrouwelijkheidsafspraken, hiervan melding kan maken. De Raad zou hierover richtsnoeren kunnen geven.

In dit verband is het ook vreemd dat een voornemen een clementieverzoek in te dienen aan andere mededingingsautoriteiten kan worden meegedeeld, maar niet het feit van het clementieverzoek zelf tot op het ogenblik dat de Auditeur zijn verslag indient. In randnummers 11 d) en 18 wordt echter wel gevraagd om informatie over clementieverzoeken die bij andere mededingingsautoriteiten zijn ingediend mee te delen.