

# Annotatie

## Het *DHL*-arrest: 'Foutje, bedankt!' in een systeem van parallelle clementieregelingen

HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-428/14, DHL Express (Italy) Srl en DHL Global Forwarding (Italy) SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2016:27

Ruben Elkerbout\*

Ondernemingen die vrijwillig hun deelname aan een kartel opbiechten bij de Europese Commissie of bij nationale mededingingsautoriteiten (een nma) krijgen in ruil daarvoor boete-immuniteit of een (wezenlijke) boetereductie. Dit is de kern van een clementieregeling die bijna elke lidstaat in de Europese Unie thans heeft.<sup>1</sup> Een clementieregeling is een duivels slim opsporingsmechanisme, omdat het in *optima forma* de basis legt voor het *prisoner's dilemma* bij de deelnemers aan een kartel. Het doel van een clementieregeling is het creëren van een klimaat van onzekerheid binnen een kartel, teneinde aangifte (zeg maar gerust een *ratrace*) in de richting van het clementiebureau aan te moedigen. Dit type onzekerheid vormt doorgaans een belangrijke extrinsieke drijfveer voor ondernemingen om een beroep te doen op een clementieregeling. Deze stap wordt normaal gesproken echter niet lichtvaardig gezet door ondernemingen.<sup>2</sup> Diverse scenario's worden getekend en gewogen. Daarbij krijgen ondernemingen die deel hebben genomen aan pan-Europese kartels te maken met een ander type onzekerheid, te weten de regulatoire onzekerheid dat in een stelsel van parallelle/cumulatieve vervolgingsbe-

voegdheden op voorhand niet duidelijk is welke nma's (naast de Commissie) daadwerkelijk tot vervolging over kunnen en zullen gaan. Omdat er bovendien geen *one-stop-shop* bestaat voor clementieaanvragen, worden ondernemingen dus gedwongen bij elke nma met potentiële vervolgingsbevoegdheid een dergelijke aanvraag in te dienen. Deze onvoorspelbaarheid en de bijbehorende extra administratieve verplichtingen kunnen de trek in een clementieverzoek verminderen en aldus afbreuk doen aan het succes van clementieregelingen.

Tegen deze achtergrond hebben de Commissie en de nma's hun respectieve clementieregelingen de laatste jaren vormgegeven, aangepast en met elkaar in lijn gebracht. Er is in de boezem van het European Competition Network (ECN) een systeem ontwikkeld op grond waarvan clementieverzoekers, wanneer de Commissie bij uitstek geschikt is om een kartelzaak te onderzoeken, een hoofdverzoek kunnen indienen bij haar, geflankeerd door beknopte verzoeken bij potentieel bevoegde nma's. Dit systeem is neergelegd in het ECN-clementieregelingsmodel van 2006 (het ECN-model), waarover later meer.<sup>3</sup> De hamvraag was tot voor kort wat de precieze juridische status is van het ECN-model en welke precieze relatie een hoofdverzoek bij de Commissie en een beknopt verzoek bij een nma hebben. Op deze vragen en meer geeft het Hof van Justitie antwoord in het *DHL*-

153

\* Mr. R. Elkerbout is advocaat bij Stek te Amsterdam.

1. 26 van de nu nog 28 nma's hebben volgens de laatste stand van zaken een clementieregeling. Voor een lijst van deze nma's wordt verwezen naar <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency\\_programme\\_nca.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf)>.

2. In sommige jurisdicties, zoals in Nederland, kunnen natuurlijke personen eveneens een beroep doen op de clementieregeling. Ik laat dit verder buiten beschouwing.

3. Te vinden op de website van de Commissie, meer specifiek in de sectie over de ECN: <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf)>.

arrest.<sup>4</sup> In deze bijdrage worden het *DHL*-arrest en de implicaties daarvan besproken. Hieronder volgt eerst, bij wijze van verdere inleiding en achtergrond, een beknopte uiteenzetting van het relevante juridische kader en het feitencomplex.

## Juridisch kader

In deze zaak is het relevante juridische raamwerk neergelegd in Verordening (EG) nr. 1/2003,<sup>5</sup> de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (de Mededeling)<sup>6</sup> en het ECN-model. Hierna volgt een beschrijving van de meest relevante bepalingen van deze regelingen.

### Verordening (EG) nr. 1/2003

Artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 regelt de verhouding tussen de artikelen 101 en 102 VWEU en het nationale mededingingsrecht. Het eerste lid verplicht de nma's en rechters tot parallelle toepassing van het nationale mededingingsrecht en de artikelen 101 en 102 VWEU op overeenkomsten, besluiten of gedragingen, indien sprake is van een potentiële beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Hoofdstuk IV regelt de samenwerking tussen de Commissie enerzijds en de nma's en rechters anderzijds. De Commissie en de nma's moeten tezamen een netwerk van overheidsinstanties vormen die de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toepassen, aldus overweging 15. Dit vereiste van nauwe samenwerking is tevens te lezen in artikel 11 lid 1. In artikel 11 leden twee tot en met zes is uitgewerkt hoe deze samenwerking moet worden vormgegeven. Zo bepaalt het vijfde lid dat de nma's de Commissie over elk geval van toepassing van het gemeenschapsrecht kunnen raadplegen. Het zesde lid van artikel 11 gaat nog verder. Dit lid ontnemt de nma's hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, wanneer de Commissie een inbreukprocedure begint.

### De Mededeling

Uit punt 1 van de Mededeling volgt dat de nma's en de Commissie tezamen een netwerk (het ECN) vormen dat een forum is voor discussie en samenwerking met het oog op de handhaving en toepassing van het communautaire mededingingsbeleid. Belangrijk is verder paragraaf 2.3 waarin de positie van ondernemingen aan bod komt. Dit geldt in het bijzonder voor punten 37 tot en met 42 waarin de positie van clementieverzoekers wordt toegelicht. Belangrijk punt daarin is punt 38 dat luidt:

'Bij een gebrek aan een voor de hele Europese Unie geldend systeem van volledig geharmoniseerde clementieregelingen, mag een verzoek aan een bepaalde autoriteit om toepassing van de clementieregeling niet worden beschouwd als een clementieverzoek aan enige andere autoriteit. Het is derhalve in het belang van de aanvrager om een clementieverzoek in te dienen bij alle mededingingsautoriteiten die bevoegd zijn om artikel [101 VWEU] toe te passen op het grondgebied waar de inbreuk van invloed is, en die geschikt kunnen worden bevonden om op te treden tegen de onderhavige inbreuk [...]. Aangezien het tijdstip van het beroep op de regeling van groot belang is bij de meeste bestaande clementieregelingen, dienen de aanvragers ook te overwegen of het dienstig is om aanvragen voor toepassing van de clementieregeling bij alle betrokken autoriteiten gelijktijdig in te dienen. Het is aan de aanvrager om de stappen te nemen die hij nodig acht om zijn positie te beschermen met het oog op mogelijke procedures van deze autoriteiten.'

### Het ECN-model

In 2006 heeft de samenwerking binnen het ECN geleid tot het ECN-model. In 2012 is het ECN-model aangepast.<sup>7</sup> De belangrijkste aanpassingen hadden betrekking op het systeem van beknopte clementieverzoeken. Niet alleen de eerste melders van een kartel dat in meer dan drie lidstaten actief is, kunnen voortaan van dit systeem gebruikmaken (als zij een volledige melding doen bij de Commissie). Ook tweede en volgende melders uit dat kartel kunnen dit systeem gebruiken. Voor het indienen van beknopte clementieverzoeken werd daarnaast een speciaal sjabloon gemaakt. Ook werd de term 'geheim kartel', die het toepassingsbereik van de clementieregelingen bepaalt, verder ingekleurd. Vermeldenswaardig is dat het ECN-model niet is gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie, maar alleen kan worden geraadpleegd in het Engels, Frans of Duits op de website van de Commissie.

Het doel van het ECN-model is om te verzekeren dat potentiële clementieverzoekers niet ontmoedigd worden een clementieaanvraag in te dienen door de discrepanties tussen de bestaande clementieregelingen van de nma's. Daarnaast tracht het ECN-model de administratieve last die wordt geassocieerd met meerdere clementieaanvragen in zaken waar de Commissie het meest geschikt is te verlichten door het introduceren van een model voor uniforme beknopte clementieverzoeken.<sup>8</sup>

De leden van het ECN dienen, binnen de grenzen van hun bevoegdheden, al het mogelijke in het werk te stellen om hun clementieregelingen af te stemmen op de modelclementieregeling. En deze laatste regeling belet een nma niet om een aanpak te kiezen die gunstiger is

4. HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-428/14, *DHL Express (Italy) Srl en DHL Global Forwarding (Italy) SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2016:27.

5. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1.

6. Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PbEU* 2004, C 101.

7. Zie <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf)>.

8. Zie punt 3 van het ECN-model.

voor de ondernemingen die in het kader van haar regeling om clementie verzoeken.<sup>9</sup>

Voor situaties waarin de Commissie ‘bij uitstek geschikt’ is om een zaak te behandelen in de zin van punt 14 van de Mededeling is de mogelijkheid geïntroduceerd om beknopte verzoeken in te dienen bij elke andere ‘geschikte’ nma.<sup>10</sup> De beknopte verzoeken moeten de aard van het vermeende kartel beschrijven en dienen de inlichtingen te bevatten met betrekking tot elk reeds ingediend of nog in te dienen verzoek om clementie ter zake van het vermeende kartel.<sup>11</sup> Wanneer een nma vervolgens verzoekt om bepaalde aanvullende inlichtingen, dan dient de onderneming deze onverwijld binnen de gestelde termijn te verstrekken. De aanvullende inlichtingen worden dan geacht te zijn verstrekt op het tijdstip waarop het beknopte verzoek is ingediend.<sup>12</sup>

## De feiten en de procedure

Het *DHL*-arrest gaat over een clementierace, meer specifiek een race met boete-immuniteit als hoofdprijs, tussen verschillende deelnemers aan het kartel op de markt voor het internationale goederenvervoer. Een aantal betrokken ondernemingen had zowel bij de Europese Commissie als bij de Italiaanse mededingingsautoriteit clementieverzoeken ingediend. Door discrepanties tussen deze verzoeken ontstond een verschil van mening over wie het eerste in rang was. Hierna volgt een korte beschrijving van de gebeurtenissen, eindigend met de prejudiciële vragen die de Consiglio di Stato zich genoodzaakt zag te stellen.

### DHL's verzoek om immuniteit bij de Europese Commissie

Op 5 juni 2007 heeft DHL een clementieverzoek ingediend bij de Commissie voor overtreding van artikel 101 VWEU in de sector van het internationale goederenvervoer. Op 24 september 2007 heeft de Commissie aan DHL voorwaardelijke immuniteit verleend voor deze gehele sector, dat wil zeggen de sector van het internationaal zee-, lucht- en *weg*vervoer van goederen. Op 20 december 2007 heeft DHL aanvullende gegevens verstrekt met betrekking tot inbreukmakende gedragingen op het gebied van het wegvervoer. In juni 2012 heeft de Commissie besloten enkel de kartelpraktijken in de deelsector van het internationale luchtvervoer van goederen te bestraffen.

### DHL's verzoek om immuniteit bij de Italiaanse mededingingsautoriteit

DHL had op 12 juli 2007, vijf weken ná haar clementieverzoek bij de Commissie, van de mogelijkheid gebruikgemaakt om een beknopt verzoek in te dienen bij de Italiaanse mededingingsautoriteit, de Autorità Garante

della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Naar de mening van DHL betrof dit een verzoek dat de gehele markt voor het internationale goederenvervoer omvatte. Volgens de AGCM betrof dit alleen de markt voor het internationale zee- en luchtvervoer van goederen. Circa één jaar later, om precies te zijn op 23 juni 2008, heeft DHL een aanvullend beknopt immunitetsverzoek ingediend ter vervollediging van het eerdere verzoek, zodat ook de markt voor het internationale wegvervoer was gedekt. DHL benadrukte dat de in het aanvullend verzoek opgenomen gedragingen geen afzonderlijke inbreuk vormden die niet door het primaire verzoek waren gedekt, maar enkel als een nieuwe verschijningsvorm moesten worden beschouwd. Concrete en specifieke voorbeelden van gedragingen dus die eerder nog niet waren ontdekt, maar waarop wel al was geanticipeerd.

### Help, een andere clementieverzoeker

Deutsche Bahn AG (DB) had ondertussen ook een clementieverzoek ingediend bij de Commissie, mede namens haar dochteronderneming Schenker Italiana SpA (Schenker). Het hoofdverzoek, dat betrekking had op kartelpraktijken met betrekking tot het internationale zeevervoer, werd gedaan op 5 november 2007, drie maanden ná het verzoek van DHL. Twee weken later, op 19 november 2007, heeft DB vervolgens ter vervollediging inlichtingen verstrekt over kartelpraktijken op het gebied van het internationale goederenvervoer via de weg. Bovendien werd op 12 december 2007 een beknopt clementieverzoek ingediend bij de AGCM.

Daarbij meldde zich op 20 november 2007 nog een partij, Agility Logistics Srl (Agility), bij de Commissie met het verzoek om vermindering van een eventueel op te leggen geldboete. Ook dit beknopte verzoek had betrekking op schendingen op het gebied van wegvervoer.

### De procedure in Italië

De AGCM heeft bij besluit van 15 juni 2011 geoordeeld dat verschillende ondernemingen, waaronder DHL, Schenker en Agility, in strijd met artikel 101 VWEU hadden deelgenomen aan een kartel in de sector van het internationale goederenvervoer *over de weg* van en naar Italië. De AGCM beschouwde Schenker als de eerste onderneming die op nationaal niveau had verzocht om immuniteit voor de afspraken gemaakt in de betreffende sector. Er werd dan ook geen geldboete opgelegd aan deze onderneming. Aan DHL en Agility werden wel boetes opgelegd, met respectievelijk 49 procent en 50 procent boetevermindering. De AGCM benadrukte dat DHL op 12 juli 2007 enkel had verzocht om immuniteit met betrekking tot schendingen in de sector van het lucht- en zeevervoer, en dat pas op 23 juni 2008 het wegvervoer werd gedekt door het clementieverzoek. DHL heeft vervolgens bij de regionale bestuursrechter te Lazio beroep ingesteld tot nietigverklaring van het bestreden besluit. Volgens DHL had het beknopte verzoek, volgens de beginselen van het Unierecht, beoordeeld moeten worden in het licht van het hoofdverzoek ingediend bij de Commissie, waardoor zij de eerste

9. Punt 3 van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking.

10. Zie punt 7 van de toelichting op het ECN-model.

11. Punt 22.

12. Punt 24.

plaats toegekend had moeten krijgen en dus ook boete-immuniteit. De bestuursrechter wees het beroep van DHL af onder verwijzing naar het beginsel van de autonomie en de onafhankelijkheid van de verschillende clementieregelingen. DHL heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato. Zij voerde aan dat deze beslissing in strijd is met de beginselen van de Mededeling en het ECN-model, die volgens DHL dwingend zouden zijn voor de AGCM. De Consiglio di Stato heeft daarop de behandeling van de zaak geschorst en de volgende – zakelijk weergegeven – prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie: Dienen artikel 101 VWEU, artikel 4 lid 3 VEU en artikel 11 van Verordening (EG) nr. 1/2003 zo te worden uitgelegd dat:

1. het ECN-clementieregelingsmodel van 2006 bindend is voor de nma's van de lidstaten?
2. er een dermate nauwe juridische band bestaat tussen verzoek om immuniteit dat een onderneming heeft ingediend bij de Commissie en het beknopt verzoek om immuniteit bij een nma, dat deze nma gehouden is:
  - a. het beknopt verzoek te beoordelen in het licht van het immuniteitsverzoek; en
  - b. in het geval het beknopte verzoek een beperkter materieel voorwerp heeft dan het bij de Commissie ingediende immuniteitsverzoek, contact op te nemen met de Commissie of met de onderneming zelf teneinde vast te stellen of deze onderneming concrete voorbeelden heeft gevonden van onrechtmatige gedragingen in de sector waarop beweerdelijk wel het immuniteitsverzoek, maar niet het beknopte verzoek betrekking heeft?
3. zij zich er niet tegen verzetten dat een nma in omstandigheden als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, een beknopt immuniteitsverzoek aanvaardt van een onderneming die de Commissie om boetevermindering, maar niet om volledige boete-immuniteit heeft verzocht?

## Het DHL-arrest

Het Hof van Justitie komt meteen ter zake en begint met de beantwoording van de vragen die door de Consiglio di Stato zijn gesteld.

### De eerste vraag

Het Hof van Justitie verwijst bij de beantwoording van de eerste vraag naar vaste rechtspraak.<sup>13</sup> Meer specifiek naar het *Pfleiderer*-arrest,<sup>14</sup> waarin het Hof van Justitie al eerder had geoordeeld dat noch de Mededeling noch de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken bindend is voor de lidstaten, alsook naar het

13. *DHL*, punten 29-44.

14. HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, punt 21.

*Kone*-arrest,<sup>15</sup> waarin het Hof van Justitie reeds had geoordeeld dat de clementieregeling van de Commissie de lidstaten niet bindt. Het Hof van Justitie trekt deze lijn door en stelt dat die vaststelling tevens geldt voor het ECN-model.<sup>16</sup> Het Hof van Justitie komt dusdoende vrij eenvoudig tot de conclusie dat het ECN-model niet bindend is voor de nma's.

### De tweede vraag

De tweede vraag bestaat uit twee delen. Het Hof van Justitie redeneert bij de beantwoording van het eerste deel van de tweede vraag (2a) dat, overeenkomstig punt 38 van de Mededeling, een aan een bepaalde autoriteit gericht clementieverzoek, bij gebreke van een volledig geharmoniseerd clementiestelsel dat in de gehele Unie geldt, niet mag worden beschouwd als een clementieverzoek aan enige andere mededingingsautoriteit.<sup>17</sup> Het Hof van Justitie stelt dat de autonomie van clementieregelingen, voortvloeiend uit Verordening (EG) nr. 1/2003, noodzakelijkerwijs ook moet slaan op de verschillende immuniteitsverzoeken die bij de Commissie en de nma's worden ingediend, aangezien zij integraal deel uitmaken van deze regelingen.<sup>18</sup> Het Hof van Justitie geeft aan dat de autonomie van deze verzoeken rechtstreeks voortvloeit uit het feit dat er op het niveau van de Unie niet één enkele regeling bestaat op grond waarvan ondernemingen die aan een met artikel 101 VWEU strijdig kartel hebben deelgenomen, zichzelf kunnen aangeven.<sup>19</sup> Het Hof van Justitie continueert dat indien zou worden aanvaard dat tussen het bij de Commissie ingediende immuniteitsverzoek en het bij de nma's ingediende beknopte verzoek een juridische band bestaat die deze autoriteiten ertoe zou verplichten om het laatstbedoelde verzoek te beoordelen in het licht van het immuniteitsverzoek, zou worden afgedaan aan de autonomie van de verschillende verzoeken en derhalve aan de ratio van het stelsel van de beknopte verzoeken. Dit stelsel is immers gesteund op het beginsel dat er op het niveau van de Unie niet één enkel verzoek om clementie bestaat, noch een 'hoofdverzoek' dat samen met 'accessoires verzoeken' wordt ingediend, maar dat immuniteitsverzoeken worden ingediend bij de Commissie en beknopte verzoeken bij de nma's en dat de beoordeling van deze verzoeken enkel toekomt aan de autoriteit waarbij zij zijn ingediend.<sup>20</sup> Het Hof van Justitie concludeert dat er dan ook geen enkele bepaling in het Unierecht op het gebied van kartels bestaat die de nma ertoe verplicht om een beknopt verzoek uit te leggen in het licht van een bij de Commissie ingediend immuniteitsverzoek, ongeacht of dit beknopte verzoek een getrouwe afspiegeling vormt van de inhoud van het bij de Commissie ingediende verzoek.<sup>21</sup>

15. HvJ EU 5 juni 2014, zaak C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, punt 36.

16. *DHL*, punt 42.

17. *DHL*, punt 55.

18. *DHL*, punt 60.

19. *DHL*, punt 60.

20. *DHL*, punt 61.

21. *DHL*, punt 62.

Voor wat betreft het tweede deel van vraag (2b) gaat het Hof van Justitie met het oordeel van advocaat-generaal Wathelet mee dat een verplichting van de nma om contact op te nemen met de Commissie of met de onderneming die het beknopte verzoek heeft ingediend indien het bij haar ingediende verzoek beperkter zou zijn, het gevaar zou inhouden dat de plicht van clementieverzoekers tot medewerking wordt afgezwakt. Ook het tweede deel van de tweede vraag moet ontkennend worden beantwoord.

### De derde vraag

De derde vraag van de verwijzende rechter vloeit voort uit het feit dat pas sinds 2012 uit het ECN-model blijkt dat een onderneming die niet als eerste bij de Commissie een verzoek om immuniteit heeft ingediend en dus slechts een verzoek om boetevermindering, toch bij een nma een beknopt immuniteitsverzoek kan indienen. Het Hof van Justitie herhaalt zijn standpunt dat het ECN-model niet bindend is voor de nma's.<sup>22</sup> Het onderstreept verder dat een nationale clementieregeling die toestaat dat een beknopt immuniteitsverzoek kan worden ingediend door een onderneming die geen verzoek om volledige immuniteit bij de Commissie heeft ingediend, strookt met de doelstelling en geest van het stelsel om de indiening van clementieverzoeken aan te moedigen.<sup>23</sup> Derhalve kan de derde vraag dan ook bevestigend worden beantwoord.

## Commentaar

Dit arrest heeft wat mij betreft een weinig verrassende uitkomst. Het is een beetje het arrest die je wist dat zou komen.<sup>24</sup> De casus heeft zelfs veel weg van een modelcasus in een tentamen mededingingsrecht waarbij de examinerator bij elke vraag goed kan beoordelen of de student de juiste stapjes neemt in zijn of haar analyse van het probleem. Het arrest is ook het schoolvoorbeeld van de consequenties van een gebrek aan duidelijke hiërarchie in de publieke handhaving van kartels in Europa en het gemis aan een juridische verbinding tussen een bij de Commissie ingediend hoofdclementieverzoek en een bij een nma ingediend beknopt clementieverzoek. De antwoorden op de vragen van de Consiglio di Stato leggen stapsgewijs het problematische karakter bloot van het huidige clementiesysteem, dat wordt gekenmerkt door een gebrek aan minimale harmonisatie in Europa. Elke vraag en het daarop gegeven antwoord laat zien dat dit systeem zijn langste tijd heeft gehad, althans verbeterd of gerepareerd moet worden.

Met betrekking tot de eerste vraag komt het Hof van Justitie, zoals aangegeven, vrij eenvoudig tot de conclusie dat het ECN-model niet bindend is voor de nma's. Deze bevinding sluit naadloos aan bij de bevindingen

van het Hof van Justitie in het hiervoor genoemde *Pfleiderer*-arrest. DHL had nog geprobeerd dit arrest te spinnen door te wijzen op het feit dat het alleen betrekking heeft op nationale rechterlijke instanties, en niet op nma's, maar die vlieger gaat om evidente redenen niet op. Zo wijst het Hof van Justitie in navolging van de advocaat-generaal fijntjes op het feit dat lidstaten, overeenkomstig artikel 35 lid 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003, nationale rechterlijke instanties kunnen aanwijzen als nma's. Verder meent het Hof van Justitie dat het feit dat lidstaten zich formeel hebben verbonden tot naleving van de beginselen in de Mededeling niets verandert aan de juridische waarde van de Mededeling en het ECN-model. Het ECN blijft slechts een forum voor discussie en samenwerking en het ECN-model louter een model of voorbeeld dat nma's moet aansporen te komen tot een vrijwillige afstemming van clementieregelingen.

Dit betekent dat, bij gebreke aan andere harmoniserende regelingen, elke nma een clementieaanvraag, niettegenstaande de Mededeling en het ECN-model dat wellicht is geïmplementeerd, in principe op basis van haar eigen, nationale procedure, dient te beoordelen. De procedurele autonomie van een nma is niet beperkt, behalve wanneer die in strijd is met Europese wet- en regelgeving, in het bijzonder artikel 101 VWEU of wanneer die regeling en toepassing daarvan een effectieve toepassing van het Europese recht schaadt.

De in de inleiding besproken onzekerheid voor ondernemingen en de onvoorspelbaarheid van de handhaving die volgt uit het stelsel van parallelle/cumulatieve vervolgingsbevoegdheden in de EU neemt hierdoor niet af, maar toe. De *one-stop-shop*-functie van de Commissie, voor zover die al bestond, wordt verder uitgehouden.

Ook in *Pfleiderer*, waar het ging om toegang tot clementieverklaringen in de privaatrechtelijke handhaving van het kartelverbod, was de procedurele autonomie van lidstaten (in casu van rechters) problematisch. De uitkomst van dat arrest was dat rechters van de lidstaten op basis van hun nationale recht mochten bepalen onder welke voorwaarden toegang tot clementieverzoeken moest worden toegestaan of geweigerd. Die onduidelijkheid en onzekerheid kon de doeltreffendheid van clementieregelingen aantasten met als gevolg dat de Europese wetgever Richtlijn 2014/104/EU heeft aangenomen.<sup>25</sup>

Met betrekking tot de tweede vraag oordeelt het Hof van Justitie eerst dat er niet een dusdanige nauwe juridische connectie bestaat tussen een bij de Commissie

22. DHL, punt 77.

23. DHL, punt 81.

24. Vrij naar het Koningslied. Zie <[www.hetofficielekoningslied.nl/koningslied-meezingen.html](http://www.hetofficielekoningslied.nl/koningslied-meezingen.html)>.

25. De richtlijn beoogt de clementieregelingen in de EU te beschermen door lidstaten op te dragen ervoor te zorgen dat nationale rechterlijke instanties met het oog op schadevorderingen op geen enkel moment een partij of een derde kunnen opdragen toegang te verlenen tot clementieverklaringen (en schikkingsverklaringen). Daarmee worden de nadelige effecten van het arrest van het Hof van Justitie in *Pfleiderer* zo veel mogelijk ongedaan gemaakt. Zie hierover bijvoorbeeld M. Kuiper en F. Leeftang, 'De richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht – gevolgen voor de praktijk', *MP* 2015-3, p. 29. In Nederland is recent het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht aangeboden aan de Tweede Kamer. Het betreft *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 2.

ingediend clementieverzoek en een beknopt verzoek om immuniteit bij een nma, dat deze nma *gehouden* is het beknopte verzoek te beoordelen in het licht van het bij de Commissie ingediende immuniteitsverzoek. Daarna oordeelt het Hof van Justitie dat er geen communicatieverplichting bestaat voor een nma richting de Commissie. Dit zou het gevaar inhouden dat de plicht van clementieverzoekers tot medewerking wordt afgezwakt.

Hoewel ik de uitkomst best begrijp, vind ik dit in de eerste plaats toch een summier gemotiveerd oordeel. Het Hof van Justitie komt niet veel verder dan het oordeel in punt 61 dat het aanvaarden van een juridische band tussen een clementieverzoek bij de Commissie en een beknopt verzoek – die de autoriteiten zou verplichten het beknopte verzoek te beoordelen in het licht van het immuniteitsverzoek bij de Commissie – afdoet aan de autonomie van de verschillende verzoeken en aan de ratio van het stelsel van de beknopte verzoeken. Met name tegen de laatste overweging is wel iets in te brengen. Het is op zich een goede prejudiciële vraag, zoals ook volgt uit het feit dat het Hof van Justitie ten gronde niet verwijst naar eerdere rechtspraak, omdat de geest van het huidige clementiesysteem duidelijk een zekere convergentie nastreeft. Het aanvaarden van een juridische band tussen een beknopt verzoek en een verzoek bij de Commissie doet daarom geen afbreuk aan de ratio van het stelsel van de beknopte verzoeken, maar erkent juist de opzet en insteek van het systeem. Enkele aspecten zijn immers wel degelijk minimaal geharmoniseerd door toedoen van het ECN-model, zij het via *soft law*. Het beknopte verzoek bij een nma is gekoppeld aan een hoofverzoek bij de Commissie of, anders gezegd, een clementieverzoek bij de Commissie is de *condicio sine qua non* voor een beknopt verzoek bij een nma. Beknopte verzoeken moeten ook een identieke materiële reikwijdte hebben als het verzoek bij de Commissie. Misschien mag men het zo niet noemen, maar in praktische zin zijn die beknopte verzoeken accessoir en is sprake van een duidelijke connectie tussen de clementieverzoeken. Dat is nu juist de insteek van het systeem met beknopte verzoeken, zoals opgetuigd in het ECN-model. Daarnaast worden beknopte verzoeken beschouwd als clementieverzoeken in de zin van punt 41 sub 1 van de Mededeling, waarin is geregeld dat een autoriteit geen toestemming nodig heeft van een clementieverzoeker om informatie over te dragen aan een andere autoriteit, indien de ontvangende autoriteit ook een clementieaanvraag *voor dezelfde inbreuk* van dezelfde aanvrager heeft ontvangen als de toezendende autoriteit. Hoe dan ook, wanneer het Hof van Justitie A zegt (door te concluderen dat het ECN-model niet bindend is), dan is het niet vreemd dat het ook B zegt. Het tegenovergestelde oordeel zou betekenen dat het Hof van Justitie een zekere hiërarchie in het leven zou roepen die *op papier* duidelijk verder zou gaan dan wat de Commissie en de nma's hebben afgesproken. Dit zou de procedurele autonomie van de nma's inderdaad beperken, alhoewel twijfelachtig is of een nma daartegen zou protesteren. In ieder geval zouden nma's dan bij mogelijke inconsistentie in een beknopt clementieverzoek contact

op moeten nemen met de Commissie (of misschien wel met andere nma's). In de praktijk vindt er naar ik begrijp echter al behoorlijk veel communicatie plaats tussen de leden van de ECN, onder meer over de allocatie van kartelzaken, zodat de vraag gesteld kan worden hoe problematisch een dergelijke communicatieverplichting zou zijn. Als clementieverzoeker, in dit geval DHL, verwacht je dat er een oprechte samenwerking tussen jou en de betreffende nma ontstaat. Daarin lijkt het mij niet meer dan normaal dat eventuele inconsistenties worden aangekaart.

Het gebrek aan hiërarchie in en juridische connectie tussen hoofdverzoek bij de Commissie en flankerend beknopt verzoek wordt eens te meer duidelijk in het antwoord op vraag 3. Het Hof van Justitie overweegt dat het mogelijk moet zijn dat een kartellist de eerste in de clementierang kan zijn bij een nma op basis van een beknopt immuniteitsverzoek, terwijl deze niet in aanmerking komt voor immuniteit op grond van het clementieprogramma van de Commissie.

## Conclusie

De bevindingen van het Hof van Justitie in het *DHL*-arrest tonen de tekortkomingen van het huidige clementiesysteem in de EU. Het gebrek aan hiërarchie en juridische verbinding tussen clementieverzoeken aangaande hetzelfde kartel zorgen ervoor dat ondernemingen het zekere voor het onzekere moeten nemen door bij elke mogelijk bevoegde nma een clementieaanvraag in te dienen. Ondernemingen moeten daarbij grote zorg betrachten. Een klein foutje en relatief kleine inconsistenties tussen verschillende clementieaanvragen kunnen, zo blijkt eens te meer uit het *DHL*-arrest, grote gevolgen hebben. Dit verzwakt de attractiviteit van de clementieregelingen, althans op papier.<sup>26</sup> Immers, het indienen van dergelijke multi-jurisdictionele clementieaanvragen vraagt een behoorlijke coördinatie en vergaande administratieve inspanningen. Inherent aan dit proces zijn ook de hoge kosten. Na het *DHL*-arrest zullen ondernemingen en hun advocaten nog zekerder van hun zaak willen zijn, aangezien zij niet kunnen vertrouwen op het hoofdverzoek en elke, op het oog onbeduidende inconsistentie in een beknopt verzoek kan leiden tot een nadelige positie in de clementierangen. Hoewel een systeem van diverse clementieaanvragen de detectie en vervolging van kartels kan bevorderen, zal een waarschijnlijk gevolg van dit arrest zijn dat ondernemingen minder geneigd zullen zijn om snel een beroep te doen op de clementieregeling van de Commissie, althans daar beter/anders over zullen nadenken. Ondernemingen

26. De attractiviteit van clementieregelingen staat ook onder druk als gevolg van andere ontwikkelingen, waaronder een toename van het aantal *follow-on* kartelschadezaken in diverse lidstaten, waaronder Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Zie over deze en andere relevante ontwikkelingen het bijzonder lezenswaardige artikel van C. Swaak en R. Wesseling, 'Reconsidering the leniency option: if not first in, good reasons to stay out', *ECLR* 2015, vol. 36, nr. 8, p. 346.

zullen waarschijnlijk meer tijd nemen om gelijktijdig alle clementieverzoeken in te dienen die men nodig acht. Dat is verre van ideaal in een systeem dat prikkelt tot snelle besluitvorming. Complicerende factor in dit proces is bovendien dat de beslissing van een onderneming om te kiezen voor een beroep op de clementieregeling vaak in een vroeg stadium moet worden genomen en is gebaseerd op een onvolledig beeld van de precieze omvang van een kartel. Incomplete informatie maakt de keuze voor een clementieverzoek niet makkelijker. Ook op dit vlak kan het *DHL*-arrest zorgen voor een *chilling effect*.

Het doel van clementieregelingen is om opsporing te vergemakkelijken en daardoor bovendien de deelname aan kartels te ontmoedigen of sneller te kunnen beëindigen. Opsporing is geen sinecure voor autoriteiten zonder een groot politieapparaat. Ter illustratie: er zijn meer dan 25 miljoen bedrijven in de EU, terwijl er maar 250 Commissieambtenaren werken aan antitrustzaken.<sup>27</sup> Het clementiebeleid is een belangrijke katalysator geweest in de toegenomen handhaving van het kartelverbod sinds de jaren negentig van de vorige eeuw. Veruit de meeste kartels die de laatste jaren in de EU zijn beboet, kwamen aan het licht door een clementieaanvraag. Vanuit het perspectief van de Commissie en de nma's zijn er dus goede redenen om het clementiesysteem te beschermen.

Het *DHL*-arrest creëert momentum. In het systeem van parallelle handhavingsbevoegdheden, zoals gecreëerd door Verordening (EG) nr. 1/2003, zorgt het hebben van een lappendeken aan nationale clementieregelingen voor juridische uitdagingen en onzekerheden. Het is tijd voor een in meer of mindere mate gecentraliseerd Europees clementieprogramma. De Commissie (DG Comp) is bezig met een onderzoek naar het verbeteren van een doeltreffende handhaving van de EU-mededingingsregels door de nma's.<sup>28</sup> In november 2015 is de Commissie een publieke raadpleging gestart waarbij zij onder meer nma's heeft uitgenodigd om vragenlijsten in te vullen. De Commissie wil onder meer graag horen hoe zij ervoor kan zorgen dat de nma's clementieregelingen hebben die in heel Europa doeltreffend werkend. In mei van dit jaar zijn de antwoorden op de vragenlijsten van de Commissie gepubliceerd.<sup>29</sup> Het is niet onwaarschijnlijk dat de Commissie van plan is om met initiatieven te komen in de nabije toekomst, zodat de clementieregeling ook in de komende jaren een cruciaal instrument blijft in de strijd tegen kartels.

27. Zie de speech van Eurocommissaris Vestager op 1 februari 2016 tijdens het elfde jaarlijkse congres van The Global Competition Law Centre in Brussel: <[http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/setting-priorities-antitrust\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/setting-priorities-antitrust_en)>.

28. Zie <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html)> voor meer informatie over deze consultatie.

29. Zie <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html)>.