
Choline Chloride

Besluit Commissie van 9 december 2004, zaak COMP/E-2/37.533 – Choline Chloride
(m.nt mr P.J. Kreijger)¹

Het besluit

Op 9 december 2004 nam de Commissie het besluit een aantal ondernemingen, waaronder Akzo Nobel N.V., BASF en UCB, boetes op te leggen voor inbreuken op art. 81, lid 1, EG. Het betrof een klassiek kartel met betrekking tot choline chloride (vitamine B4) dat overwegend als voedingssupplement voor dieren wordt gebruikt. De inbreuken betroffen de jaren 1992-1998, tijdens welke de beboete ondernemingen onder andere prijsafspraken, klantenverdeling en informatie-uitwisseling overeenkwamen. De inbreuken speelden zich, aldus de Commissie, af op twee niveaus. In de eerste jaren, van 1992 tot 1994, werden afspraken gemaakt op internationaal niveau, waaraan ook een aantal Canadese en Amerikaanse ondernemingen deelnam (bij aanvang van de inbreuken werd choline chloride voornamelijk door Europese en Noord-Amerikaanse ondernemingen geproduceerd). In dit verband werden wereldwijde afspraken gemaakt omtrent prijzen en marktverdeling. Ook werden afspraken gemaakt met als doel het controleren van het prijsniveau van zogenoemde 'converters', ondernemingen die vloeibare choline chloride inkopen, deze verwerken in een drager en doorverkopen en aldus met producenten concurreren. Uit deze afspraken vloeide in het bijzonder voort dat de Noord-Amerikaanse producenten niet naar de Europese markt zouden exporteren en vice versa. De Commissie stelt voorts vast dat in ieder geval vanaf 14 maart 1994 afspraken op Europees niveau werden gemaakt door de Europese producenten met betrekking tot de markten in de EU. In afzonderlijke vergaderingen, die werden gehouden tot oktober 1998, werden naast prijsafspraken ook specifieke klanten verdeeld en de controle van distributeurs en converters gecoördineerd.

De inbreuken kwamen aan het licht toen de Canadese producent Chinook eind 1998 contact zocht met de Commissie, waarbij overigens uitdrukkelijk geen clementieaanvraag werd gedaan. Op dat moment zag de Commissie kennelijk geen aanleiding een onderzoek te openen. Een aantal maanden nadien deed de Amerikaanse producent Bioproducts Inc. wel een clementieverzoek. De Commissie stelt vervolgens gedurende een aantal jaar verschillende malen schriftelijke vragen aan BASF, Chinook, Akzo, UCB en Alcoa, waarna uiteindelijk op 22 mei 2003 punten van bezwaar worden uitgebracht. De procedure mondt uit in de hier te bespreken beschikking ten aanzien van de betrokken Europese ondernemingen. De inbreuken zijn ten aanzien van de Noord-Amerikaanse producenten verjaard. De laatste vergadering waarbij

¹ Paul Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

zij betrokken waren vond plaats in de periode 14-20 april 1994, meer dan vijf jaar voor de Commissie op 26 mei 1999 actie ondernam na de eerste clementieaanvraag, die van producent Bioproducts.

Aldus resteren de Europese ondernemingen. Hun wordt deelname aan een voortdurende inbreuk vanaf 1992 verweten, ook al zijn eerst in 1994 specifiek voor de Europese markt door hen onderling afspraken gemaakt. Bij de boetebepaling speelt naast de duur van bijna zes jaar en de zwaarst mogelijke kwalificatie van de inbreuken onder meer het wereldwijd marktaandeel van de betrokken ondernemingen een rol. Gelet op het wereldwijde karakter van de inbreuken acht de Commissie het passend om ook hun wereldwijd marktaandeel mee te wegen, en bij het bepalen van het afschrikwekkend karakter van de boete komt opnieuw hun omvang als criterium aan de orde. Als verzwarende omstandigheid voert de Commissie onder meer de recidive van BASF aan; deze onderneming was reeds eerder voorwerp van boetebeschikkingen in 1969 en 1994, zij het dat deze op andere sectoren betrekking hadden. Verzachtende omstandigheden worden door de Commissie nauwelijks erkend. De introductie, door BASF, van een complianceprogramma en disciplinaire maatregelen tegen betrokken werknemers worden door de Commissie toegejuicht, maar doen aan de geconstateerde inbreuk niet af. Medewerking aan het onderzoek levert UCB een korting op, welke correspondeert met de verhoging die het gevolg is van het feit dat zij de Commissie erop wees dat de inbreuken langer duurden dan aanvankelijk gedacht. Medewerking aan het onderzoek en niet-betwisting van de feiten levert BASF, Akzo en UCB nog eens boetereducties op van 30% respectievelijk 20% (UCB). Akzo, BASF en UCB hebben inmiddels beroep ingesteld van de beschikking.²

Commentaar

Ofschoon deze zaak een van de inmiddels vele 'klassieke' kartelzaken in de chemische industrie lijkt te betreffen, is deze indruk bij nadere bestudering niet zonder meer terecht. Zo verdient met name de toerekening van de inbreuken van de verschillende rechtspersonen binnen het Akzo-concern aan moeder Akzo Nobel NV nadere aandacht. De Commissie gaat hierbij een belangrijke stap verder dan de rechtspraak en beschikkingenpraktijk tot dusver bij deze toerekening.

Toerekening van inbreuken van dochters aan moeders is op zichzelf niets nieuws en in de rechtspraak en beschikkingenpraktijk herhaaldelijk aanvaard. De stand van zaken – althans tot aan de choline-chloride-beschikking – kan als volgt worden samengevat. Uitgangspunt is de primaire verantwoordelijkheid van de onderneming die de inbreuk feitelijk begaat. Het Hof van Justitie herhaalde in het arrest *Stora*

dat dit niet uitsluit dat het gedrag van deze onderneming aan haar moederonderneming kan worden toegerekend, met name waarin de dochter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt maar in hoofdzaak de instructies van de moeder volgt. Wanneer de moeder 100% in het aandelenkapitaal in de dochter bezit, rechtvaardigt dit het vermoeden van een dergelijk gebrek aan autonomie en mag tegenbewijs verlangd worden van de betrokken ondernemingen ter ontzenuwing van dit vermoeden. In de zaak *Stora* constateerde het Hof evenwel dat dit tegenbewijs ontbrak. *Stora* had niet betwist doorslaggevende invloed op haar dochter uit te kunnen oefenen, en had evenmin aannemelijk gemaakt dat deze een eigen koers voer in de praktijk. Het Hof oordeelde voorts dat het Gerecht terecht van het vermoeden van doorslaggevende invloed was uitgegaan op grond van het feit dat *Stora* gedurende de administratieve procedure als enige namens haar dochter met de Commissie onderhandeld heeft.³ Autonomie van de dochter is derhalve het kerncriterium bij toerekening; 100% aandeelhouderschap van de moeder rechtvaardigt het vermoeden van beslissende invloed van de moeder, maar ook dan zijn bijkomende omstandigheden vereist en is tegenbewijs mogelijk. Samenvattend is steeds de eis gesteld dat de moeder in staat is beslissende invloed over de dochter uit te oefenen, en dit ook in het geval van de gewraakte inbreuken gedaan heeft.

Hoe komt de Commissie in de choline-chloride-beschikking nu tot toerekening aan Akzo Nobel NV? Deze vennootschap vormde, aldus de Commissie, een economische eenheid met de andere, feitelijk betrokken, vennootschappen aan wie de beschikking is geadresseerd. Vervolgens stelt de Commissie dat deze conclusie slechts dan anders kan luiden, wanneer de betrokken dochterondernemingen een autonoom commercieel beleid konden voeren en dit ook daadwerkelijk deden. Dit is evenwel niet het geval (randnr. 172 van de beschikking):

'Akzo Nobel N.V. is not simply an investment vehicle which serves merely to invest capital in companies whose commercial operations it then leaves to those companies, withdrawing capital as soon as it considers that an investment in other companies, possibly not belonging to the Akzo Nobel group, would provide a better return.'

Uit opmerkingen van Akzo leidt de Commissie vervolgens het tegendeel af:

'As Akzo Nobel itself describes the functions of Akzo Nobel NV, this legal entity serves as "the corporate centre" of the Akzo Nobel group of companies. This legal centre, again in the words of Akzo Nobel, "coordinates the main activities with regard to the general strategy of the group, finances, legal affairs and human resources". Through these functions, Akzo Nobel N.V. was able to exercise decisive influence over the commercial policy of its group subsidiaries, all of which were directly or indirectly 100 % owned by Akzo Nobel N.V., and, it may be assumed, in fact did so. Akzo Nobel N.V. has

² Zaak T-101/05 (BASF), *Pb. EG* 2005, C 115, p. 28; zaak T-111/05 (UCB), *Pb. EG* 2005, C 115, p. 113; zaak T-175/05 (Akzo), *Pb. EG* 2005, C 171, p. 32.

³ HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-9925.

provided no evidence to refute this assumption and has, in fact, confirmed that Akzo Nobel N.V. does in practice exercise decisive influence over the most important commercial decisions for the entire group of Akzo Nobel companies.'

Eenvoudige toepassing van het Stora-criterium? Op het eerste gezicht wellicht wel: uitgaande van het vermoeden dat uit het 100% aandeelhouderschap voortvloeit, beziet de Commissie de bijkomende aanwijzingen, die in dit geval gevonden worden door de functie van 'corporate centre', alsmede het bestaan van zogeheten 'Authority Schedules', waarvan de inhoud niet in de openbare versie van de beschikking is opgenomen, maar waarin vermoedelijk bepalingen zijn te vinden die de handelingsvrijheid van de dochters in een zekere mate inperken. Is deze redenering, in het licht van *Stora*, overtuigend? Ik betwijfel het.

Om te beginnen valt de hiervoor als eerste geciteerde overweging van de Commissie op. Kennelijk heeft de Commissie hier het oog op *private-equity*-ondernemingen, die niet actief zijn op de markt waarop de onderneming actief is wier aandelen zij houden. Daarbij is overigens op te merken dat ook dergelijke ondernemingen in de regel, juist ter bewaking van hun investeringen, een – soms stevige – vinger in de pap willen hebben bij het ondernemingsbeleid. Interessant is de impliciete opvatting dat zodra een 100% aandeelhouder in het geheel geen bemoeienis heeft met het commercieel beleid van de dochters, het vermoeden dat in de *Stora*-rechtspraak toerekening in beginsel rechtvaardigt, niet zonder meer aan de orde is. Mogelijk aanvaardt de Commissie dus een uitzondering. De vraag is wel of dit in de praktijk veel zal uitmaken, nu de potentiële escape die de Commissie hier lijkt te formuleren in de regel alleen van toepassing zal zijn op de investering van een (kleine) aandeelhouder in een beursgenoteerde vennootschap.

Wat hiervan zij, duidelijk is dat Akzo Nobel N.V. niet een dermate afstandelijke belegger is, zodat moest worden beoordeeld of bijkomende omstandigheden toerekening rechtvaardigden. De bijkomende omstandigheden die de Commissie relevant acht bestaan goed beschouwd uit aspecten van het *algemeen* functioneren van Akzo Nobel N.V. ten opzichte van haar dochters. De centrale rol die Akzo mogelijk (de beschikking geeft niet aan in hoeverre er op dit punt gedebatteerd is tussen Akzo en de Commissie) in algemene zin inneemt bij, onder meer, het personeelsbeleid, de financiering en de juridische ondersteuning van de groep rechtvaardigt op voorhand evenwel nog niet het vermoeden dat dit doorslaggevend zou moeten zijn bij de toerekening van *concrete* inbreuken. De opmerking van Akzo Nobel N.V. dat zij als holding een rol heeft bij het bepalen van de 'general strategy' van de gehele 'group' (die zich, zoals genoegzaam bekend, met zeer veel meer dan alleen vitamine B4 bezighoudt) kan bepaald niet worden uitgelegd als een erkenning dat zij haar dochters tot op detailniveau (commerciële voorwaarden met betrekking tot een specifiek product) feitelijk controleert of instrueert, of op de hoogte moet zijn geweest van de concrete inbreuken. In eerdere, recente, beschikkingen heeft de Commissie dit

aspect duidelijk meegewogen. In de *Interbrew*-beschikking bijvoorbeeld, oordeelde de Commissie toerekening van de inbreuk door brouwerij Alken-Maes aan moederonderneming Danone niet gepast, nu alleen Alken-Maes bij de inbreuken betrokken was en iedere operationele betrokkenheid van de moeder ontbrak.⁴ Daarbij verwijst de Commissie naar de uitspraak van het Gerecht van Eerste aanleg in de zaak KNP-BT, waarin het Gerecht aansprakelijkheid van (100%) moeder KNP-BT wél aanvaardde, nu zij via een lid van haar raad van bestuur actief betrokken was bij de mededingingsversturende gedragingen van de dochter.⁵ In de beschikking *Industriële buizen* werd holdingmaatschappij SMI niet aangesproken, nu de Commissie operationele betrokkenheid of zelfs bewustheid van SMI ten aanzien van de inbreuken niet kon aantonen en SMI het commercieel beleid van haar dochters niet bepaalde of haar instructies had gegeven.⁶ Ook in de zaak *Raw Tobacco Spain* bevestigde de Commissie het criterium van operationele betrokkenheid. Het dossier bevatte geen bewijs van operationele betrokkenheid van de moederonderneming bij de inbreuken. Ten aanzien van deze inbreuken vormde de moederonderneming geen economische eenheid met de betrokken dochteronderneming, aldus de Commissie. Daarbij is wel van belang dat het belang van de moeder 'eminently financial' leek, minder dan 100% bedroeg en alle in deze zaak relevante ondernemingsactiviteiten binnen de dochter waren geconcentreerd.⁷ Nu is het zo dat de tweede stap in de redenering, de daadwerkelijke betrokkenheid, in verschillende gevallen zeer eenvoudig en snel werd gezet; de betrokkenheid van de moeder bij het verweer van de dochter in de procedure voor de Commissie (of, bijvoorbeeld, aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de moederonderneming of een concernjurist bij de verificaties), dus nadat de gewraakte inbreuken waren begaan, werd al voldoende geacht. Niettemin is tegen deze achtergrond de koers die de Commissie ten aanzien van Akzo Nobel N.V. inslaat een opmerkelijke. Ook in de cholinechloride-beschikking beziet de Commissie of Akzo Nobel N.V. een economische eenheid met haar dochters vormt alsmede in hoeverre zij betrokken is bij de activiteiten van de dochter (randnr. 174):

The fact that the legal entity Akzo Nobel N.V. was not itself involved in the production and sale of choline chloride is not determining for the question whether it should be considered to constitute a single economic unit with the operational units in the group that were directly involved in the production and sale of choline chloride. Division of tasks is a normal phenomenon within a group of companies. An economic unit by definition performs all off the main functions of an economic operator within the legal entities of which it

4 Beschikking d.d. 5 december 2001, zaak VI/37.614, *Interbrew/Alken-Maes*, randnr. 331, *Pb. EG* 2003, L 200, p. 1.

5 GvEA 14 mei 1998, zaak T-304/94, *Jur.* 1998, p. II-1007, randnr. 45 e.v.

6 Beschikking d.d. 16 december 2003, zaak COMP/E-1/38.240, *Industriële buizen*, randnr. 251.

7 Beschikking van 20 oktober 2004, zaak COMP/C.38.238/B.2 *Raw Tobacco Spain*, randnr. 384.

is composed. Group companies and business units that are dependent on a corporate centre for the basic orientation of their commercial strategy and operations, for their investments and finances, for their legal affairs and for their leadership cannot be considered to constitute an economic unit in their own right.

Een alinea verderop voegt de Commissie nog toe dat nu de feitelijk bij de inbreuken betrokken Italiaanse en Nederlandse dochters uiteindelijk 100% eigendom van Akzo Nobel N.V. zijn terwijl de choline-chloride-activiteit als een geheel moet worden gezien, de betrokkenheid van Akzo Nobel N.V. gegeven is, omdat haar eigendom van beide dochters de enige link tussen deze dochters is.

Waar nog enkele maanden eerder de vraag of de moederonderneming ook *ten aanzien van de concrete inbreuk* een economische eenheid met de dochter vormde mede van belang was, wordt thans de rol bij het uitzetten van de algemene groepsstrategie en de rol van 'corporate centre' al voldoende geacht om tot toerekening aan de moeder te komen, samen met haar enkele 100% aandeelhouderschap van zowel de Italiaanse als de Nederlandse vennootschappen. Daarmee gaat de Commissie buitengewoon ver. Individuele toerekening van inbreuken aan de individuele dochterondernemingen waarbinnen deze zijn begaan wordt zo welhaast per definitie onmogelijk geacht, behoudens in de door de Commissie geschetste (en zonder twijfel vrijwel theoretische) categorie van gevallen waarin de moeder in het geheel geen belangstelling aan de dag legt voor haar dochters en de benen neemt wanneer haar dat zo uitkomt. Belangrijker nog is dat de Commissie in essentie risico-aansprakelijkheid voor dochterondernemingen binnen concernverband introduceert. Immers, nu aangenomen mag worden dat in vrijwel ieder concern – zeker een groot concern – een zekere mate van centralisatie en arbeidsverdeling plaatsvindt tussen moeder en dochters, zal in al deze gevallen in de kennelijke visie van de Commissie voldaan zijn aan de voorwaarden voor toerekening.⁸

Indien deze vergaande toerekening inderdaad ingang zal vinden, zal dit tal van vragen kunnen oproepen. Een principiële vraag is hoe een dergelijke risicoaansprakelijkheid zoals de Commissie zich deze kennelijk voorstelt, zich verhoudt tot de in art. 6 EVRM vervatte onschuldpresumptie. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM zijn *onweerlegbare*

vermoedens van schuld in strijd met de onschuldpresumptie.⁹ Is het vermoeden zoals door de Commissie in deze zaak gehanteerd zo'n onweerlegbaar vermoeden? In wezen wel, wanneer reeds het enkel vormen van een 'economic unit' in algemene zin, oftewel een concern, volstaat voor aansprakelijkheid van de moeder. Het door de moeder te leveren tegenbewijs zal er bij dat uitgangspunt alleen op gericht kunnen zijn aan te tonen dat de moeder slechts de door de Commissie geschetste afstandelijke belegger is; ontkenning van de betrokkenheid bij de *concrete* inbreuk van de dochter doet dan niet langer terzake. Akzo Nobel N.V. zal evenwel moeilijk kunnen (of zelfs willen) ontkennen dat zij met haar dochters een concern vormt. De weerlegbaarheid van het vermoeden wordt aldus een illusie.¹⁰

Een andere vraag is op welk niveau binnen een concern clementie moet worden aangevraagd in het geval duidelijk is dat alleen dochterondernemingen feitelijk betrokken zijn geweest bij inbreuken. Melding door alleen de dochter ligt bijvoorbeeld voor de hand waar betrokkenheid van de moeder bij de contacten met mededingingsautoriteiten als bijkomende omstandigheid ter rechtvaardiging van toerekening wordt gezien. Maar daar staat tegenover dat waar de moeder zeer spoedig (of zelfs vrijwel steeds) mede-aansprakelijk wordt gehouden, de Commissie zich wellicht op het standpunt zal stellen dat een clementieaanvraag die niet mede namens de moeder is ingediend, onvolledig is, of tegenover haar geen werking heeft.

Tot slot: hoe zit het met de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de moederonderneming aan wie de Commissie in een beschikking inbreuken van haar dochters heeft toegerekend? Het Nederlandse recht staat toerekening van onrechtmatig handelen van dochters aan moeders niet toe op de wijze waarop de Commissie dit doet; steeds is feitelijke betrokkenheid van de moeder bij de verweten gedragingen vereist. Een onaantastbare Commissiebeschikking heeft ten aanzien van de Nederlandse rechter die moet oordelen over een vordering uit onrechtmatige daad weliswaar formele rechtskracht, maar dit staat nog niet zonder meer aan een eigen oordeelsvorming omtrent toerekening in de weg. Het lijkt evenwel niet ondenkbaar dat de rechter in een gegeven geval niet onderkent of aanvaardt dat de door de Commissie voorgestane wijze van toerekening leidt tot een risico-aansprakelijkheid, en toch een (zekere mate) van schuld van de moeder aan het onrechtmatig handelen van haar dochters aannemelijk zal achten op basis van een aan haar gerichte, onaantastbare Commissiebeschikking.

Conclusie

De choline-chloride-beschikking gaat bij oppervlakkige beschouwing op in de lange reeks van kartelzaken waarin naast de feitelijk betrokken ondernemingen ook aan de moederonderneming de overtreding werd toegerekend. Toch lijkt de Commissie een op het oog kleine, maar fundamentele stap verder te zijn gegaan, door niet langer de betrokkenheid – hoe beperkt wellicht ook – van de moeder bij de *concrete* inbreuk bepalend te achten, maar toe

8 Ook de NMa lijkt van dit automatisme uit te gaan, evenals de rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 13 februari 2004 inzake Secon, LJN nr. AO 3912 (ofschoon ook in die zaak door de rechtbank nog wel enige betrokkenheid van de moederonderneming – hoe gering ook – relevant lijkt te achten); vgl. F.J. Leeftang, 'Toerekening van gedragingen aan een 100% dochtermaatschappij: een automatisme of toch niet?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, p. 113–116.

9 EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351, Salabiaku; EHRM 25 september 1992, NJ 1995, 593, Pham Hoang.

10 De Commissie zal zich in dit verband mogelijk beroepen op het bepaalde in art. 23, lid 5, Vo. 1/2003, waarin wordt gesteld dat op grond van art. 23 opgelegde boetes geen strafrechtelijk karakter hebben. Het is, gelet op de rechtspraak van het EHRM, stellig de vraag of dit juist is; vgl. C.S. Kerse, N. Kahn, *EC Antitrust procedure*, Fifth Edition (2005), § 3-04 en § 7-09.

te rekenen *uitsluitend* op basis van de algemene rol die Akzo Nobel N.V. – zoals zoveel andere moederondernemingen in grote concerns – in algemene zin heeft binnen het Akzo-concern. Een paar maanden na de choline-chloride-beschikking heeft een van de ambtenaren van de Commissie aangegeven dat de Commissie voortaan systematisch de moederonderneming zal aanpakken voor overtredingen van haar dochters, ongeacht of sprake is van daadwerkelijke betrokkenheid bij de gewraakte inbreuken. Dit zou een correctie zijn op de praktijk voordien, waarbij concerns met een meer gefragmenteerde structuur minder hard wer-

den geraakt door de gevolgen van inbreuken dan concerns met een strakkere centrale leiding.¹¹ Daarmee lijkt zij een mededingingsrechtelijke risico-aansprakelijkheid voor gedragingen van dochterondernemingen te hebben willen introduceren. Of deze stap stand zal houden, is minst genomen voor discussie vatbaar. Daarbij is van belang dat het Gerecht in het recente arrest naar aanleiding van de door de Commissie in de zaak *grafietelektroden* opgelegde boetes vast lijkt te houden aan het vereiste van daadwerkelijke betrokkenheid.¹² De uitkomst van het beroep van Akzo mag met spanning worden afgewacht.

11 Toespraak van G. De Bronnert, DG Mededinging, 3 mei 2005 op het Instituut d'Etudes Européennes te Brussel.

12 GvEA 15 juni 2005, gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, Tokai Carbon e.a./Commissie, n.n.g., r.o. 61 e.v.