

# Annotatie

## Bewijswaarde clementieverklaringen – het arrest Aalberts

Mr. S.C.H. Molin\*

In het arrest *Aalberts*<sup>1</sup> heeft het Gerecht de beschikking van de Europese Commissie in de zaak *Fittingen*<sup>2</sup> vernietigd voor zover daarbij aan Aalberts een boete was opgelegd voor kartelinbreuken van twee door haar verworven dochtermaatschappijen. De Commissie had zich bij de vaststelling van de inbreuk van een van deze dochtermaatschappijen te zeer verlaten op een clementieverklaring van een andere onderneming, zonder dat deze voldoende steun vond in aanvullend bewijsmateriaal. Daardoor was niet voldaan aan de voor vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU geldende bewijsstandaard.

### Feiten

De zaak vloeit voort uit de zaak *Fittingen*, waarin de Commissie op 20 september 2006 boetes oplegde aan producenten van koperen fittingen voor inbreuk op artikel 101 VWEU wegens het maken van afspraken over prijzen, het verdelen van markten en klanten enzovoort in de periode 1988–2001. Onder deze producenten bevond zich ook Simplex, die in 2002 zou worden overgenomen door Aalberts.

In 2001 leek aan het kartel een einde te zijn gekomen door invallen van de Commissie, en Simplex had haar deelname op dat moment gestaakt. Voor een aantal ondernemingen bleken de invallen echter geen reden het kartel te staken; zij zouden het kartel nog voortzetten tot

in 2004. Volgens clementieverzoeker FRA.BO, die de voortzetting van het kartel aan de Commissie had opgebiecht, was ook Simplex in 2003 weer gaan deelnemen aan het voortgezette kartel.

Voor de beweerde deelname van Simplex aan de voortzetting van het kartel kreeg zij, en dus ook Aalberts aan wie de inbreuk van Simplex werd toegerekend, een boeteverhoging van 60% wegens ‘flagrante minachting van de mededingingsregels’. Simplex ontkende echter na 2001 nog te hebben deelgenomen aan het kartel. Aalberts voerde voor het Gerecht dan ook aan dat van deelname van haar dochter Simplex aan het kartel in de periode na 2001 niet was gebleken, en dat de Commissie bij de vaststelling van Simplex’ deelname de regels inzake bewijslevering had geschonden.

### Beoordeling Gerecht – bewijsstandaard en rol clementieverklaringen

De beweerde deelname van Simplex aan de inbreuk in 2003–2004 bestond uit twee contacten die werknemers van Simplex zouden hebben gehad met werknemers van concurrenten. Daarbij zouden afspraken zijn gemaakt of informatie zijn uitgewisseld over voorgenomen prijsverhogingen. De Commissie had zich bij het bewijs van deze contacten voornamelijk gebaseerd op clementieverklaringen, gecombineerd met aanvullend steunbewijs. De Commissie meende, met name vanwege de bijzondere betrouwbaarheid van een clementieverklaring, hiermee aan haar bewijslast te hebben voldaan.

\* Mr. S.C.H. Molin is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

1. GvEA 24 maart 2011, zaak T-385/06, *Aalberts Industries e.a./Commissie*.

2. Beschikking Commissie 20 september 2006, COMP/38.121 – *Fittingen*.

Het Gerecht begint zijn beoordeling met de gebruikelijke overwegingen over de toepasselijke bewijsstandaard, namelijk dat de Commissie voldoende bepaalde en onderling samenhangende bewijselementen dient aan te dragen die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de overtreding is begaan (r.o. 44). Een ander beginsel waarnaar in dit verband gewoonlijk door het Gerecht wordt verwezen, is het beginsel van onbevooroordeelde waardering van het bewijsmateriaal. Dat houdt in dat de waarde van het bewijsmateriaal moet worden vastgesteld door de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van het materiaal te beoordelen op basis van *simple rules of evidential logic* in plaats van op basis van regels die de waarde van categorieën bewijs voorschrijven.<sup>3</sup> Dat is dus het uitgangspunt.

Nu zijn er in de rechtspraak, ondanks het beginsel van onbevooroordeelde waardering van bewijsmiddelen, voor verschillende typen bewijsmiddelen bijzondere regels geformuleerd over hun bewijswaarde. Zo wordt aan documenten die ten tijde van de inbreuk zijn opgesteld in de regel een grotere betrouwbaarheid toegekend dan aan documenten die nadien zijn opgesteld. Een andere regel is dat verklaringen die in naam van een onderneming zijn afgelegd, geloofwaardiger zijn dan verklaringen van een personeelslid.<sup>4</sup> Er zijn ook bijzondere regels geformuleerd over de bewijskracht van verklaringen van ondernemingen waarmee deze onderneming zichzelf belast, in het bijzonder clementieverklaringen. Het zijn deze laatste regels die in het arrest *Aalberts* centraal staan, en door het Gerecht kritisch worden toegepast op de bewijslevering van de Commissie.

In een van de eerste zaken waarin een clementieverklaring een rol speelde in de bewijslevering, *JFE Engineering*,<sup>5</sup> hechtte het Gerecht veel waarde aan de clementieverklaring. Hoewel het Gerecht erkende dat een clementieverklaring alleen onvoldoende is voor het vaststellen van een inbreuk op het moment dat die verklaring door de overige ondernemingen wordt betwist en dat daarom aanvullend bewijs nodig is, stelde zij geen bijzonder hoge eisen aan dat aanvullende bewijs.

In het bijzonder overwoog het Gerecht in *JFE Engineering* dat verklaringen die ingaan tegen de belangen van degene die ze heeft afgelegd, in beginsel als bijzonder betrouwbare bewijselementen moeten worden beschouwd. In het bijzonder zou het feit dat iemand toegeeft dat hij een inbreuk heeft gepleegd en aldus meer feiten bekend dan rechtstreeks uit de betrokken stukken had kunnen worden afgeleid, 'automatisch' betekenen dat de betrokkene vastbesloten is om de waarheid te spreken, behoudens bijzondere omstandigheden waaruit het tegendeel

blijkt.<sup>6</sup> Het Gerecht gaf nog wel toe dat indien een belastende verklaring werd betwist door de andere ondernemingen, aanvullend bewijs nodig was, maar bepaalde tevens dat vanwege de bijzondere geloofwaardigheid van belastende verklaringen, deze verklaringen 'evenwel een minder precieze en minder nadrukkelijke bevestiging [behoeven] dan wanneer zij niet bijzonder geloofwaardig waren geweest'.<sup>7</sup>

Deze stelregels over de bewijswaarde van belastende verklaringen in het arrest *JFE Engineering*, in het bijzonder clementieverklaringen, werden door mededingingsautoriteiten nogal eens aangegrepen om de inhoud van een clementieverklaring in beginsel voor waar aan te nemen, daarvoor minimale bevestiging te zoeken in enkele aanvullende bewijsmiddelen, en verklaringen van anderen die met de clementieverklaring in strijd waren als onwaar of onbetrouwbaar ter zijde te schuiven. Daarbij verwijzend naar de overwegingen van het Gerecht die erop neerkomen dat een onderneming die een verklaring aflegt die ingaat tegen haar eigen belangen en daarmee aanzienlijke risico's op zich neemt, kennelijk geen ander motief heeft dan het willen spreken van de waarheid.

Sinds de eerste clementieverklaringen werden afgelegd onder het clementieprogramma van de Commissie – waaronder ook de clementieverklaring in *JFE Engineering* – is enige ervaring opgedaan met de belangen die ondernemingen kunnen hebben bij het afleggen van belastende verklaringen in het kader van een clementieverzoek, en welke invloed dat kan hebben op de betrouwbaarheid van die verklaringen. Zo heeft een onderneming die om clementie heeft verzocht er vervolgens belang bij dat zij met de belastende verklaringen die ze aflegt, voldoet aan de clementiedrempel. Voor boete-immuniteit moet voldoende bewijs worden aangedragen om een inbreuk te kunnen vaststellen of een inval te kunnen doen, en voor boetekorting moet toegevoegde waarde worden geleverd ten opzichte van het bij de autoriteit beschikbare bewijs. Het is daarbij niet ongebruikelijk dat de onderneming die om clementie heeft verzocht onder druk staat van de autoriteit met harde bewijzen te komen, en dat in dit verband met het verlenen van (voorwaardelijke) clementie wel eens even wordt gewacht. Dat kan een opwaarts effect hebben op de ernst van de feiten die worden bekend. Voorts heeft een clementieverzoeker, voor haar positie op de markt en ten opzichte van haar afnemers, er ook belang bij om belastend te verklaren over (alle) concurrenten, zodat kort gezegd iedereen in hetzelfde schuitje zit. Gelet op deze belangen is het risico op onjuistheden of overdrijving in clementieverklaringen niet te verwaarlozen. Het Gerecht heeft zich daar in enkele latere arresten ook rekenschap van gegeven. In *Peróxidos Orgánicos* en *Lafarge* overwoog het Gerecht, in antwoord op stellingen van eisers dat clementieverklaringen onbetrouwbaar

3. Zie bijv. GvEA 25 oktober 2005, zaak T-38/02, *Danone/Commissie*, r.o. 286.

4. Zie bijv. GvEA 20 maart 2002, zaak T-23/99, *LR AF*, r.o. 45.

5. GvEA 8 juli 2004, zaak T-67/00, *JFE Engineering/Commissie*, beroep tegen Beschikking Commissie 8 december 1999, COMP/35.860 – Naadloze stalen buizen, een van de eerste zaken waarin een clementieverklaring werd afgelegd.

6. *JFE Engineering/Commissie*, r.o. 211-212, bevestigd in hoger beroep in HvJ EG 25 januari 2007, zaak C-403/04, *Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie*.

7. *JFE Engineering*, r.o. 219-220.

zijn, dat het clementieprogramma niet noodzakelijkerwijs een aanzet vormt voor het verdraaid weergeven van de feiten, maar dat

‘een zekere argwaan ten aanzien van vrijwillige verklaringen van de voornaamste deelnemers aan een onrechtmatige mededingingsregeling gewoonlijk geboden is, omdat deze deelnemers geneigd kunnen zijn om het belang van hun eigen bijdrage te bagateliseren en dat van anderen te overtrekken’.<sup>8</sup>

Deze gaandeweg meer kritische benadering van het Gerecht heeft in het arrest *Aalberts* geresulteerd in vernietiging van de beschikking van de Commissie vanwege het niet voldoen aan de bewijsstandaard. In *Aalberts* herhaalt het Gerecht het juridische kader waarbinnen de bewijswaarde van clementieverklaringen en aanvullende bewijsmiddelen moet worden beoordeeld (r.o. 44-47); in zoverre brengt het niets nieuws.<sup>9</sup> Wel kijkt het Gerecht kritisch of de aanvullende bewijsmiddelen die de Commissie aandraagt de inhoud van de clementieverklaringen ook daadwerkelijk bevestigt.

Zoals gezegd, zou de deelname door Simplex aan de inbreuk hebben bestaan uit twee contacten met concurrenten waarbij voorgenomen prijsverhogingen zouden zijn afgesproken/uitgewisseld. Wat betreft het eerste contact, was door clementieverzoeker FRA.BO verklaard dat haar werknemer mevrouw P. en een werknemer van Simplex, de heer W., in een telefoongesprek op 25 februari 2004 een voorgenomen prijsverhoging hadden uitgewisseld van 5% voor de Griekse markt (r.o. 57). Dat leek te worden bevestigd door handgeschreven aantekeningen van de werknemer van FRA.BO van dezelfde datum waarin zij had opgeschreven: ‘Spoke to [W.] x increase in Greece confirmed x [D.] + 5 from 1 March 2004’. Het Gerecht vindt het echter niet voldoende, met name omdat de identiteit van degene om wiens prijsverhoging het ging niet voldoende duidelijk was. Misschien ging het wel om een prijsverhoging van ‘D.’, de importeur van Simplex in Griekenland, in plaats van om een prijsverhoging van Simplex zelf, aldus het Gerecht (r.o. 60). Bovendien kon bewijs van een enkel contact met een concurrent in 2004 geen bevestiging vormen van de stelling in de clementieverklaring dat Simplex bijna een jaar lang aan een kartel zou hebben deelgenomen in 2003-2004 (r.o. 61).

Wat betreft het tweede contact beschikte de commissie over een verklaring van een werknemer (de heer Ha) van een andere clementieverzoeker (IBP) inhoudende dat hij op een beurs informatie over een voorgenomen prijsverhoging had uitgewisseld met twee werknemers van Sim-

plex (de heer H. en de heer Be) (r.o. 62). Deze laatste ontkenden dat in een eigen verklaring. De Commissie had de belastende verklaring van de heer Ha als bijzonder betrouwbaar aangemerkt en de ontkennende verklaringen van de werknemers van Simplex als onbetrouwbaar, daarbij ook verwijzend naar inbreukmakend gedrag van de betrokken ondernemingen in het verleden. Het Gerecht verwerpt deze aanpak:

‘The court considers that, contrary to the Commission’s contention at the hearing, Mr Ha’s statement is not more credible than those of Mr H. and Mr Be [...]. The fact that both IBP and [Simplex] had an anti-competitive approach in the past, characterized by discussions over prices, is not sufficient, so far as concerns the events at the trade fair, for greater value to be attached to Mr Ha’s statement than to that relied on by [Aalberts/Simplex]’ (r.o. 67).

De stelling in de clementieverklaring dat Simplex voorgenomen prijsverhogingen had uitgewisseld/afgesproken met concurrenten vond dus ook wat betreft het tweede contact onvoldoende steun in aanvullende bewijsmiddelen.

Het Gerecht concludeert dan ook dat de Commissie bij het vaststellen van de inbreuk door de dochtermaatschappij van Aalberts niet heeft voldaan aan de geldende bewijsstandaard en vernietigt in zoverre de beschikking. Het arrest *Aalberts* is een bevestiging van de vaste rechtspraak over de betrouwbaarheid van clementieverklaringen en brengt in zoverre niets nieuws. Wel heeft de meer genuanceerde houding die het Gerecht sinds *JFE Engineering* ten opzichte van clementieverklaringen heeft ingenomen in zaken als *Peróxidos Orgánicos* en *Lafarge* nu ook daadwerkelijk geleid tot een ‘niet-bewezenverklaring’. Met name de kritische wijze waarop het Gerecht beoordeelt of hetgeen in de clementieverklaring wordt gesteld ook daadwerkelijk bevestiging vindt in andere bewijsmiddelen is in dit verband positief te noemen.

8. GvEA 16 november 2006, zaak T-120/04, *Peróxidos Orgánicos*, r.o. 70. GvEA 8 juli 2008, zaak T-54/03, *Lafarge*, r.o. 58.

9. Hoewel sommige overwegingen van het Gerecht uit *JFE Engineering* – bijv. dat een clementieverklaring slechts ‘een minder precieze en minder nadrukkelijke bevestiging’ behoeft in aanvullende bewijsmiddelen – in *Aalberts* niet terugkeren, heeft het Gerecht deze overwegingen wel weer herhaald in recentere arresten, zie bijv. GvEA 16 juni 2011, zaak T-191/06, *FMC Foret*, r.o. 113-127. Het Gerecht heeft met het weglaten van deze overwegingen in *Aalberts* dus kennelijk geen wijziging beoogd ten opzichte van eerdere jurisprudentie.