

Annotatie

'De Nederlander betaalt teveel voor zijn biertje'

Mr. R. Ludding en mr. F. Pasaribu*

Inleiding

20 De hier te bespreken arresten van 16 juni 2011, zaken T-240/07 (*Heineken N.V. en Heineken Nederland B.V.*) en T-235/07 (*Bavaria N.V.*), alsmede het arrest van 15 september 2011, zaak T-234/07 (*Koninklijke Grolsch N.V.*), betreffen het Nederlandse 'bierkartel', dat volgens de Europese Commissie in haar boetebesluit in ieder geval in de periode 1996-1999 actief was.¹

De ondernemingen zijn van deze boetebesluiten in beroep gekomen. De arresten van het Gerecht bevatten weinig nieuws. Zij verdienen niettemin aandacht op een paar onderdelen. In de zaken *Heineken* en *Bavaria* zijn dat (1) de bewijstaak van Commissie en, in samenhang daarmee, de bewijskracht van verklaringen van clementieverzoekers; (2) het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging² en (3) overschrijding van de redelijke proceduretermijnen en de gevolgen daarvan.³ Wij bespreken ze hier tezamen, op basis van het arrest in de zaak *Heineken*. Heineken en Bavaria hebben inmiddels hoger beroep ingesteld.

Het arrest *Grolsch* betreft uitsluitend de motiveringsplicht van de Commissie om handelingen van (personeelsleden van) een werkmaatschappij aan Koninklijke Grolsch N.V., de *concern-holding*, toe te rekenen.

* R. Ludding is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. F. Pasaribu is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V.

1. 'De Nederlander betaalt teveel voor zijn biertje', aldus het destijds voor het mededingingsbeleid verantwoordelijke lid van de Europese Commissie in een Nederlands televisieprogramma.

2. Art. 48 Handvest Grondrechten van de Europese Unie jo. art. 6 VEU.

3. Art. 47 Handvest Grondrechten, art. 47.

De arresten *Heineken* en *Bavaria* (T-240/07 en T-235/07)

Geconfronteerd met een onderzoek van de Europese Commissie naar verboden praktijken op de *Belgische* biermarkt – waar het brouwerijconcern InBev (voorheen Interbrew) marktleider is – oordeelde InBev het in 2000 aangewezen in een viertal brieven aan de Europese Commissie een boekje open te doen over soortgelijke praktijken in Nederland en haar betrokkenheid daarbij. Aldus werden Heineken, Grolsch en Bavaria *geclementeerd*, dat wil zeggen: verraden. Het daaropvolgende onderzoek van de Commissie leidde tot punten van bezwaar (2005) en uiteindelijk tot de boetebeschikking van 18 april 2007.⁴ Daarin wordt de 'enkele en voortgezette inbreuk' op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (art. 101 lid 1 VWEU) als volgt beschreven:

- Coördinatie van prijzen en prijsverhogingen voor bier in Nederland in de segmenten horeca, thuisverbruik en *private label* (B-merken). Het gaat om het vaststellen en coördineren van prijzen, aangeduid in verklaringen van InBev en ondersteund door een reeks interne documenten, afkomstig van de betrokken brouwers, handgeschreven notities van bijeenkomsten, kostendeclaraties en kopieën van agenda's, verkregen na onderzoek en verzoeken om inlichtingen.
- Incidentele coördinatie van andere commerciële voorwaarden voor horeca-afnemers, met name voorwaarden waaronder de brouwers deze afnemers financieren.

4. COMP/B-2/37.766.

- Incidentele afstemming bij de toewijzing van afnemers.

Een en ander duurde van 1996 tot 1999, in totaal drie jaar en acht maanden.

De Commissie stelt vast dat een en ander haar beslag kreeg in een reeks van 'reguliere, multilaterale, niet-officiële bijeenkomsten' van de vier betrokken ondernemingen, alsook in (aanvullende) bilaterale bijeenkomsten waaraan betrokkenen in wisselende combinaties deelnamen, alles in het geheim en met opzet, in de wetenschap dat wat zij deden niet mocht, aldus het boetebesluit.

Het zijn welhaast rituele formuleringen, die telkens in boetebesluiten opduiken. Een aanduiding als 'Catharijne-overleg' bepaalt mede de sfeer. Boetebesluiten lijken te zijn geschreven om prettig te lezen en om bij de niet in de details van de zaak ingevoerde lezer de indruk te wekken dat de inbreuk zonneklaar is en dat een forse boete is aangewezen. Die volgt hier dan ook, voor Heineken € 219.375.000, waarop de Commissie een korting verleent van € 100.000 wegens de 'onredelijk lange duur' van het onderzoek en de daaruit voor de onderneming veroorzaakte externe kosten en lasten, een tegemoetkoming van wel 0,05%.

De beschuldigingen tegen Bavaria stemmen overeen met die tegen Heineken. De Commissie stelt de boete vast op € 22.950.000 en verleent ook hier een korting van € 100.000.

Overwegingen van het Gerecht en commentaar

Heineken kiest – anders dan Bavaria – ervoor het besluit primair aan te vallen wegens schending van algemene rechtsbeginselen, te weten behoorlijk bestuur, zorgvuldigheid en *due process*, erin bestaande dat Heineken geen inzage heeft gekregen in de antwoorden van de anderen op de Punten van Bezwaar, alsmede dat het onderzoek van de Commissie onvoldoende zorgvuldig en onpartijdig is geweest. De klacht dat de Commissie het bewijs van de inbreuken niet heeft geleverd en dat hetgeen wel is bewezen geen inbreuk oplevert, komt pas op de vijfde respectievelijk zesde plaats.

De poging om aldus de aandacht van het Gerecht te richten op de werkelijk principiële punten in het dossier, mislukt. Het Gerecht 'is van mening' (32) dat eerst de middelen 5, 6 en 7 moeten worden onderzocht, die alle de inbreuk betwisten. Pas daarna komen procedurele gebreken en schending van de rechten van de verdediging aan de orde. Wij vinden dit een onjuiste beslissing: de algemene beginselen zijn grondrechten. Zij maken deel uit van het recht van de Unie (art. 6 VEU). Wanneer de rechter in een bestuursrechtelijke procedure een schending vaststelt, dient het bestuursbesluit te worden vernietigd zonder dat naar de (overige) inhoud zelfs maar kan worden gekeken. Omkering van de volgorde maakt schending van grondrechten tot een secun-

dair verweer. Dat is ons inziens in strijd met de geest van het Verdrag.

Dat Heineken van haar materiële verweren (middelen 5 en 6) waarschijnlijk niet al te veel verwachtte, is begrijpelijk. Het Gerecht (44 e.v.) loopt de rechtspraak over de bewijstaak van de Commissie in mededingingszaken door en stelt vast – kort gezegd – dat de Commissie binnen die grenzen is gebleven. Ja, als voldoende bewijs is dat ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking brengen om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (44) – ongeacht of partijen die bepaalde wijze ook *bepaald* hebben (45); wanneer 'een bundel aanwijzingen' voor het bestaan van die gezamenlijke wil het daadwerkelijke bestaan van die gezamenlijke wil afdoende bewijst (50); wanneer 'fragmentarische en schaarse bewijzen', op basis waarvan de Commissie feiten (slechts) kan reconstrueren, volstaan (51), tenzij de onderneming als tegenbewijs niet alleen *een plausibel alternatief* voor de reconstructie van de Commissie biedt, maar bovendien aantoonde dat die reconstructie *zelf* onvoldoende bewijs oplevert (52), dan is die lage verwachting in het licht van de feiten die het besluit opsomt, begrijpelijk. Voor de betrokken ondernemingen is de uitkomst ongetwijfeld een *sobering experience*: de lezer krijgt de indruk dat men oprecht meende een aantal gedragingen als volstrekt incidenteel te kunnen kwalificeren; andere gedragingen zouden in een geheel andere context moeten worden gezien.

Het loont de moeite aan de hand van dit arrest kritisch te kijken naar de bewijstaak die het Gerecht de Commissie toebedeelt. Die bewijstaak is goed beschouwd vederlicht. Het Gerecht begint (44) met een verwijzing naar het eigen oude arrest *Hercules* uit 1991, een zaak uit de reeks rond het roemruchte polypropyleen (PP)-kartel in de jaren tachtig. Het Gerecht citeert dus zichzelf waar het vaststelt dat 'het bestaan van een overeenkomst in de zin van art. 81 (1) EG reeds kan worden aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen'. In de betreffende overweging (256) in het arrest *Hercules* verwijst het Gerecht naar een tweetal oude arresten van het Hof van Justitie – de arresten *ACF Chemiefarma* van 15 juni 1970, zaak 41/69, r.o. 112 en *Van Landewyck*, van 29 oktober 1980, zaken 209/78 e.a., r.o. 86, alwaar wij de geciteerde tekst echter niet aantreffen. In deze

zaken zijn juist heel concrete concurrentiebeperkende afspraken aan de orde.⁵

In de volgende stap in zijn motivering (45) neemt het Gerecht aan dat 'een overeenkomst in de zin van art. 81 (1) EG is gesloten wanneer er een wilsovereenstemming bestaat over *het beginsel zelf* van de mededingingsbeperking, *zelfs indien over de specifieke elementen van de voorgenomen beperking nog onderhandelingen worden gevoerd.*'

Dit begint vaag te worden. Het Gerecht verwijst ter verduidelijking naar zijn arrest *HFB* van 20 maart 2002, T-9/99. In die uitspraak (199) vinden we wederom een verwijzing naar de arresten *Chemiefarma* en *Van Landemyck*. Er is (200) sprake van een '*gentlemen's agreement*' dat de gezamenlijke wil om zich *op een bepaalde wijze* op de markt te gedragen, getrouw weergeeft. Meer speciaal stelt het Gerecht vast (202) '... dat er in augustus 1993 tenminste een expliciete overeenkomst bestond over de prijsstelling in Duitsland vanaf 1 januari 1992, over de vaststelling en de verdeling van projecten in Italië, en over de markt quota regeling (...)'.

Hier is dus niet slecht sprake van een wilsovereenstemming 'over het beginsel zelf van de mededingingsbeperking', hier liggen concrete mededingingsbeperkende afspraken voor. Het is dan juist dat het Gerecht (206, 207) het verweer van de betrokken ondernemingen verwerpt dat (nog) niet op *alle* besproken onderdelen wilsovereenstemming was bereikt.

Het arrest *HFB* noch de arresten *Chemiefarma* en *Van Landemyck* bieden steun voor de vaststelling van het Gerecht in de bierzaken, dat wilsovereenstemming over *het beginsel zelf van de mededingingsbeperking* al een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag/101 lid 1 VWEU is. Zonder veel overdrijving: volgens het Gerecht mag de Commissie oordelen dat men de koe gestolen heeft zodra zij aannemelijk maakt dat men over het hek heeft gekeken. We zien hier een oprekking van het arrest *Aalborg Portland*,⁶ waar het Hof van Justitie in gevaarlijk algemene bewoordingen vaststelt dat een mededingingsbeperkende gedraging of overeenkomst kan worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring het

bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. In *Aalborg Portland* zijn deze algemene bewoordingen gebaseerd op concrete feiten. In de bierzaken begint het Gerecht echter met de algemene formulering, toetst de feiten daaraan en stelt vast dat die binnen de algemene formulering passen. Precies de omgekeerde volgorde dus. Dat is geen zorgvuldige motivering.

Sluipend verlicht het Gerecht aldus de bewijstaak van de Commissie. Deze ontwikkeling loopt parallel aan een aantal andere, die, samengenomen, de vraag opwerpen of the *equality of arms* niet zoekraakt.

Naast de vanouds zeer ruime opsporingsbevoegdheden van de Commissie en plicht tot *actief* meewerken van de onderzochte onderneming,⁷ wijzen wij op de inmiddels in de praktijk vrijwel onbegrensde mogelijkheden tot digitaal rechercheren, met als sluitstuk de bevoegdheid van de Commissie om zelf te bepalen welk bewijsstuk wel en welk stuk niet in het onderzoeksdossier wordt opgenomen. Voorts is daar het toenemend belang van de verklaringen van clementieverzoekers als bewijsmiddel. De brouwerijen voerden aan, dat de clementieverklaringen van InBev onvoldoende concreet waren en daarom niet konden resulteren in een bewezen overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het is hier niet van belang dat het Gerecht dit verweer verwerpt. Van belang is de bekende algemeen verwoorde 'argumentatie' waarmee het Gerecht dat doet:

'(78) Wat de gestelde aard van die verklaring [bedoeld is de verklaring van InBev, RL/FP] betreft, moet er immers aan worden herinnerd dat de Commissie het bestaan van een inbreuk vaak in moeilijke omstandigheden dient te bewijzen, doordat meerdere jaren kunnen zijn verstreken sinds de inbreuk is gepleegd en verschillende van de ondernemingen waartegen een onderzoek is ingesteld, niet actief met haar hebben meegewerkt.'

Nu, over de taak van het Openbaar Ministerie kan men minst genomen hetzelfde zeggen, maar bij ons weten bepleit niemand een bewijstaakverlichting. Het Gerecht vervolgt dan:

'De Commissie dient weliswaar noodzakelijkerwijs aan te tonen dat een ongeoorloofde marktverdelingsovereenkomst is gesloten, maar het zou te ver gaan om daarenboven ook nog te eisen dat zij bewijst via welk specifiek mechanisme dat doel diende te worden bereikt.'

Deze passage – waarbij het Gerecht verwijst naar zijn uitspraak van 8 juli 2004, zaken T-67/00 e.a., *JFE Engineering e.a./Commissie*, en naar het arrest van het Hof van Justitie van 25 januari 2007, zaak C-403/04 P, *Sumitomo* – betekent in praktische termen dat bijeenkomsten tussen concurrenten *als zodanig* worden geacht te resulteren in ongeoorloofde marktverdelingsovereen-

5. In de zaak *Chemiefarma* staan zowel een '*gentlemen's agreement*' als een exportovereenkomst naar inhoud, verbindendheid en mededingingsbeperkend doel vast. Het Hof van Justitie concludeert dan (112) '(...) dat de bedoelde handelingen [de twee overeenkomsten, RL/FP] dus de getrouwe weergave bevatten van de gezamenlijke wil der leden van het kartel ten opzichte van hun gedrag op de gemeenschappelijke markt'. In het arrest *Van Landemyck* is sprake van een Aanbeveling van een ondernemersvereniging. De leden ontkenden hun gebondenheid daaraan. Het Hof van Justitie verwerpt dat verweer: '(...) Dit argument kan niet worden aanvaard. Verzoekers [leden van FEDETAB] hebben de Commissie in casu laten weten dat zij zich bij de aanmelding van de Aanbeveling aansloten en hebben tijdens de procedure voor het Hof toegegeven dat zij deze sedert 1 december 1975 hebben opgevolgd. Hieruit volgt dat de Aanbeveling de getrouwe uitdrukking van de wil van verzoekers vormt om zich op de Belgische sigarettenmarkt overeenkomstig de bewoordingen van de Aanbeveling te gedragen. Aan de voor toepassing van art. 85, lid 1, noodzakelijke voorwaarden is derhalve voldaan.'

6. HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland*.

7. Art. 17 e.v. Verordening (EG) nr. 1/2003.

komsten, nu het te ver zou gaan van de Commissie te verlangen dat deze het bewijs levert op welke wijze die marktverdelingsafpraak gestalte zou krijgen. De enkele verklaring van de clementieverzoeker is voor het bewijs bovendien voldoende. Wat tijdens die bijeenkomst besproken is – niets dan algemeenheden, volgens de brouwers – is niet van belang, betreft immers slechts ‘het specifiek mechanisme’ ter bereiking van het verboden doel.

De inbreng van de clementieverzoeker krijgt aldus bijzonder gewicht. Wij moeten ons echter wel realiseren dat clementieverzoekers veelal een cynisch eigen spel spelen en de geuzenterm ‘klokkenluider’ geenszins verdienen. Aanvankelijk vaak de spin in het kartelweb, kiest de clementieverzoeker tijdig eieren voor zijn geld wanneer het kartel voor hem een *liability* dreigt te worden. De clementieverzoeker ziet zijn kans schoon om zelf ongeschonden uit te stappen en tegelijkertijd zijn concurrenten met een fikse boete op te zadelen. Dat is mooi meegenomen in de concurrentiestrijd! En wanneer men dan ook nog de facto immuniteit tegen schadeacties van derden geniet,⁸ is de weg naar de mededingingsautoriteit snel gevonden.

Wij zullen op termijn niet ontkomen aan een aanscherping van de bewijstaken van de mededingingsautoriteit en – daarmee samenhangend – aan een indringender beoordeling van de bewijskracht van het door de clementieverzoeker bijeengebrachte materiaal.⁹ Daarbij kan onderzoek naar de ‘eigen agenda’ van de clementieverzoeker niet worden gemist. Het min of meer vanzelfsprekend toekennen van een ‘zeer hoge bewijswaarde’ aan clementieverklaringen (90-92), met name wanneer die verklaringen zijn opgesteld door een advocaat ‘die de professionele verplichting had om in het belang van deze onderneming te handelen’ is ontoelaatbaar simplificerend.

Duur van de inbreuk (aanvang en einde)

De Commissie mag als aanvangsdatum nemen de datum waarop voor de eerste maal een bijeenkomst plaatsvond van het ‘type’ waarvan is vastgesteld dat die een inbreuk op de mededingingsregels vormde, ook wanneer niet vaststaat dat de betrokken bijeenkomst *zelf* ook in strijd was met het mededingingsrecht (211 e.v.). Ook hier is de verklaring van InBev doorslaggevend (217). Het

komt erop neer dat de Commissie van die als eerste in aanmerking genomen bijeenkomst (van 27 februari 1996) een paar handgeschreven aantekeningen heeft gevonden. Deze aantekeningen leveren onvoldoende bewijs op van een inbreuk (211). InBev verklaart echter dat soortgelijke *meetings* al ruim vóór 1996 plaatsvonden en dat zij een mededingingsbeperkend doel hadden. Dat is voor het Gerecht voldoende. Voor het vaststellen van de einddatum geldt in feite hetzelfde. Heineken had betoogd dat juist voor het vaststellen van de begin- en einddatum zou moeten vaststaan dat de op die data verrichte handelingen *zelf* inbreukmakend waren. Terecht, vinden wij.

Toegang tot de antwoorden van andere betrokken ondernemingen op de Punten van Bezwaar (230)

De antwoorden op de Punten van Bezwaar maken naar het oordeel van het Gerecht geen deel uit van het eigenlijke onderzoeksdossier, zodat de regels over de toegang tot dat dossier niet gelden (234, 243). Dat betekent dat de Commissie (delen uit) antwoorden van anderen alleen aan een betrokken onderneming moet bekendmaken wanneer die antwoorden nieuwe belastende of ontlastende gegevens bevatten (242). Van ‘nieuwe belastende gegevens’ is slechts sprake wanneer de Commissie dat document gebruikt ter staving van de vaststelling dat een onderneming een inbreuk heeft gepleegd. Een belanghebbende onderneming moet dit stellen en bewijzen.

Voor een ontlastend document geldt een lichtere regel voor overlegging: de onderneming moet aannemelijk maken dat zij dat document voor haar verweer had kunnen gebruiken en zo op enigerlei wijze het oordeel in de beschikking had kunnen beïnvloeden (238). Wij tekenen hierbij aan, dat dit laatste natuurlijk aardig is, maar dat onduidelijk is hoe een onderneming te weten komt dat anderen ontlastende verklaringen hebben afgelegd, als de Commissie daar vervolgens niets over loslaat (253 e.v.). De praktijk lost dit op door de antwoorden op de Punten van Bezwaar onderling uit te wisselen, zo nodig – bijvoorbeeld bij bedrijfsvertrouwelijke informatie – enkel tussen de advocaten.

Presumptie van onschuld (272)

Ruim vóór het boetebesluit verklaarde het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, publiekelijk als in de kop van dit artikel weergegeven. Het Gerecht erkent dat de woordkeus ongelukkig is geweest (279), maar vindt dat de uitlating niet kan worden uitgelegd als bewijs dat de beslissing van de Europese Commissie toen reeds vaststond. Dat lijkt een juist oordeel. Een neiging tot *self congratulation* is mededingingsautoriteiten niet vreemd. Dat kan reputatieschade veroorzaken, ook wanneer die uitlatingen geschieden na het nemen van een besluit. De NMa pleegt in perscommuniqués daarom te vermelden dat van het besluit beroep bij de rechter openstaat.

Vaststelling van de boete (307 e.v.)

De meer dan 100 overwegingen gewijd aan de vaststelling van de boete bevatten geen nieuws, waarmee niet

8. Zie de berichtgeving in *MLex* van 3 januari 2012 over de voorgenomen richtlijn die nationale schadeacties moet stimuleren maar clementieverzoekers daartegen zal beschermen.

9. In de literatuur nemen de zorgen over de bewijspositie van de Europese Commissie en de in de ogen van velen onvoldoende rechterlijke controle toe. Zo was de 14de Annual EU Competition Law and Policy Workshop (2009) geheel gewijd aan het onderwerp ‘Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases’. Zie daarin met name de bijdragen van Schweitzer (p. 79-108), over het verband tussen bewijsvoering, rechterlijke toetsing en de grondrechten; Venit (p. 20-21 alsmede 191-253) en Forrester (p. 407-452) alsmede het omvangrijke tegengeluid van Commissieambtenaar Castillo de la Torre (p. 319-406). Daarnaast is het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Menarini* (arrest van 27 september 2011, reg. no. 43509/08) van belang; onder art. 6 EVRM dient de rechter de boetebesluiten van een bestuursorgaan volledig te (kunnen) toetsen.

gezegd wil zijn dat zij in elk opzicht overtuigen. Zo is het bekend dat de Commissie bij het beoordelen van de ernst van de inbreuk zich kan baseren op de aard van het gedrag in kwestie en de omvang van de betrokken geografische markt, en geen onderzoek hoeft te doen naar de ‘daadwerkelijke impact’ van de inbreuk, wanneer die naar het oordeel van de Commissie niet meetbaar is. Deskundigenrapporten die vaststellen dat die weerslag (zeer) gering is, kan de Commissie dan naast zich neerleggen. Dat geschiedt ook in deze zaak. Stelt de Commissie echter vast, dat de impact wél meetbaar is, dan is dat een boeteverzwarende omstandigheid. In dat geval is het voor de ondernemingen nuttig daar met een deskundigenrapport tegenop te komen (323 e.v.).

De brouwers betoogden voorts, dat de afspraken, zoals gemaakt, niet daadwerkelijk ten uitvoer zijn gelegd, een verzachtende omstandigheid (390). Het Gerecht hanteert hier de bekende voorwaarde, dat pas van ‘niet ten uitvoer leggen’ sprake is, wanneer de betrokken onderneming zich daadwerkelijk aan de uitvoering heeft onttrokken, althans zo duidelijk is tekortgeschoten in de toepassing van de afspraak dat die onderneming de werking van de afspraak zelf heeft verstoord (403).

Het Gerecht acht deze voorwaarde niet vervuld, waarbij van belang is dat het er wel potentieel een verzachtende omstandigheid in ziet, anders dan de Commissie (408, 409).

Lange duur van de administratieve procedure (415)¹⁰

De ondernemingen beriepen zich ten slotte erop dat de lange duur de facto tot een hogere boete heeft geleid, nu het boetebeleid van de Commissie over de jaren aantoonbaar strenger is geworden. Het Gerecht verwerpt deze feitelijk juiste vaststelling (415-420). Wel staat het Gerecht een (extra) korting op de boete toe wegens de erkend lange duur (422). Die korting is uitdrukkelijk geen compensatie voor geleden schade. Het Gerecht stelt die naar billijkheid vast op 5% van de opgelegde boete. Dat zet tenminste zoden aan de dijk. Het is heel verstandig dat het Gerecht hier uitdrukkelijk verkiest weg te blijven van artikel 288 EG-Verdrag (340 VWEU) dat de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie regelt, gezien de complicaties die toepassing van dit artikel met zich brengt. 5% korting zonder maximum lijkt ons een mooie uitgangsnorm, aanzienlijk royaler dan ons CBb¹¹ toekent.

De zaak Grolsch

De beschuldigingen aan het adres van Grolsch stemmen overeen met die tegen Heineken en Bavaria. Voor Grolsch bedraagt de boete € 31.658.000. Grolsch voert bij het Gerecht in hoofdzaak dezelfde verweren als de andere brouwers, maar wijst er ook op dat de Commissie ten aanzien van Koninklijke Grolsch N.V., enig adres-

saat van de boetebeschikking, niet naar behoren heeft vastgesteld dat *deze* vennootschap (als moedermaatschappij) rechtstreeks heeft deelgenomen aan de vastgestelde inbreuk. Het Gerecht behandelt dit (vijfde) middel als eerste, stelt vast dat het gegrond is en vernietigt de boetebeschikking.

Het Gerecht overweegt dat ten aanzien van Koninklijke Grolsch enkel vaststaat dat voorzitter J.T. van haar raad van bestuur slechts op één bijeenkomst aanwezig is geweest. Dat is onvoldoende om te oordelen dat hij (namens de moedermaatschappij) heeft deelgenomen aan een voortgezette inbreuk die ruim drie jaar heeft geduurd. Deelnemers aan de andere bijeenkomsten waren geen werknemer van Koninklijke Grolsch, maar van een concern-werkmaatschappij, Grolsche Bierbrouwerij Nederland N.V. Ook J.T. zelf heeft aan andere bijeenkomsten deelgenomen, maar (toentertijd) ook slechts als werknemer van Grolsche Bierbrouwerij. Deze laatste vennootschap is echter geen adressaat van het boetebesluit en het boetebesluit maakt niet duidelijk waarom de handelingen van de werkmaatschappij aan de holding moeten worden toegerekend. De Commissie heeft in de motivering een stap overgeslagen, een stap die zij eenvoudig had kunnen zetten door vast te stellen dat de holding alle aandelen in de werkmaatschappij bezit en daardoor beslissende invloed heeft op het gedrag van de werkmaatschappij in kwestie.¹² De holding had daar tegenbewijs tegen kunnen leveren, een mogelijkheid die de Commissie haar nu – aldus het Gerecht – ten onrechte heeft ontnomen.

De Commissie kan haar fout eenvoudig met een nieuw boetebesluit herstellen.¹³ Nu de Commissie geen hoger beroep heeft ingesteld, is de verwachting gewettigd dat zij dit zal doen. De overwinning van Grolsch is dus wel zeer betrekkelijk.

10. Zie ook M&M 2011, p. 216.

11. CBb 1 december 2011, LJN BU9159.

12. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, AKZO, punt 60.

13. Art. 25 lid 3 en 6 Verordening (EG) nr. 1/2003. Zie ook GvEA 20 april 1999, zaak T-305/94 e.a., PVC II, r.o. 1089 e.v.