

Annotatie

Bespreking arresten van het Gerecht van 2 februari 2012 in de zaken T-76/08, *DuPont/Commissie* en T-77/08, *Dow/Commissie*

Mr. E.H. Pijnacker Hordijk*

In deze beide beroepszaken,¹ gericht tegen de beschikking van de Commissie van 5 december 2007 inzake het chloropreenrubberkartel,² is met name de vraag aan de orde of een overtreding gepleegd door een concentratieve (*full-function*) joint venture kan worden toegerekend aan de beide ouders. Deze vraag is niet nieuw,³ maar was nog niet eerder aan de Unierechter voorgelegd. Eerder, in een arrest uit 2006, had het Gerecht zich in de *Avebe*-zaak reeds uitgesproken over de toerekening van een overtreding door een (naar moet worden aangenomen niet-concentratieve)⁴ joint venture zonder eigen rechtspersoonlijkheid aan de beide ouders van die joint venture. Het Gerecht achtte zulks in het licht van de specifieke feiten van het geval gerechtvaardigd.⁵ In

2005 had de Commissie in haar beschikking in de *Rubber Chemicals*-zaak nog uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat het gedrag van een concentratieve *full-function* joint venture niet kon worden toegerekend aan de ouders, omdat de joint venture geacht moet worden autonoom te zijn (ten opzichte van die ouders), dat wil zeggen een afzonderlijke onderneming te vormen in relatie tot de ouders.⁶ Twee jaar later blijkt de Commissie deze opvatting te hebben verlaten. In de *Chloropreenrubber*-zaak neemt de Commissie expliciet het standpunt in dat de mate van invloed van ouders in een concentratieve joint venture vergelijkbaar is met die van een moeder over haar dochters binnen een concernrelatie en dat het bijgevolg mogelijk is dat een joint venture een economische eenheid vormt met de beide ouders.⁷ Om die reden konden zij beide hoofdelijk (*jointly and severally*) aansprakelijk worden gehouden voor de overtreding van de joint venture. Een radicale ommezwaai, die door de Commissie in haar beschikking wordt gepresenteerd als bestendig beleid (onder verwijzing naar de beschikking die in de *Avebe*-zaak aan de orde was).

Een niet irrelevant feitelijk gegeven was dat het kartel in kwestie blijkens de beschikking had bestaan vanaf 1993 tot 2001 en dat DuPont vóór de totstandkoming van de joint venture in 1996 reeds deel had uitgemaakt van het kartel. In 1996 bracht DuPont haar bestaande activiteiten op het gebied van chloropreenrubber in in de joint venture, die vervolgens de deelname aan het kartel con-

129

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. en tevens redactielid van M&M.

1. De arresten zijn nog niet in de Nederlandse taal beschikbaar. In beide zaken is inmiddels een hogere voorziening ingesteld: zaken C-172/12P, *DuPont/Commissie* en C-179/12P, *Dow/Commissie*.
2. Zaak COMP/38.629. Zie voor de samenvatting *Pb. EU* 2008, C251/11.
3. Zie over deze materie reeds Jolling de Pree en Stefan Molin, 'Shareholder Liability for Joint Venture Infringements in the European Union', *Fordham International Law Journal* 2011/34, Issue 3.
4. De joint venture was opgericht vóór de inwerkingtreding van de EG-fusiecontroleverordening nr. 4064/89 en kennelijk niet bij de Commissie aangemeld ter verkrijging van een ontheffing. De juridische kwalificatie van de joint venture was mede daarom onduidelijk. Vaststond dat de joint venture, een vof naar Nederlands recht, geen eigen rechtspersoonlijkheid had en reeds om die reden niet zelfstandig adressaat van een beschikking van de Commissie kon zijn.
5. GvEA 27 september 2006, zaak T-314/01, *Avebe/Commissie*, *Jur.* p. II-3089.

6. Zaak COMP/F/38.443, beschikking van 21 december 2005, m.n. punt 263.

7. Zaak COMP/F/38.443, beschikking van 21 december 2005, punt 344.

tinueerde. De Commissie achtte dit echter geen reden om DuPont anders te behandelen dan medeaandeelhouder Dow, althans voor wat betreft de periode vanaf de oprichting van de joint venture.

DuPont en Dow stelden beide beroep in tegen de boetebeschikking met als belangrijkste beroepsgrond dat de Commissie ten onrechte had aangenomen dat de overtreding van de joint venture rechtens aan de ouders kon worden toegerekend. Meer in het bijzonder betwistten zij de opvatting van de Commissie dat de ouders elk een economische eenheid zouden vormen met de joint venture. Zij voerden onder meer aan dat een concentratieve joint venture naar haar aard een zelfstandige onderneming is met een eigen juridische status, die nu juist níét als een onderdeel van de ondernemingen van de respectievelijke ouders kan worden aangemerkt. Het Gerecht wees de beroepen van de beide appellanten op inhoudelijk gelijke gronden af.

De argumentatie van het Gerecht laat zich als volgt samenvatten. Allereerst wijst het Gerecht erop dat het begrip ‘onderneming’ zich in de context van het mededingingsrecht laat duiden als een economische eenheid, ook al bestaat deze uit uiteenlopende juridische entiteiten. Onder verwijzing naar het bekende arrest uit 2009 van het Hof van Justitie in een zaak van AkzoNobel waarin de aansprakelijkheid van ouders voor gedragingen van (volledige) dochters aan de orde was,⁸ constateert het Gerecht dat wanneer een economische eenheid de mededingingsregels overtreedt, die eenheid daarvoor aansprakelijk moet worden gehouden. In een dergelijke situatie kan de boete rechtens worden toegerekend aan de moeder (‘parent company’). Het Gerecht verwijst vervolgens naar een arrest van het Hof van Justitie uit 1983⁹ om te onderstrepen dat teneinde gedrag aan een ouder te kunnen toerekenen, de Commissie niet kan volstaan met de vaststelling dat de moeder in de positie verkeert waarin zij beslissende invloed kan uitoefenen op de overtredende dochter, maar ook moet vaststellen dat die invloed daadwerkelijk was uitgeoefend. Het Gerecht verwijst vervolgens naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de *AkzoNobel*-zaak ten betoge dat de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed niet impliceert dat noodzakelijkerwijs sprake moet zijn van concrete instructies aan de dochter. Dat sprake is van een gezamenlijk commercieel beleid kan, aldus het Gerecht in navolging van Kokott, worden afgeleid uit de totaliteit van de economische en juridische invloed die de moeder over haar dochter kan uitoefenen. Met deze redenering is in feite de distinctie die het Hof van Justitie in *AEG-Telefunken* nog had gemaakt tussen het bestaan van de *mogelijkheid* om beslissende invloed uit te oefenen en de *daadwerkelijke uitoefening* daarvan weggeredeneerd. Wat daarvan zij, het gaat hier telkens duidelijk om moeder-dochterrelaties. De vraag rijst dan ook wat de relevantie is van deze

samenvatting van eerdere jurisprudentie voor de toerekenbaarheid van gedragingen van een joint venture aan de ouders.

Te dien aanzien benadrukt het Gerecht als preliminair punt dat de appellanten niet hebben betwist dat DuPont in de periode tot 31 maart 1996 deelnam in het verboden kartel en evenmin dat de joint venture, DDE, vanaf 1 april 1996 in datzelfde kartel heeft geparticipeerd. Het Gerecht vervolgt met de vaststelling dat DDE een joint venture is waarin DuPont en Dow gelijkelijk participeerden. De partners hadden een permanent comité in het leven geroepen, waarin de partners eveneens in gelijke mate vertegenwoordigd waren, en dat alle belangrijke strategische besluiten van de joint venture diende goed te keuren. Ten overvloede vermeldt het Gerecht dat dit impliceert dat de beide partners genoodzaakt waren permanent samen te werken. Het Gerecht voegt er nog aan toe dat als gevolg van de samenwerking beide partners uitsluitend via de joint venture actief waren op de markt in kwestie, die voor chloropreenrubber. Concurrentie tussen de partners onderling was aldus uitgesloten. Tot slot wijst het Gerecht erop dat de Commissie in een besluit onder de Fusiecontroleverordening formeel had vastgesteld dat DuPont en Dow gezamenlijke zeggenschap hadden verworven over DDE.

Wat het Gerecht hier beschrijft, behelst niet meer en niet minder dan de typische constellatie van een 50/50 joint venture waarover twee partners gezamenlijke zeggenschap hebben. Aldus blijft nog steeds de vraag onbeantwoord op elke grond de gedragingen van DDE aan de beide partners kunnen worden toegerekend. Er is immers sprake van gezamenlijke zeggenschap, en niet van de uitsluitende zeggenschap die vereist is om van één enkele onderneming te kunnen spreken.

Het Gerecht vervolgt zijn argumentatie met de vaststelling dat het begrip zeggenschap (‘control’) ziet op de mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming (*vide* de definitie van zeggenschap in art. 2 lid 2 van Verordening (EG) nr. 139/2004). Onder verwijzing naar de *Jurisdictional Notice* van de Commissie stelt het Gerecht aansluitend vast dat het begrip ‘gezamenlijke zeggenschap’ ziet op de situatie waarin twee of meer ondernemingen de mogelijkheid hebben om een beslissende invloed uit te oefenen. In de geciteerde passage uit de *Jurisdictional Notice* (par. 62-63), wordt echter ook onderstreept dat er wezenlijke verschillen zijn tussen uitsluitende en gezamenlijke zeggenschap: laatstbedoelde vorm van zeggenschap wordt gekenmerkt door de mogelijkheid van een patstelling, doordat twee of meer moederondernemingen over vetorechten beschikken met betrekking tot strategische onderwerpen. Dat betekent dat de betrokken aandeelhouders het eens moeten worden over de commerciële samenwerking en met elkaar moeten samenwerken.

Met de argumentatie van het Gerecht is het wezenlijke verschil tussen uitsluitende en gezamenlijke zeggenschap uiteraard niet geëlimineerd, en de vraag blijft dan ook onverkort overeind op welke grond het gedrag van de joint venture aan de ouders kan worden toegerekend.

8. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08P, *AkzoNobel/Commissie*, Jur. p. I-8237.

9. HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG-Telefunken/Commissie*, Jur. p. 3151.

Het Gerecht laat die vraag nog steeds onbeantwoord, maar zet zijn argumentatie voort met een (goedkeurende) beoordeling van de argumenten die de Commissie had aangevoerd ten betoge dat de ouders in het concrete geval daadwerkelijk beslissende invloed hadden uitgeoefend op het gedrag van de joint venture. Het Gerecht refereert met name aan de besluiten tot benoeming van de managers van DDE die bij de kartelactiviteiten betrokken waren geweest, alsmede aan de goedkeuring van het besluit tot sluiting van een bepaalde fabriek, die volgens de Commissie zou hebben berust op afstemming binnen het kartel, alsook aan de structuur en het functioneren van het permanent comité, waaruit kon worden afgeleid dat de beide partners hun ‘management power’ over DDE hadden uitgeoefend.

En dan komt eindelijk de aap uit de mouw: in r.o. 74 van het arrest (in de *DuPont*-zaak) concludeert het Gerecht dat de Commissie in het licht van de zojuist besproken economische, juridische en financiële banden tussen de beide partners, geen vergissing had begaan door te oordelen dat DuPont respectievelijk Dow geacht moest worden beslissende invloed te hebben gehad op het gedrag van DDE op de markt voor chloropreenrubber. Het Gerecht vervolgt: ‘[t]he Commission did not therefore err in finding that [DuPont respectievelijk Dow] and DDE formed a single undertaking for the purpose of Article 81 EC and in holding [DuPont respectievelijk Dow] jointly and severally liable for DDE’s conduct’. Het Gerecht meent derhalve kennelijk dat omdat DuPont en Dow *gezamenlijke* zeggenschap hadden uitgeoefend over DDE gedurende de periode van DDE’s participatie in het kartel, beide partners, *elk voor zich* geacht moesten worden één enkele onderneming te hebben gevormd met DDE. Deze opzienbarende conclusie wordt in feite niet (‘therefore’) anders gemotiveerd dan met de assumptie dat gezamenlijke zeggenschap en uitsluitende zeggenschap twee vormen van zeggenschap zijn.

Het arrest van het Gerecht geeft aanleiding tot het plaatsen van een aantal kanttekeningen.

Een eerste, voor de hand liggende, observatie is dat het door het Gerecht onderschreven standpunt van de Commissie indruist tegen de meest fundamentele beginselen van de logica: immers, hoe kan een entiteit tegelijkertijd onderdeel uitmaken van één onderneming en van een andere onderneming, terwijl die twee ondernemingen niet op hun beurt één eenheid vormen? Kenmerkend voor een economische eenheid is dat sprake is van één enkel centrum van besluitvorming. Daarvan is in het geval van een joint venture (in relatie tot de twee ouders) per definitie geen sprake. Dat in het geval van een joint venture elk van de (twee of meer) ouders met zeggenschap overeenstemming moeten bereiken over aangelegenheden die het strategische commerciële beleid van de joint venture betreffen, is inherent aan het bestaan van gezamenlijke zeggenschap. Maar dat betekent nu juist niet dat de joint venture kan worden geacht één onderneming te vormen met een van de ouders, laat staan met elk van de ouders. Dat geldt ongeacht het aantal ouders dat gezamenlijke zeggenschap uitoefent. De

regels van de logica dienen grenzen te kunnen stellen aan de teleologische doelredeneringen die zo kenmerkend zijn voor de rechtspraak van de Unierechter. De ontwikkeling van de doctrine inzake de toerekening van gedragingen van dochterondernemingen aan ‘ultimate parents’ volgde lange tijd een eigen route, los van het leerstuk van de economische eenheid. In het *AkzoNobel*-arrest uit 2009 wordt de toerekening expliciet opgehangen aan het concept van de ‘economische eenheid’. Maar dat vormt geen rechtvaardiging om dit concept op te rekken tot situaties waarin van een ‘eenheid’ klaarblijkelijk geen sprake is, met het kennelijke oogmerk de mogelijkheden voor toerekening van gedragingen van een bepaalde rechtspersoon aan een of meer andere rechtspersonen verder te kunnen oprekken.

Een volgende kanttekening betreft het feit dat het Gerecht de stelling van de Commissie omarmt dat de positie van DuPont en Dow gelijkgesteld zou moeten worden aan die van de ouders van de joint venture die in de eerdergenoemde *Avebe*-zaak aan de orde was. Appellanten hadden aangevoerd dat de vergelijking met de *Avebe*-zaak niet opging, omdat het in dat geval een coöperatief samenwerkingsverband zonder eigen rechtspersoonlijkheid betrof en niet een volwaardige gezamenlijke onderneming. Het Gerecht acht dit onderscheid niet relevant en stelt dat het ook al in de *Avebe*-zaak zou hebben geoordeeld dat het beslissende punt was dat de joint venture een economische eenheid met de beide ouders vormde. Inderdaad heeft het Gerecht in r.o. 141 van het arrest in de *Avebe*-zaak daadwerkelijk reeds het standpunt ingenomen dat de joint venture in die zaak een economische eenheid met de beide ouders vormde, maar die stellingname had nog duidelijk het karakter van een overweging ten overvloede, en heeft (vermoedelijk) om die reden destijds minder aandacht getrokken. Dat in de *Avebe*-zaak het gedrag van de joint venture aan de beide ouders werd toegerekend, lag in de reden omdat het een (vermoedelijk) coöperatief samenwerkingsverband betrof dat (in ieder geval) geen eigen rechtspersoonlijkheid had en om die reden zelf geen zelfstandige adressaat kon zijn van een beschikking van de Commissie. Dat laat onverlet dat de kwalificatie van die joint venture als een economische eenheid met de *beide* ouders evenzeer misplaatst is als in de onderhavige zaak.

Aan de eenheid van het begrip ‘onderneming’ in het kader van de toepassing van het Europese mededingingsrecht kan niet getornd worden. Er kan en mag geen ruimte zijn voor een andersluidende toepassing van het begrip ‘onderneming’ in het kader van de toepassing van de fusiecontroleregels dan in het kader van de toepassing van de kartelregels. Waar met het oog op de toepassing van Verordening (EG) nr. 139/2004 *full-function* joint ventures worden aangemerkt als (één) ‘betrokken onderneming’ en niet (elk van) de ouders die zeggenschap hebben over de *full-function* joint venture, is er geen ruimte om in het kader van de toepassing van de kartelregels een andere opvatting te huldigen. Ook in dat opzicht onderscheidt de *Avebe*-casus zich van de *DDE*-casus. In dat verband kan ook de vraag gesteld

worden waarom de Commissie in haar richtsnoeren over nevenbeperingen in het kader van concentraties bijzondere aandacht besteedt aan (onder meer) leveringsafspraken tussen *full-function* joint ventures en afzonderlijke ouders. Indien deze geacht zouden worden een economische eenheid te vormen, is artikel 101 VWEU op dergelijke afspraken hoe dan ook niet van toepassing (voor zover deze afspraken althans niet als overeenkomst tussen de ouders onderling kunnen worden aangemerkt en uit dien hoofde binnen het bereik van art. 101 VWEU kunnen komen).

Aandacht verdient in dit verband dat de stellingname van de Commissie in de *Chloropreenrubber*-zaak nadien weerklank heeft gevonden in het ontwerp van de Commissie voor richtsnoeren over horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Daarin was de navolgende passage opgenomen:¹⁰

‘Aangezien een gemeenschappelijke onderneming deel uitmaakt van één onderneming met elk van de moedermaatschappijen die gezamenlijk een beslissende invloed en de daadwerkelijke zeggenschap over die onderneming uitoefenen, is artikel 101 niet van toepassing op overeenkomsten tussen de moedermaatschappij en een dergelijke gemeenschappelijke onderneming, voor zover de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming niet in strijd met de EU-mededingingsregelgeving is gebeurd.’

Deze passage, waaruit blijkt dat de Commissie meent dat het kartelverbod van artikel 101 VWEU in beginsel niet van toepassing is op overeenkomsten tussen een joint venture en een van haar moeders, is echter om onduidelijke redenen niet teruggekeerd in de definitieve versie van de richtsnoeren. Zou dat te maken hebben met de eerder besproken grenzen die de logica stelt?

Dat laat onverlet dat ook thans de toepassing van artikel 101 VWEU op afspraken tussen joint ventures een schimmige aangelegenheid is. In veel gevallen zal geen sprake zijn van een concurrentiële verhouding tussen ouders en dochters, als gevolg waarvan artikel 101 VWEU al snel buiten beeld kan blijven. Maar in gevallen waarin een joint venture en een ouder binnen dezelfde markt actief zijn, ligt dit doorgaans toch anders. Onduidelijk is en blijft vooralsnog in hoeverre afstemming van marktgedrag tussen een ouder en een ‘autonome’ *full-function* joint venture die beide op eenzelfde markt actief zijn, toelaatbaar is. De Commissie blijkt intussen bij de toepassing van – bijvoorbeeld – de clementieregels wel degelijk ouders en joint ventures als onderscheiden grootheden (en a fortiori niet als economische eenheid te behandelen). Hoe valt anders bijvoorbeeld te verklaren dat in de luchtvrachtkartelzaak¹¹ Martinair zelfstandig clementie heeft kunnen verkrijgen (met als bijkomend gevolg dat haar 50% ouder AirFrance/KLM een tree lager op de clementieladder ein-

digde). Indien sprake zou zijn van een economische eenheid tussen Martinair en haar controlerende (co-)ouder AirFrance/KLM, had immers in de rede gelegen dat de clementieaanvraag van de ene partij door de Commissie aan de andere partij had moeten worden toegerekend. Immers, het begrip ‘economische eenheid’ is een objectief begrip, en dat betekent dat een clementieaanvraag van Martinair, indien deze geacht zou moeten worden een economische eenheid te vormen met haar moeder Air France/KLM, in beginsel de gehele groep betreft. Dit voorbeeld lijkt erop te duiden dat de Commissie de toepassing van het leerstuk van de economische eenheid ‘tactisch’ toepast.

Kortom, het laatste woord is hier nog niet over gezegd. We wachten de arresten in hogere voorziening van het Hof van Justitie met belangstelling af.

10. Ontwerp-Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (SEC(2010) 528), nr. 11.

11. Beschikking van 9 november 2010, nog (altijd) niet gepubliceerd.