Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Kartels en concernverhoudingen: extra zorgplicht voor moeders?

S.G.J. Smallegange & L.L. Bremmer

Inleiding

'Moeders, pas op uw dochters' lijkt al enige tijd het credo bij het Hof van Justitie van de Europese Unie bij kartelzaken. Binnen het mededingingsrecht is het immers vaste rechtspraak[1] dat een kartelinbreuk door een dochter aan de moeder kan worden toegerekend en deze bijgevolg hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de betaling van de opgelegde geldboete. Daarvoor is doorslaggevend dat 1) de moeder met de inbreuk makende dochter een economische eenheid vormt en 2) dat de moeder een beslissende invloed op de dochter kan uitoefenen én deze ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend. Reden voor het huidige toerekeningsbeleid is met name de afschrikwekkende werking die uitgaat van het risico op een hogere boete.[2] Een moeder is, aldus de Europese kartelwaakhond, verantwoordelijk voor haar kartellerende dochter en geniet uiteindelijk dezelfde voordelen uit een kartel als de dochter. Alleen een boete, berekend over de omzet van de dochter, zou niet het gewenste bestraffende effect met zich meebrengen. Deze leer wordt ook in Nederlandse kartelzaken toegepast. Chris Fonteijn, voorzitter van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, kondigde onlangs nog aan dat de toezichthouder in 2013 toerekening aan moedermaatschappijen (ook met minderheidsaandeel) kritischer onder de loep gaat nemen als deze een beslissende invloed op de overtreder hebben.[3]

In de praktijk: Heineken en het bierkartel

Een voorbeeld van de beoogde afschrikwekkende werking van een boete is die in het bierkartel voor Heineken N.V. wegens de betrokkenheid van haar dochter bij het maken van verboden prijsafspraken. Vier brouwerijen hadden een kartel gevormd in de tweede helft van de jaren negentig. De Commissie had een boete voor de kartelinbreuk van 100% dochter Heineken Nederland B.V.

1 De toezichthouder op het mededingingsrecht in Nederland, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse rechter zijn bij (de toetsing van) de toepassing van de nationale mededingingsregels niet gebonden aan de formele (motiverings)eisen die door de Europese rechter worden gesteld aan de Commissie. De praktijk van de NMa en de Nederlandse rechter leert echter dat op deze gebieden wel aansluiting wordt gezocht bij de Europese jurisprudentie. Derhalve beperken wij ons in deze bijdrage tot de Europese jurisprudentie.

2 Speech Alexander Italianer, bijeenkomst van de Studienverenigung Kartellrecht – Internationaler Forum EU-Kartellrecht, 14 maart 2012, p. 5.

3 Zie 'Speaking notes mr. Chris Fonteijn 10e jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht', Kurhaus 4 oktober 2012. Per 1 januari 2013 zullen de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'), Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit ('OPTA') en Consumentenautoriteit opgaan in de Autoriteit Consument & Markt.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> aan de moeder Heineken N.V. toegerekend, omdat laatstgenoemde als hoofdelijk aansprakelijk werd beschouwd voor haar beslissende invloed op de dochter.
>
> Heineken had in 1998 een bierafzet in Nederland tussen de 450 en 480 miljoen euro. Voor de Commissie ging het hier om een zeer zware kartelinbreuk, zodat zij de boete zodanig heeft vastgesteld die voldoende 'afschrikwekkend' werd geacht. De Commissie houdt dan rekening met de omvang van de onderneming. In casu werd de wereldwijde omzet van Heineken (11,829 miljard euro in 2006) als uitgangspunt genomen voor de boeteberekening. Vervolgens werd gezien de (wereldwijde) omvang van Heineken de boete nog eens met factor 2,5 vermenigvuldigd. Doordat dus de omzet van moeder Heineken N.V. werd meegewogen in de boete, werd er een boete opgelegd van bijna 200 miljoen euro.[4]

Het valt bij bestudering van de jurisprudentie op dat de Europese rechter nauwkeurig kijkt of de Europese Commissie voldoende de feitelijke omstandigheden van het geval heeft onderzocht.[5] Toerekening aan de moeder wordt niet alleen beoordeeld aan de hand van de juridische constructie binnen een groep, maar ook aan de hand van de daadwerkelijke organisatorische en economische banden tussen de moeder en de dochter.

Wij zullen in dit artikel aan de hand van praktijkvoorbeelden eerst stilstaan bij de benadering van het begrip 'concern' in het mededingingsrecht en in het vennootschapsrecht. Daarna komen verschillende soorten moeder-dochterrelaties aan bod en hoe toerekening in die relaties wordt beoordeeld. Ten slotte staan we stil bij de bewijselementen op basis waarvan een boete (niet) wordt toegerekend aan de moeder. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

4 Zie voor meer informatie Pb C122 20/05/2008, Samenvatting van de beschikking van de Commissie van 18 april 2007 inzake zaak COMP/B/37.766 – Nederlandse biermarkt.

5 Artikel 263 VWEU stelt immers de grenzen voor het Europese Hof van de beoordeling van de beschikkingen vastgesteld door de Europese Commissie. Met andere woorden: de Europese rechter dient met name na te gaan of de beschikkingen aan de formele vereisten voldoen, waaronder voldoende motivatie.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

'Onderneming' versus 'groep'

De Europese en nationale mededingingsregels richten zich in eerste instantie tot ondernemingen.[6] Deze regels zien op het verbod op kartels, verbod op misbruik machtspositie, de concentratiecontrole en staatssteun. Wij beperken ons hier tot het kartelverbod, nu nagenoeg alleen bij dit verbod de aansprakelijkheid van de moeder in het geding is. Kartelvorming is in veel gevallen niet toegestaan: dit houdt in dat een onderneming geen afspraken met een concurrent mag maken over onder andere prijzen, marktverdeling en leveringen. Mededingingsregels doen (financieel) pijn, omdat bij overtreding ervan een onderneming een boete kan worden opgelegd. Maar wat is nu een onderneming in mededingingsrechtelijke zin en hoe verhoudt dit begrip zich tot het groepsbegrip in het Nederlandse vennootschapsrecht?

Binnen het mededingingsrecht wordt een onderneming gedefinieerd als '*elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*'.[7] Het doet er niet toe of een economische eenheid uit juridisch oogpunt wordt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen: beslissend is of hun marktgedrag dat van een economische eenheid is.[8]

Het vennootschapsrecht kent geen definitie van onderneming. Wel bestaat een onderscheid tussen de groepsbegrippen 'dochter' en 'groepsmaatschappij'.[9] De wettelijke definities zijn te vinden in artikel 2:24a, respectievelijk 24b BW. De omschrijving van dochter in eerstgenoemd artikel is gebaseerd op de stemrechten en/of benoemingsrechten die het een andere rechtspersoon mogelijk maken zeggenschap uit te oefenen. Bij een groepsmaatschappij als omschreven in artikel 2:24b staat het economische-organisatorische aspect centraal, ofwel de verbondenheid van rechtspersonen en vennootschappen. Ter verduidelijking van de wettelijke omschrijving wordt in de rechtsliteratuur een groep of concern omschreven als: '*Een eenheid, waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer*'.[10] Daarnaast gaat het Nederlandse vennootschapsrecht uit

6 De Europese Commissie komt geen bevoegdheid toe om personen betrokken bij kartelovertredingen te beboeten. Dit is echter anders op nationaal vlak, daar verschillende lidstaten binnen de Europese Unie nationale wet- en regelgeving kennen om boetes aan personen op te leggen vanwege hun betrokkenheid. Zo kan de NMa in Nederland feitelijke leidinggevenden en opdrachtgevers, zoals bestuurders, managers en leden van de raad van toezicht, voor hun betrokkenheid boetes opleggen tot maximaal 450.000 euro In het Verenigd Koninkrijk kunnen personen in leidinggevende posities naast geldelijke boetes en gevangenisstraffen een 'Competition Disqualification Order' opgelegd krijgen, waardoor zij niet meer voor een bepaalde tijd leiding mogen geven aan een bedrijf. Het valt buiten de reikwijdte van dit artikel om hier nader op in te gaan.

7 Zie de vaste rechtspraak, onder andere arresten van HvJ EU 23 april 1991, zaak C-41/90 Höfner en Elser, par. 21, en HvJ EU 11 juli 2006, zaak C-205/03 P FENIN/Commissie, par. 25.

8 HvJ EU 14 december 2006, zaak C-217/05, par. 41. Zie in die zin het arrest van HvJ EU 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI/Commissie, par. 140, en ook HvJ EU 12 juli 1984, zaak 170/83, Hydrotherm, par. 11.

9 Zie hiervoor de definities in artikel 2:24a en 2:24b Burgerlijk Wetboek.

10 Van het concern, S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, Deventer: Kluwer (2009), p. 1.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van het principe dat iedere vennootschap in beginsel onafhankelijk en zelfstandig opereert, ook wanneer deze deel uitmaakt van een groep of concern.[11]

Het mededingingsrecht stelt juist dé onderneming, de samenhangende groep van verschillende vennootschappen, centraal. Een wettelijke definitie van 'groep' in het mededingingsrecht ontbreekt. Wel is min of meer een omschrijving van 'groep' in artikel 5 lid 4 EG-Concentratieverordening[12] gegeven, de verordening aan de hand waarvan wordt bepaald of een voorgenomen fusie, overname of joint venture moet worden gemeld bij de Europese Commissie. Bepalend zijn daarbij de omzetten van betrokken ondernemingen. Wat de omvang van een onderneming vormt, wordt hetzij bepaald door onder andere het bezit van meer dan de helft van het kapitaal dan wel de bevoegdheid om meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen of om meer dan de helft van de leden van de raad van toezicht of bestuur te benoemen. De Commissie heeft in haar uitleg bij de verordening nog expliciet aangegeven dat zij als groep onder andere ziet 'een dochtenonderneming en haar moedervennootschappen'.[13]

In het mededingingsrecht worden juist de twee vennootschapsrechtelijke groepsbegrippen van 'dochter' en 'groepsmaatschappij' als het ware in elkaar geschoven. Dit blijkt ook bij een boetetoerekening aan de moeder. Wat de onderneming – de economische eenheid – maakt, wordt in het mededingingsrecht bepaald door de mate waarin een vennootschap 'zeggenschap' heeft over andere vennootschappen. Het begrip zeggenschap en de materiële invulling daarvan ziet op de mogelijkheid om een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, het (strategische) commerciële beleid. De invulling van het begrip is een materiële: doorslaggevend zijn de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

De mededingingsrechtelijke toerekening van boetes aan moedermaatschappijen voor het handelen van dochterondernemingen en de definitie van de mededingingsrechtelijke onderneming maakt dat de vennootschapsrechtelijke voor- en nadelen van een concernstructuur mogelijk meer tegen elkaar moeten worden afgewogen. De voordelen om aansprakelijkheden in delen van de ondernemingsactiviteiten onder te brengen in afzonderlijke groepsmaatschappijen gaan, gelet op de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid voor moedermaatschappijen, niet op. De duidelijke (wettelijke) structuur voor leiding, beheer en besluitvorming op subniveaus die met een concernstructuur in de onderneming tot stand worden gebracht, dienen derhalve al in een vroeg stadium ook vanuit mededingingsrechtelijk perspectief te worden bekeken. Tegelijkertijd kunnen juist de vennootschapsrechtelijke nadelen van een concern, bezien vanuit het vennootschaps-

11 De Nederlandse wetgeving kent niet als zodanig een wettelijke omschrijving van het begrip 'concern', maar wel van het begrip 'groepsmaatschappij', zie artikel 2:24b BW.

12 Verordening (EG) 139/2004 van de raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening), PbEG 2004, L 24.

13 Geconsolideerde mededeling 2008/C 95/01 over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, randnr. 178.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

recht, de tendens tot decentralisatie door de afzonderlijke juridische rechtspersonen het risico op boetetoerekening verkleinen. Juist de feiten en omstandigheden zijn dan doorslaggevend en niet de juridische structuur van het concern. Daarnaast kunnen de wettelijke regels voor besluitvorming en kapitaalbescherming – die in de regel de slagvaardigheid en speelruimte van vennootschappen beperken – juist ten voordele van de moedermaatschappijen zijn om zo met het oog op preventie van een boete de vennootschappen in de mededingingsrechtelijke pas te laten lopen. Denk daarbij ook aan de verschillende regels ten aanzien van corporate governance en compliance uit hoofde van financiële boekhoudregels.[14] De dualiteit bij de voornoemde aspecten van een concernstructuur uit zich ook in verwachtingen naar bestuurders van concernvennootschappen. Enerzijds worden bestuurders geacht hun taak te vervullen in het belang van de vennootschap, anderzijds mogen zij het groepsbelang daarbij niet uit het oog verliezen. Een bestuurder zou vervolgens dus ook civiel aansprakelijk kunnen worden gehouden voor kartelovertredingen door 'zijn' vennootschap binnen het concern en toerekening van mogelijke boetes daarvan aan de moeder.

Als de benadering in het mededingingsrecht van onderneming strikt zou worden gevolgd, zou een boete moeten worden toegerekend aan de economische eenheid. Dit kan niet, nu vanuit het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid elke afzonderlijke juridische entiteit binnen de economische eenheid, ieder voor zich de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid dragen.[15]

Moeder-dochter en 'beslissende invloed'

De Commissie hoeft bij de toerekening aan de moeder in beginsel enkel aan te tonen dat een moeder beslissende invloed op het commerciële beleid van haar dochter kan uitoefenen én daadwerkelijk heeft uitgeoefend.[16] Anders gezegd, '*als de dochter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt maar in hoofdzaak de haar door de moeder verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen*'.[17]

14 Voor een overzicht van alle voor- en nadelen bij een concernstructuur, zie A.F.M. Dorresteijn, aantekening bij artikel 24b 'Nadere beschouwing van enkele concernrechtelijke onderwerpen', Groene Serie Rechtspersonen (2012).

15 Zie met name HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, Akzo Nobel NV cs/Europese Commissie en de daarin aangehaalde jurisprudentie, par. 54-56.

16 Het Europese Hof heeft gesteld in de zaken Stora en vooral Akzo gesteld dat wanneer een moeder (nagenoeg) het volledige aandelenkapitaal in bezit heeft, de moeder in beginsel beslissende invloed kan uitoefenen op de dochter en een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de moeder die invloed daadwerkelijk heeft uitgeoefend. Materieel gezien is dus naast de veronderstelling dat beslissende invloed kan worden uitgeoefend, hiervan in de praktijk ook daadwerkelijk gebruik is gemaakt. Het Gerecht van Eerste aanleg lijkt zulks ook te impliceren in haar meer recente uitspraak van 16 juni 2011, gevoegde zaken T-208/08 en T-209/08, Gosselin en Portielje/Europese Commissie, par. 54-5. Zie ook P. van der Berg en A. Pliego Selie, NtEr januari 2012, nr. 1, p. 1-10.

17 HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, Akzo Nobel NV cs/Europese Commissie, par. 58.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Het begrip 'beslissende invloed' is in het Europese mededingingsrecht sterk casuïstisch van aard. Er is ondanks de inmiddels uitgebreide beschikkingspraktijk geen uitputtende lijst te destilleren met welke maatregelen of middelen die beslissende invloed wordt gecreëerd. Gelijk ook het Europese Gerecht[18] recent deed, zou aansluiting kunnen worden gevonden bij de eerdergenoemde uitleg in de Concentratieverordening.[19] De Commissie definieert in die uitleg het begrip ruim: de macht om handelingen te blokkeren die het strategische, commercieel gedrag van een onderneming bepalen.[20] In de verordening wordt echter niet gesteld op welk (deel van het) gedrag van de dochter de moeder 'beslissende invloed' zou moeten kunnen uitoefenen. Uit de beschikkingspraktijk, zoals in de zaak *Fuji,* wordt stelselmatig gesproken over *'beslissende invloed op het marktgedrag van de dochter'*.[21] In de zaken *Du Pont enDow Chemical, Elf Aquitaine* en Alliance One International gaat het om 'beslissende invloed op het commercieel beleid'.[22] Zou er ook geen onderscheid moeten worden gemaakt naar de invloed op het beleid en het uiteindelijke gedrag? Er zijn immers situaties denkbaar dat de moeder beslissende invloed heeft op het commerciële beleid, daar duidelijke concrete instructies heeft gegeven dat de dochter zich moet onthouden van kartelovertredingen en de dochter ondanks de actieve houding van de moeder die instructies (heimelijk) heeft genegeerd. De vraag die opgeworpen zou kunnen worden, is hoe een boetetoerekening zich dan verhoudt tot het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid en de zorgplicht van de moedermaatschappijen.

Wat we wel kunnen vaststellen is dat de Europese rechter de verschillende soorten verhoudingen tussen moeder en dochter in acht neemt bij de uiteindelijke toerekening van kartelboetes. Wij concentreren ons daarbij op de recente uitspraken en de hoofdlijnen die daaruit kunnen worden gehaald.

De 100% dochter

Bij een 100% dochter is de situatie het meest overzichtelijk: moeder bezit 100% van het kapitaal in haar dochter. Het volstaat voor de Europese rechter dat de Commissie aantoont dat moeder 100% van het kapitaal bezit. Zij hoeft niet verder te bewijzen dat de moeder betrokken was bij de kartelovertreding, dan wel dat zij gebruikt heeft gemaakt van haar beslissende invloed. Het Europese Hof stelt wel dat het houden van 100% van het kapitaal als reflectie van de beslissende invloed een weerlegbaar vermoeden is dat de moeder ook daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochter. Het bezit van het volledige kapi-

18 GvEA 2 februari 2012, zaak T-77/08 Dow Chemical, par. 84.

19 Zie de toelichting op artikel 3 lid 1 sub b Verordening 139/2004 in Mededeling 2008/C95/01, randnr. 11 en verder.

20 Geconsolideerde mededeling 2008/C 95/01 over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2008, C 95, randnr. 62.

21 GvEA 12 juli 2011, zaak T-132/07 Fuji, par. 181.

22 HvJ 29 september 2011, zaak C-521/09P Elf Aquitaine SA, par. 57, GvEA 2 februari 2012, zaak T-76/08 Du Pont, par. 62, en Dow Chemical, par. 77, en HvJ 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10P en C-14/11 P Alliance One en anderen, par. 47.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

taal geeft niet aan hoe de zeggenschap is georganiseerd. De moeder kan dus nog bewijzen dat haar dochter wel degelijk autonoom de overtreding heeft begaan.

Meerderheidsaandeelhouder
Veelvoorkomend is het echter ook dat een moeder niet al het kapitaal bezit, maar wel een meerderheidsbelang. Het weerlegbaar vermoeden wordt door de Commissie ook toegepast als een moeder nagenoeg 100% bezit, zoals in de zaak Arkema waar het om 98% ging.[23] Dat zal ook de reden zijn waarom de Commissie bij een belang van 86% besloot wel bewijs aan te dragen om de beslissende invloed aan te tonen.[24] De algemene regel die we kunnen destilleren is dat als de moeder aanzienlijk minder dan 100% van het kapitaal bezit, aanvullend bewijs nodig is om aan te tonen dat de dochter niet zelfstandig haar marktgedrag heeft bepaald.[25]

Full function joint venture
Van een ander soort moeder–dochterrelatie is sprake wanneer de dochter een *full function joint venture* is. Het mededingingsrecht verstaat daaronder een gemeenschappelijke onderneming die op duurzame wijze alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult én zelfstandig op de markt opereert.[26] In dit geval hebben de moedermaatschappijen gezamenlijke zeggenschap over de onderneming. Het Gerecht heeft dit voorjaar haar eerste arrest gewezen over een kartelzaak waar de Commissie een overtreding van een *full function joint venture* had toegerekend aan de ondernemingen Dow Chemical en Du Pont die beide participeerden in de joint venture.[27] In meerdere opzichten is dit opmerkelijk.

Ten eerste wordt in dit arrest voor het eerst een (concentratieve) *full function joint venture* als niet autonoom beschouwd ten opzichte van haar moeders. Kenmerkend voor een *full function joint venture* is juist dat zij op duurzame wijze de functies van een zelfstandige onderneming vervult. Ten tweede stelt het Gerecht dat ook bij 'negatieve zeggenschap' sprake kan zijn van beslissende invloed doordat een moeder over vetorechten beschikt en hierdoor haar instemming vereist is. Normaal gesproken betekent beslissende invloed de macht om strategische beslissingen te nemen in een onderneming. In dit geval was er gezamenlijke zeggenschap en beslissende invloed doordat de besluiten die toezagen op de strategische beslissingen binnen de onderneming konden worden tegengehouden. Ten derde is het opvallend dat het Gerecht hier stelt dat beide moedermaatschappijen met de dochter een eenheid vormen, terwijl deze beide moedermaatschappijen weer niet gezamenlijk deel uitmaken van dezelfde economische eenheid en er bij twee andere ondernemingen gelijktijdig de beslissende zeggenschap kan rusten.

23 HvJ EU 29 september 2011, zaak C520-09P Arkema, par. 4.
24 GvEA 27 oktober 2010, zaak T-24/05 Alliance One, par. 4.
25 Zie de gestelde motiveringsgebreken in GvEA 16 juni 2011, T-208/08 Portielje, GvEA 16 juni 2011, zaak T-185/06 L'Air liquide en GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06 Edison.
26 Artikel 3 lid 4 Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening) .
27 GvEA 2 februari 2012, zaak T-76/08 Du Pont, par. 62, en Dow Chemical, par. 77.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Op dit moment lijkt dus ook bij gezamenlijke zeggenschap beslissende invloed van een moeder te worden aangenomen. Het mag geen verrassing zijn dat zowel Dow Chemical als Du Pont hoger beroep heeft aangetekend tegen de uitspraak van het Gerecht.

Minderheidsbelang door de moeder
De Europese rechter heeft niet alleen toegestaan dat aan moedermaatschappijen die 100% van het kapitaal in handen hadden een boete kregen toegerekend voor een inbreuk, maar ook aan minderheidsaandeelhouders. Dit volgt uit de zaak Fuji, waar aan de aandeelhouders Hitachi (50% aandeelhouder) en Fuji (30% aandeelhouder) een boete werd toegerekend voor de deelname van hun joint venture aan een kartel. Tegen een derde aandeelhouder, Meidensha Corporation (20%), heeft de Commissie geen bewijs aangeleverd.[28] Interessant daarbij is dat ondanks het minderheidsaandeel van Fuji ook zij aansprakelijk werd gehouden voor de kartelovertreding door de joint venture. Dit is opmerkelijk, omdat de Commissie hier veel moeilijker kan veronderstellen dat sprake is van een economische entiteit, waarbij de moeder beslissende invloed uitoefent. Het komt dus aan op de bewijzen die de Commissie in haar dossier heeft. Aan de Europese rechter is vervolgens de toets of de Commissie haar stellingen voldoende heeft gemotiveerd op basis van haar bewijsvoering.

Het Europese Gerecht heeft geredeneerd dat een moeder met een minderheidsparticipatie wel degelijk een beslissende invloed op het marktgedrag van haar dochter kan uitoefenen, '*wanneer zij rechten heeft die verder gaan dan de rechten die normaal gesproken toekomen aan minderheidsaandeelhouders teneinde hun financiële belangen te beschermen, en die, bezien volgens de methode van de bundel van overeenstemmende juridische of economische aanwijzingen, kunnen aantonen dat er een beslissende invloed wordt uitgeoefend op het marktgedrag van de dochter*'.[29]

Investeringsmaatschappijen
Ook door het nemen van een belang in een vennootschap zou een moederdochterrelatie kunnen ontstaan tussen de investeringsmaatschappij en de vennootschap waarin zij investeert.

De vraag is in hoeverre een investeringsmaatschappij die niet uit is op het feitelijk besturen van een vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden voor het gedrag van die vennootschap. Een investeringsmaatschappij heeft immers als primaire belang het creëren van waardevermeerdering op korte of middellange termijn van haar deelneming en zal daarbij wel de strikt noodzakelijke (controle)middelen wensen om die vermeerdering gerealiseerd te zien. Evenals andere aandeelhouders kunnen investeringsmaatschappijen doorgaans (mede) de bestuurders benoemen die het commerciële beleid uitvoeren. Plannen worden gemaakt samen met het management van het bedrijf om het bedrijf te laten groeien, overnames te doen en/of de kosten te verlagen. Slecht renderende onder-

28 GvEA 12 juli 2011, zaak T-132/07 Fuji, par. 203.
29 GvEA 12 juli 2011, zaak T-132/07 Fuji, par. 183.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

delen worden verkocht. Het doel is om uiteindelijk de efficiënter opererende onderneming met winst door te verkopen of naar de beurs te brengen.

Het zou echter te kort door de bocht gaan te concluderen dat een investeringsmaatschappij evenals een 'gewone moeder' ook beslissende invloed kan oefenen op een dochter en dus aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor kartelovertredingen van de vennootschap waarin zij investeert. Allereerst speelt voor de Europese rechter de overweging mee of de investeringsmaatschappij zich louter als financieel investeerder heeft gedragen.[30] Beogen de stemrechten in de dochter slechts om de volledige waarde van deze investeringen veilig te stellen en heeft zij zich eerder op de achtergrond gehouden, waardoor zij niet het marktgedrag van haar investering heeft beïnvloed? Hoewel de beoordeling of een investeringsmaatschappij een betrokken onderneming is bij een transactie eerder thuishoort bij de concentratiecontrole, zal de Commissie dit aspect wel moeten meewegen bij toetsing van kartels. Als we namelijk aansluiten bij haar uitleg bij de eerdergenoemde Concentratieverordening, dan is daaruit af te leiden dat als een investeringsmaatschappij louter de verworven stemrechten heeft om haar belegging ten volle te beschermen, hiermee in beginsel niet is aangenomen dat deze – gelet op de tijdelijkheid ervan – op zodanige wijze ook zeggenschap verkrijgt dat daarmee het commerciële beleid kan worden beïnvloed.[31] Het aspect van tijdelijkheid van de investering wordt nog uitgelicht: dat moet worden meegewogen om van een daadwerkelijke beïnvloeding van het commerciële beleid te kunnen spreken.

A-G Kokott, die grote invloed heeft op de zienswijze van het Europese Hof, heeft in recente discussies over de weerlegbaarheid van het vermoeden van beslissende invloed het volgende gesteld. Moedermaatschappijen die tijdelijke zeggenschap hebben in een dochter zouden kunnen ontsnappen aan het vermoeden van beslissende invloed, omdat zij dan niet voldoende tijd of belang hebben gehad om het gedrag van de dochter daadwerkelijk te beïnvloeden.[32] Dit laat echter onverlet hoe een dergelijk geval in de praktijk door de rechter zal worden beoordeeld, nu nog eens uit joint venture-zaken blijkt dat de positie en doelstelling van vennootschappen die deelnemen in een vennootschap er niet toe doen. Beslissende

30 Zie GvEA 27 oktober 2010, zaak T-24/05 Alliance One International e.a., par. 195, en HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-648/10P, en C-14/11P Alliance One International e.a., par.104. In Alliance One International oordeelden het Gerecht en het Hof dat de Commissie geen bewijselementen heeft aangevoerd waardoor aan een moedermaatschappij kon worden toegerekend, omdat deze moeder slechts via een zuiver financieel belang in haar dochter had deelgenomen. Uit de feiten en omstandigheden volgt echter wel dat deze moeder een onderneming zonder eigen activiteit en personeel was en zowel de grootmoeder als overgrootmoeder heeft overigens wel de boete toegerekend gekregen.

31 Zie ook Mededeling 2008/C95/01 van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening EG 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, randnr. 113.

32 Zie ook A-G Kokott in haar conclusie bij Akzo Nobel van 23 april 2009 in voetnoot 67. Voorts ook haar voordracht bij de bijeenkomst van de Studienvereinigung Kartellrecht-Internationaler Forum EU-Kartellrecht die op 14 maart 2012 te Brussel werd gehouden.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

invloed wordt beoordeeld op de juridische, economische én feitelijke omstandigheden.

Het bewijsvermoeden

> In de praktijk: Edison in de waterstof
>
> In het kartel van waterstofperoxideproducenten kreeg Edison een boete opgelegd voor een kartelinbreuk van dochter Ausimont, omdat de Commissie door het 100% aandeelhouderschap via een tussenholding van Edison mocht vermoeden dat zij beslissende invloed op haar dochter zou hebben uitgeoefend. Het vermoeden was volgens de Commissie niet door Edison weerlegd. Hiertegen is Edison in beroep gegaan, want Edison had wel degelijk specifieke gegevens overlegd om aan te tonen dat zij geen daadwerkelijke beslissende invloed had uitgeoefend. Zo had zij onder meer nota's van vergaderingen overlegd en verklaringen gedaan dat het belang zuiver als financiële investering had gediend. Volgens Edison zette de Commissie in haar boetebeschikking onvoldoende de redenen voor haar aansprakelijkstelling uiteen. In het bijzonder heeft zij niet uitgelegd waarom hetgeen was gesteld tot weerlegging van het vermoeden van beslissende invloed is afgewezen.[33] Het Gerecht heeft het beroep van Edison gegrond verklaard: '*Aangezien de Commissie in het verweerschrift verzoeksters tegenbewijs hoe dan ook onvoldoende achtte om de autonomie van Ausimont aan te tonen, dient te worden vastgesteld dat in de motivering van de bestreden beschikking nergens wordt aangegeven op welke basis de Commissie het in casu gestelde heeft beoordeeld, zodat de gegrondheid van de bestreden beschikking op dit punt niet kan worden getoetst*.' De boete kon daarom niet langer worden toegerekend aan de moeder Edison, waarbij het Gerecht de beschikking aan Edison nietig verklaarde

De Commissie mag het kartelgedrag van de dochter aan de moeder toerekenen op basis van de vaststelling van haar daadwerkelijke beslissende invloed op de dochter, als dat volgt uit een vermoeden van haar volledige zeggenschap over deze dochter. Dit vermoeden, zoals wij ook eerder aanstipten, kan wel worden weerlegd door de moeder. In het Akzo Nobel arrest, waaruit vaak wordt geciteerd bij toerekening van kartelinbreuken, is het als volgt geformuleerd:

> 'In het bijzondere geval waarin een moeder 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochter die een inbreuk heeft gepleegd, bestaat een weerlegbaar vermoeden dat die moeder beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter [...]en dat zij dus één enkele onderneming zijn in de zin van artikel 81 EG Verdrag [thans 101 VwEU]. *Het staat derhalve aan de moeder die bij de gemeenschapsrechter opkomt tegen een beschikking van de Commissie waarbij haar een geldboete wordt opgelegd wegens een gedraging van haar dochter, om*

33 GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06 Edison, par. 81-83.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> *dit vermoeden te weerleggen door bewijzen voor de autonomie van haar dochter aan te voeren.*[34]

Dit bewijsvermoeden blijkt in de praktijk een heet hangijzer. Allereerst dat het vermoeden niet te weerleggen zou zijn: nu de Commissie met 100% aandelen mag uitgaan van een beslissende invloed, is onduidelijk wanneer een moeder precies beslissende invloed uitoefent op een dochter. Door die onduidelijkheid is het ten tweede in meerdere zaken aangevoerd dat het aandragen van bewijs om het vorenstaande vermoeden te weerleggen een onmogelijke opgave is. Met welke middelen is het vermoeden te weerleggen? Ten derde blijkt uit de jurisprudentie niet duidelijk hoe het tegenbewijs moet worden beoordeeld dat zou moeten aantonen dat de dochter autonoom kan handelen.

Utopisch weerlegbaar vermoeden?
Voor de rechter en in de literatuur[35] is meer dan eens gesteld dat het vermoeden niet weerlegbaar is en dat bovendien de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM hiermee wordt geschonden. De A-G Kokott ziet dit anders. Zij stelt in haar conclusie bij de zaak *Alliance One International e.a.* dat wat betreft het vermoeden van onschuld, het gebruik van een vermoeden van beslissende invloed bij de moederdochterverhouding niet leidt tot een omkering van de objectieve bewijslast. Het gaat hierbij om de beoordeling van het bewijs voor verantwoordelijkheid van de moeder voor het gedrag van de dochter. De deelneming van de moeder in de dochter met (nagenoeg) 100% rechtvaardigt de conclusie dat sprake is van een daadwerkelijke beslissende invloed. Aan de moeder vervolgens de taak om die conclusie met afdoende bewijzen van het tegendeel te weerleggen. Indien de moeder hier niet in slaagt, dan voldoet het vermoeden aan de rechtsstatelijke bewijsvereisten, aldus de A-G.[36]

De onschuldpresumptie staat niet in de weg aan feitelijke of wettelijke vermoedens die in strafwetten zijn opgenomen. Wel is bij de onschuldpresumptie vereist dat hieraan redelijke grenzen worden gesteld, rekening houdend met de ernst van de inbreuk en inachtneming van het recht van verdediging. Volgens het Gerecht in de zaak *Alliance One International e.a.* is het weerlegbaar vermoeden bij 100% kapitaal geen schending van de onschuldpresumptie, omdat op basis van ervaringsregels de conclusie is getrokken dat de moeder in dergelijke omstandigheden beslissende invloed kan uitoefenen. Wel moeten ondernemingen de mogelijkheid behouden om conclusies te weerleggen. Daarbij haalt het Gerecht ook aan dat dit vermoeden slechts betrekking heeft op de toerekening aan de moeder, waarbij het plegen van de inbreuk door de dochter al eerder zelfstandig is vastgesteld. Ten slotte wordt dit vermoeden geuit in een procedure waarin de rechten van de ver-

34 HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08 P Akzo Nobel e.a., par. 60.
35 Zie onder andere S. Kennepohl, 'Toerekening kartelinbreuk aan moeder in strijd met onschuldpresumptie', Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk, juli 2012.
36 Conclusie Advocaat-Generaal in gevoegde zaken C-628/10P en C-14/11P Alliance One International, randnr. 170.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dediging in acht worden genomen, waardoor het Gerecht stelt dat het argument inzake schending van de onschuldpresumptie moet worden verworpen.[37]

Momenteel is een zaak aanhangig bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM'), waarbij wordt gesteld dat het 'weerlegbare vermoeden' bij toerekening in kartels aan moeder een schending is van de in artikel 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie.[38] Eerder hebben het Gerecht en het Hof van Justitie dit argument ter zijde geschoven; het is afwachten wat het EHRM zal beoordelen.

Welk tegenbewijs?
Het weerleggen van het vermoeden van een beslissende invloed wordt door beboete ondernemingen wel eens omschreven als een 'probatio diabolica'. Het wordt als een haast onmogelijke taak beschouwd, omdat de Commissie met een verwijzing naar een bezit van nagenoeg 100% kapitaal het al duidelijk genoeg vindt dat de dochter niet autonoom heeft geopereerd. Daarnaast kent de Commissie vaak niet of nauwelijks bewijskracht toe aan bewijsdocumenten aangevoerd door moederen.[39] Een ander gehoord argument is dat door de juridische en organisatorische positie van een holdingmaatschappij als controlehoudster van een groep ondernemingen, zij als moeder bovenaan de hiërarchie van de groep staat. Door deze positie van de holdingmaatschappij gaat het Hof al bij voorbaat uit van een beslissende invloed.[40]

Daarbij staan ondernemingen voor de vraag met welke middelen zij het vermoeden moeten weerleggen. In ieder geval zijn er drie manieren: aantonen dat 1) de Commissie ten onrechte stelt dat de moeder 100% kapitaal bezit of 2) in de praktijk geen beslissende invloed is uitgeoefend waardoor niet sprake kan zijn van een economische entiteit of 3) er sprake is van een combinatie van deze beide. Veelal ziet de bewijsopdracht op de tweede manier: op basis van feitelijke organisatorische en juridische omstandigheden het vermoeden trachten te weerleggen. Bijvoorbeeld – maar niet uitputtend – overlap in het management, bevoegdheden van de moeder om investeringen en strategische beslissingen te beoordelen of verplichte rapportages van de dochter aan de moeder. Het komt in de praktijk neer op het overleggen van documenten ten aanzien van juridische structuren, statuten, notulen, rapportages en notities die aantonen dat geen beslissende invloed daadwerkelijk is uitgeoefend in de periode dat de kartelinbreuk plaatsvond.

Bij het aandragen van het bewijs moet een moeder er rekening mee houden dat de rechter bij het beoordelen van de economische, juridische en organisatorische banden tussen moeder en dochter alle feiten meeweegt. Blijkt dat een moeder op

37 GvEA 13 juli 2011, gevoegde zaken T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 en T-154/07, ThyssenKrupp Liften Ascenceurs NV e.a./ Commissie, par. 112-117.
38 EHRM, Ooms Avenhorn Holding B.V. e.a. v. Nederland, appl. no. 41490/11.
39 HvJ 29 september 2011, zaak C-521/09P Elf Aquitaine SA, par. 44.
40 HvJ 29 september 2011, zaak C-520/09 P Arkema SA, par. 44.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

papier geen beslissende invloed kan uitoefenen op haar dochter, maar in praktijk dit wel doet door bijvoorbeeld voorwaarden te verbinden aan een investering die van invloed zijn op het strategische commerciële gedrag van haar dochter, dan zal de boete wel aan de moeder kunnen worden toegerekend. Van belang is dan ook dat een moeder scherp voor ogen houdt wat het doel is van het bewijs dat zij gaat aandragen. Een valkuil voor de moeder schuilt in het richten van haar bewijs op het weerleggen van betrokkenheid of aansporing bij de inbreuk of de markt waar de kartelinbreuk heeft plaatsgevonden. Dergelijk bewijs is meer dan eens ter zijde geschoven omdat dit niet voldoende aantoont dat geen sprake is van één economische entiteit tussen moeder en dochter. Het bewijs van de moeder zal daarom moeten toezien op de zelfstandigheid van de dochter en de beperkte rol van de moeder. Het 'duivelse' aan de bewijsopdracht lijkt echter vooral te schuilen in het aantonen van iets dat je niet hebt gedaan. Want, zoals de Commissie stelt, het ontbreken van bewijsmateriaal van communicatie of invloed tussen moeder en dochter bewijst niet dat de dochter autonoom opereert.[41]

Hoewel de opdracht als duivels wordt ervaren, gaat de Europese rechter echter mee in de opvatting van de Commissie dat het hier niet om een onmogelijke bewijsopdracht gaat. Dat het moeilijk is om bewijs aan te dragen, maakt dit nog niet tot een onmogelijkheid, aldus de beoordeling van de rechter.[42] Hoe de mogelijkheid tot het aandragen van bewijs vervolgens moet worden ingevuld, daar laat de rechter zich niet over uit.

Beoordeling aangedragen tegenbewijs

De taak van de beboete moeder voor de rechter is om aan te tonen dat de motivering waarmee de Commissie haar moeder aansprakelijk houdt voor de gedraging van de dochter gebrekkig is. Dat blijkt gelet op de gestelde bewijslast door de Europese rechter een stevige kluif te zijn.

Uit de jurisprudentie zijn er nog geen voorbeelden waarin een moeder het vermoeden heeft weten te weerleggen. Wel zijn er twee zaken waarin de moeder dusdanige bewijselementen aandroeg, waardoor de Commissie zich niet slechts op het standpunt kon stellen dat door het 100% kapitaal de moeder beslissende invloed uitoefende. In de zaak *L'Air Liquide* bracht de moeder een dusdanig aantal argumenten in waarmee zij wilde aantonen dat ze geen invloed had uitgeoefend. Onder andere stelde ze dat er geen overlap in personeel was, de dochter haar eigen commerciële diensten en beleid ontwikkelde en dat moeder en dochter beide een significant andere activiteit uitoefenden. De Commissie is vervolgens onvoldoende ingegaan op deze argumenten, waardoor het Gerecht oordeelde dat niet kon worden vastgesteld dat de moeder beslissende invloed had uitgeoefend.[43] Ook in de zaak *Edison* wist een moeder aan de boetetoerekening te ontkomen door uitgebreid bewijsmateriaal aan te dragen om het vermoeden te weerleggen. Wederom kon het Gerecht geen beslissende invloed vaststellen, doordat de

41 GvEA 14 juli 2011, zaak T-190/06, Total SA en Elf Aquitaine SA/Europese Commissie, par. 73.
42 GvEA 14 juli 2011, zaak T-190/06, Total SA en Elf Aquitaine SA/Europese Commissie, par. 66.
43 GvEA 16 juni 2011, zaak T-185/06 L'Air Liquide, par. 79.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Commissie onvoldoende gemotiveerd had gereageerd op de argumenten van de moeder.[44] Andersom heeft de rechter meer dan eens de Commissie in het gelijk gesteld, omdat de moeder haar standpunten onvoldoende had onderbouwd. Een blote bewering is niet afdoende om boetetoerekening te voorkomen.[45]

De dubbele grondslag

De Commissie lijkt nu de weg te volgen om het zekere voor het onzekere te nemen: als de moeder (nagenoeg) 100% van de aandelen houdt, geeft de Commissie steeds vaker additioneel bewijs waaruit beslissende invloed ook zou moeten blijken. In het arrest *Alliance One International e.a.* van 19 juli 2012 ging de Commissie bij haar boeteberekening voor – zoals de A-G het benoemt – de 'dubbele grondslag'. Enerzijds voerde ze aan dat de moeder 100% van het kapitaal in handen had en ging dus uit van beslissende invloed. Anderzijds heeft de Commissie bewijsmateriaal aangedragen om aan te tonen dat de moeder beslissende invloed heeft uitgeoefend.[46] De Commissie baseerde zich dus niet enkel op het weerlegbaar vermoeden, maar hield voorzichtigheidshalve rekening met bijkomende factoren die daadwerkelijk wezen op de uitvoering van beslissende invloed. *Alliance One International* is het enige arrest waar tot nu toe de 'dubbele grondslag' op deze wijze ter sprake komt. In eerdere arresten wordt al wel het onderscheid gemaakt tussen bewijs dat invloed in *sensu lato* (bewijs voor 100% kapitaal bezit) en invloed in *sensu stricto* (bewijs van feitelijke omstandigheden waaruit invloed blijkt) aantoont.

Volgens de A-G Kokott is de keuze voor een dubbele grondslag van de Commissie objectief gerechtvaardigd, omdat destijds (dit was voor het Akzo Nobel arrest) onzekerheid bestond over de toepassing van het weerlegbaar vermoeden. Wel brengt deze keuze met zich mee dat, als de Commissie zelfstandig besluit strengere maatstaven ten grondslag aan haar beschikking te leggen, zij ook haar motivering van de beschikking hierop moet aanpassen. Of met andere woorden: 'wie voor zichzelf de lat hoger legt, moet niet verbaasd zijn dat het moeilijker wordt om er overheen te springen'.[47]

Wij vragen ons af of wat deze 'dubbele grondslag' in de praktijk betekent. Zo is de term 'dubbele grondslag' niet logisch gekozen. De eerste 'grondslag' is het weerlegbaar vermoeden: door het bezit van kapitaal wordt beslissende invloed verondersteld. De tweede 'grondslag' is vervolgens de verzameling van bewijselementen die daadwerkelijk de beslissende invloed aantonen. Het gaat hier in wezen dus niet zozeer om twee verschillende grondslagen, maar om een onderbouwing, althans inkleuring van het vermoeden. Toch verandert de bewijsopdracht voor de moeder wel degelijk. Want als de Commissie zelf al bewijzen in *sensu stricto* aandraagt, dan moet de moeder bewijzen aandragen van buiten het dossier die de

44 GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06 Edison, par. 87.
45 HvJ 16 juni 2011, zaak T-197/06 FMC Corp, par. 129.
46 HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-648/10P en C-14/11P Alliance One International e.a., par. 132.
47 Conclusie van Advocaat-Generaal J. Kokott 23 april 2009, zaak C-97/08 P Akzo Nobel, randnr. 125.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

specifieke aantijgingen kunnen weerleggen. Houdt de Commissie het echter bij een *sensu lato* bewijs, dan kan de moeder zelf de bewijzen *sensu stricto* aandragen en is het vervolgens aan de Commissie om de bewijzen gemotiveerd te weerleggen. In de praktijk echter zal het niet waarschijnlijk zijn dat als er in het dossier aanwijzingen zijn voor het niet-autonoom handelen van de dochter, deze aanwijzingen niet gebruikt zullen worden door de Commissie. Dat blijkt ook wel uit het aangehaalde voorbeeld Edison.

Onduidelijk is de betekenis van de 'dubbele grondslag' in de toekomst. Aan de ene kant ligt dat aan de consequente toepassing van het weerlegbaar vermoeden door de Commissie en de Europese rechter. Aan de andere kant is de tendens te zien dat de Commissie steunbewijs overlegt om beslissende invloed aan te tonen. Hoewel aanvullend bewijs naast het bezit van 100% kapitaal volgens de regel van het Hof niet nodig is, neemt de Commissie vaak het zekere voor het onzekere en draagt ze zelf al bewijselementen aan, zoals overlap in personeel of management.[48]

De 'dubbele grondslag' kan wel betekenis hebben als blijkt dat tijdens de kartelinbreuk van een dochter de aandelenverhoudingen veranderen. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *FLS Plast*.[49] De Commissie was bij haar boetetoerekening uitgegaan dat de moeder beslissende invloed had omdat zij ervan uitging dat de moeder bij het begin van het kartel 100% van de aandelen in de dochter had. Dat bleek niet het geval: tijdens het eerste jaar van de inbreuk bezat de moeder 60% van het kapitaal, waardoor de Commissie niet vanuit een vermoeden een beslissende invloed kon toerekenen. De Commissie voerde daarom aan dat er sterke personele banden tussen moeder en dochter bestonden. Volgens de rechter was hiermee echter niet aangetoond dat sprake was van één economische entiteit. Mede omdat een andere aandeelhouder de resterende 40% aandelen bezat en de dochter werd bestuurd door een bestuur waar de dochter zelf bepalend in is geweest. Voor het eerste jaar van het kartel kon daarom slechts aan de dochter een boete toegerekend worden, nu de moeder had aangetoond dat zij geen beslissende invloed heeft uitgeoefend. Voor de overige periode van het kartel kreeg de moeder wel een boete toegerekend vanwege haar beslissende invloed.[50]

Toerekening te voorkomen?

Uit de vorenstaande analyse komt naar voren dat bij een kartelinbreuk door een dochter de moeder een groot risico loopt dat aan haar ook een boete wordt toegerekend. Hoewel vooralsnog niet vaststaat dat met de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van de moeder, de moeder ook civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de gedragingen van haar dochter[51], zullen moedermaat-

48 HvJ 13 juli 2011, Shell, par. 71, en HvJ 16 juni 2011, zaak T-197/06 FMC Corp, par. 49.
49 HvJ 6 maart 2012, zaak T-64/06 FLS Plast A/S, par. 2.
50 HvJ 6 maart 2012, zaak T-64/06 FLS Plast A/S, par. 36-43.
51 Zie ook Kortmanns bevindingen in het verslag van het Van der Heijden Congres 2011, Ondernemingsrecht 2012/61 (bijgewerkt tot 16 mei 2012).

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

schappijen binnen een concern moeten balanceren tussen de belangen in dochtermaatschappijen en de invloed op basis waarvan hen als moeder een boete kan worden toegerekend. Doordat niet alleen de juridische structuur wordt beoordeeld maar ook de economische en organisatorische banden, valt aan toerekening niet te ontsnappen door op papier weinig invloed te hebben.

Het is aanbevelenswaardig voor moeders hun concernstructuur op het punt van 'beslissende invloed' te bekijken om verrassingen te voorkomen op het punt van de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid. Niet alleen vanwege de financiële consequenties, maar ook vanwege een imagoschade die veel groter uitpakt dan wanneer deze beperkt blijft tot een dochter. Zoals uit de zaak Edison volgt, is het aandragen van bewijs om aan te tonen dat er geen beslissende invloed is geweest een letterlijk veelomvattende taak.

Daarnaast begint het voorkomen van een boete bij het voorkomen van een kartelinbreuk. Een compliance-programma waarmee instructies worden gegeven aan het personeel hoe zij zich kunnen houden aan de mededingingsregels is vanzelfsprekend een bruikbaar middel om een kartelinbreuk te voorkomen. In het vraagstuk aan wie de boete moet worden toegerekend zou een compliance-programma binnen de onderneming eveneens van belang kunnen zijn. Op het moment dat een moeder namelijk invloed heeft op de wijze waarop medewerkers met kartelinbreuken omgaan, heeft de rechter eerder gesteld dat een moeder beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van de dochter.[52] Een oplossing zou kunnen zijn om de dochter zelf te betrekken bij het opstellen van een compliance-programma teneinde de invloed van de moeder beperkt te houden. Of dat houdbaar is, zal ook de toekomst moeten uitwijzen.

52 HvJ 13 juli 2011, Shell, par. 72.