

Vergaande toerekening van kartelinbreuken aan moedermaatschappijen

Mr. W.J. Brants

Op 12 december 2007 wees het Gerecht van Eerste Aanleg ('GvEA') arrest in de zaak *Akzo Nobel N.V., Akzo Nobel Nederland B.V., Akzo Nobel Chemicals International B.V., Akzo Nobel Chemicals B.V. en Akzo Nobel Functional Chemicals B.V.* (hierna tezamen 'Akzo') tegen de Commissie.² In dit arrest is de speelruimte van moedermaatschappijen om zich te disculperen voor de toerekening van mededingingsinbreuken van dochters verder ingeperkt.

GvEA, zaak T-112/05, Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie, n.n.g.

Feiten

Dit arrest betreft het beroep dat Akzo had ingesteld tegen een boetesluit van de Commissie vanwege overtreding van het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en artikel 53 EER. De Commissie verdacht Akzo tezamen met BASF A.G. ('BASF') en UCB S.A. ('UCB') een kartel in stand te hebben gehouden met betrekking tot choline chloride (vitamine B4). Deze vitamine wordt vooral gebruikt als voedingsupplement in de veevoederindustrie.³

Volgens de Commissie sloten de Europese en Noord-Amerikaanse producenten van choline chloride in 1992 in Ludwigshafen een kartelovereenkomst. In deze overeenkomst werden de wereldwijde markten verdeeld, prijsafspraken vastgelegd, afspraken gemaakt omtrent de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie en over de controle van downstream gelegen distributeurs en converters.⁴ Belangrijkste element van de overeenkomst was een wederzijdse afspraak om elkaars thuismarkten niet te belevaren. In 1994 eindigde het wereldwijde karakter van het kartel toen een Canadese producent, Chinook, aangaf niet langer te willen deelnemen aan het kartel.

Vanaf dat moment werd het kartel alleen op Europees niveau voortgezet tussen de Europese producenten. Tussen de Europese producenten werden tevens afspraken over marktaandeel gemaakt.⁵ In 1998 werd ook dit kartel beëindigd toen bleek dat de Amerikaanse autoriteiten het oude, wereldwijde kartel op het spoor waren.

In hetzelfde jaar werd de Commissie benaderd door Chinook. Deze onderneming informeerde de Commissie over het bestaan van

het kartel, maar diende uitdrukkelijk geen clementie-aanvraag in. De Commissie nam de zaak pas op nadat de Amerikaanse producent Bioproducts ten aanzien van hetzelfde kartel wel een clementie-aanvraag indiende.

In haar beschikking heeft de Commissie geen boete opgelegd aan de Noord-Amerikaanse ondernemingen omdat deze inbreuk verjaard was bij de aanvang van het onderzoek in 1999. De Noord-Amerikaanse deelnemers hadden hun deelname aan het kartel immers in 1994 al beëindigd. Aangezien de Europese ondernemingen BASF, UCB en Akzo het kartel hadden voortgezet na 1994, konden zij wel beboet worden. De inbreuk van Akzo Nobel Nederland B.V., Akzo Nobel Chemicals International B.V., Akzo Nobel Chemicals B.V. en Akzo Nobel Functional Chemicals B.V. werd door de Commissie tevens toegerekend aan moedermaatschappij Akzo Nobel N.V. aangezien Akzo Nobel N.V. 100 procent van de aandelen bezat van de betrokken dochters. Vanwege het 100-procent-aandeelhouderschap van Akzo Nobel N.V. kon volgens de Commissie worden vermoed dat Akzo Nobel N.V. beslissende invloed had op het beleid van haar dochters en mitsdien een economische eenheid vormde met haar dochters.

De Commissie overwoog hiertoe het volgende:

'This conclusion could only be different if the (direct or indirect) operational subsidiaries of Akzo Nobel N.V. were able to – and actually did – operate an autonomous commercial policy in the period concerned. This is, however, not the case. Akzo Nobel N.V. is not simply an investment vehicle which serves merely to invest capital in companies whose commercial operations it then leaves to those companies, withdrawing capital as soon as it considers that an investment in other

Mr. W.J. Brants is advocaat Houthoff Buruma.¹

¹ De auteur dankt I.W. VerLoren van Themaat voor zijn opmerkingen ten aanzien van het concept.

² *GvEA, zaak T-112/05, Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie, n.n.g.*

³ Commissie beschikking, 9 december 2004, Zaak COMP/37553, *Choline chloride*, rnr. 7.

⁴ Converters zijn ondernemingen die vloeibare choline chloride inkopen. Vervolgens verwerken deze ondernemingen dit product in een drager teneinde dit weer te verkopen. Deze converters concurreren op deze manier rechtstreeks met de producten.

⁵ Commissiebeschikking, *Choline chloride*, rnr. 99.

companies, possibly not belonging to the Akzo Nobel group, would provide a better return.⁶

De Commissie legde uiteindelijk boetes op van bijna 35 miljoen euro voor BASF, van ruim 10 miljoen euro voor UCB en van bijna 21 miljoen euro voor Akzo.

Beroep

Betrokken partijen stellen beroep in bij het GvEA. UCB en BASF richten zich hierbij tegen de vaststelling van de hoogte van de boete, terwijl de middelen van Akzo gericht zijn tegen de toerekening van de boete aan de moedermaatschappij. De behandeling van de Akzo-zaak vindt uiteindelijk apart plaats.

Structuur Akzo

Voorafgaand aan de bespreking van de overwegingen van het GvEA, zal de juridische en organisatorische structuur van Akzo worden besproken, aangezien deze structuren een rol spelen bij het verweer van Akzo.

De organisatorische structuur van de onderneming wordt volgens Akzo aldus vormgegeven dat Akzo Nobel N.V. de centrale kern van de onderneming vormt, waarbij *business units* en *sub-business units* activiteiten ontplooiën via een van de verschillende dochterondernemingen.

De centrale kern, Akzo Nobel N.V., is verantwoordelijk voor strategische kwesties. De onderliggende business units hebben een eigen directie, een directeur-generaal en zijn verantwoordelijk voor algemene diensten en het operationele beleid. Het hoofdkantoor geeft alleen strategische financiële doelstellingen af, stelt algemene regels voor het ondernemen vast ('business principles') en de richtsnoeren aangaande juridische en fiscale aangelegenheden, personeelsbeleid e.d. ('corporate directives'). Ook de sub business units beschikken over een eigen directie. Voor het overige functioneren zij volstrekt autonoom.

Daarnaast beschikt Akzo over een juridische structuur waarvan Akzo Nobel N.V. de topholding is en die meer dan 1000 juridische entiteiten omvat.

Akzo had ten tijde van de inbreuk twee productiefaciliteiten voor cholinchloride, een in Delfzijl en een in Mareno, Italië. De productie in Italië werd uitgeoefend door Akzo Nobel Chemicals Spa, een dochter van Akzo Chemicals International B.V., die op haar beurt weer een dochter was van Akzo Nobel N.V. De productie in Nederland viel onder Akzo Nobel Functional Chemicals B.V., een dochter van Akzo Nobel Nederland B.V., die op haar beurt weer onder moeder Akzo Nobel N.V. viel.

Akzo Nobel Chemicals International, Akzo Nobel Functional Chemicals en Akzo Nobel Chemicals waren de eigenaar van de activiteiten die door de sub-business unit methylaminen en cholinchloride werden uitgeoefend.

Middelen Akzo

Akzo voert in beroep drie middelen aan. Het eerste middel richt zich tegen de toerekening van de inbreuk aan de moedermaatschappij Akzo Nobel N.V. Het tweede middel richt zich tegen de onjuiste toepassing van artikel 23 lid 2 Vo. 1/2003 door de Commissie. Het laatste middel richt zich tegen de schending van de motiveringsplicht. Hier zal alleen op het eerste middel nader worden ingegaan.

GvEA

Allereerst roept het GvEA in herinnering dat het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG-Verdrag alle economische eenheden omvat die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en ertoe kan bijdragen dat een inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag kan worden gepleegd.⁷

Daaruit volgt volgens het GvEA dat voor de toerekening van aansprakelijkheid aan de moeder niet bepalend is of de moedermaatschappij haar dochter heeft aangespoord tot inbreuken dan wel hier zelf betrokken is geweest. Het enige doorslaggevend criterium is de vaststelling of de ondernemingen zelfstandig in staat waren hun beleid te bepalen.⁸

Vervolgens herhaalt het GvEA dat indien een moedermaatschappij 100 procent van het kapitaal in een onderneming houdt, een weerlegbaar vermoeden geldt dat de moederonderneming een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter. Het is aan de moedermaatschappij om dit vermoeden te ontcrachten door bewijzen voor de autonomie van haar dochter aan te voeren.

Hierna beklemtoont het GvEA dat de overwegingen uit het arrest *Stora*⁹ niet kunnen worden gezien als een verlichting van het bewijsvermoeden. Volgens het GvEA heeft het Hof in *Stora* weliswaar extra omstandigheden genoemd, buiten het bezit van 100 procent van het kapitaal van de dochteronderneming, maar gelden de in dit arrest genoemde omstandigheden niet als bijkomende voorwaarden voor toepassing van het bewijsvermoeden. Een 100-procent-bezit van het kapitaal volstaat volgens het GvEA om het vermoeden te rechtvaardigen dat een moeder beslissende invloed had op het commerciële beleid van haar dochter:

'In die omstandigheden volstaat het dat de Commissie bewijst dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om te concluderen dat deze laatste beslissende invloed heeft op haar commerciële beleid. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij bewijst dat haar dochteronderneming haar instructies niet eerbiedigt en zich derhalve op de markt autonoom gedraagt'.¹⁰

Vervolgens onderzoekt het GvEA het argument van Akzo dat uit de rechtspraak volgt dat dit bewijsvermoeden alleen betrekking heeft op het commerciële beleid *stricto sensu*. Het GvEA erkent dat de gemeenschapsrechter in het verleden voor de vaststelling of sprake was van een economische eenheid slechts is nagegaan of de moedermaatschappij invloed kon uitoefenen op het prijsbeleid, de productie- en distributieactiviteiten, de verkoopdoelstellingen, de brutomarges, de verkoopkosten, de 'cashflow', de voorraden en de marketing. Uit deze rechtspraak kan volgens het GvEA echter niet worden afgeleid dat enkel commerciële aspecten onder het begrip commercieel beleid vallen:

'Uit die rechtspraak en de overwegingen in de punten 57 en 58 van dit arrest volgt integendeel dat het aan de moedermaatschappij

⁶ Commissiebeschikking, (Choline chloride), rnr. 175.

⁷ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 57. GvEA zaak T-9/99, HFB/Commissie, *Jur.* 2002, p. II-1487, punt 54.

⁸ *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 58. GvEA zaak T-230/01, *Michelin/Commissie*, *Jur.* 2003, p. II-4071, punt 290.

⁹ HvJEG zaak C-286/98, *Stora Koppaberg Bergslags/Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-9925, punt 29.

¹⁰ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 62.

staat om ter beoordeling door het GvEA alle elementen over te leggen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf, die volgens haar kunnen aantonen dat zij geen economische eenheid vormen. Daaruit volgt ook dat het GvEA bij zijn beoordeling rekening moet houden met alle hem door partijen verstrekte elementen, waarvan de aard en het belang kunnen variëren naargelang van de kenmerken van elke zaak.¹¹

Na deze vaststelling onderzoekt het GvEA of Akzo Nobel N.V. in casu één enkele economische eenheid vormde met haar dochterondernemingen. Het GvEA concludeert hiertoe dat Akzo Nobel N.V. in ieder geval 100 procent van de aandelen van haar dochters hield, waardoor het beschreven bewijsvermoeden toepassing vindt.

Op basis van de door Akzo overlegde stukken concludeert het GvEA vervolgens dat Akzo dit bewijsvermoeden niet kan weerleggen. Het GvEA komt tot deze conclusie na bestudering van de Authority Schedules van Akzo. Deze schema's bevatten een beschrijving van de beslissingsbevoegdheid binnen het Akzo-concern. Volgens het GvEA volgt uit deze schema's dat het bestuur van Akzo Nobel N.V. op significante wijze betrokken is bij de vaststelling van de verschillende aspecten van de strategie van de betrokken dochterondernemingen, aangezien Akzo Nobel N.V. bevoegd was de eindbeslissing te nemen.¹²

Bij deze beoordeling maakt het volgens het GvEA geen verschil dat de dochterondernemingen eigen beslissingsbevoegdheid ten aanzien van distributie en prijzen hadden:

*'Zoals in punt 58 reeds is opgemerkt, vereist de toerekening van een inbreukmakende gedraging van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij namelijk niet dat is bewezen dat de moedermaatschappij invloed uitoefent op het beleid van haar dochteronderneming op het specifieke terrein waarop de inbreuk is gepleegd, in casu de distributie en de prijzen. Daarentegen kunnen organisatorische, economische en juridische banden tussen de moedermaatschappij en haar dochteronderneming het bestaan aantonen van een invloed van eerstgenoemde op de strategie van de tweede, en derhalve rechtvaardigen dat zij als één enkele economische eenheid worden aangemerkt.'*¹³

Ook het feit dat de dochters van Akzo Nobel N.V. beschikken over een eigen Raad van Bestuur is volgens GvEA niet overtuigend.

Zelfs indien de door Akzo voorgestelde uitleg, dat het bewijsvermoeden alleen betrekking heeft op het commerciële beleid *stricto sensu*, juist was, blijkt volgens het GvEA dat in casu wel degelijk sprake was van commerciële invloed van Akzo Nobel N.V. op haar dochters.¹⁴ Het GvEA concludeert mitsdien tot afwijzing van het eerste middel.

Commentaar

Inleiding

Dit arrest past in de lijn van twee ontwikkelingen die de laatste jaren in het Europese mededingingsrecht kunnen worden waargenomen. Sinds Europese Commissie een aantal jaar geleden haar 'var on cartels' verder heeft geïntensiveerd door een clementieprogramma te introduceren, is een (logische) tendens waarneembaar waarin de juridische disputen tussen de Commissie en de karteldeelnemers niet zozeer gaan over de vraag of sprake is van een kartel als wel over de vraag of de boete hiervoor juist is vastgesteld en geadresseerd.¹⁵

Daarnaast is een ontwikkeling waarneembaar waarbij de Gemeenschapsrechter in kartelzaken in toenemende mate gebruik

maakt van bewijsvermoedens, die door de adressanten van een Commissiebeschikking in de praktijk niet of heel moeilijk zijn te betwisten.

Een bekend voorbeeld van een bewijsvermoeden is te vinden in de *Polypropyleen*-arresten. In deze arresten besliste het Hof dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging weliswaar afstemming en daaropvolgend marktgedrag vereist, maar dat moet worden vermoed dat indien de afstemming bewezen is en de onderneming op de markt actief is gebleven het causale verband tussen beide criteria gegeven is.¹⁶ Dit bewijsvermoeden geldt, tenzij de onderneming een plausible alternatieve verklaring voor zijn gedrag kan geven.

In deze arresten is tevens de bewijspresumptie ontwikkeld dat wanneer een onderneming niet actief heeft deelgenomen aan mededingingsbeperkende besprekingen toch vermoed mag worden dat een onderneming met de inhoud heeft ingestemd, in geval zij zich hier niet uitdrukkelijk tegen heeft verzet. Het is de onderneming die vervolgens moet aantonen dat zij dit verzet wel heeft geboden.¹⁷

In casu stonden dergelijke materiële bewijsvermoedens niet ter discussie. Tijdens het onderzoek van de Commissie had Akzo net als de andere betrokken ondernemingen actief meegewerkt met de Commissie en allerlei bewijsmateriaal overlegd in het kader van de destijds vigerende clementieprocedure. Het bewijs voor het bestaan van het kartel was overvloedig en het geding voor het GvEA beperkte zich tot de vraag of de Commissie boete aan de juiste vennootschap had toegerekend.

Ook in Akzo heeft de Commissie echter bij de toerekening van de boete gebruik gemaakt van een bewijsvermoeden. Dit bewijsvermoeden vindt zijn oorsprong in een aantal zaken van het Hof van Justitie ('Hof').

Bewijsvermoeden beslissende invloed

De kiem voor het bewijsvermoeden werd gelegd in de zaak *ICI* uit 1972 waarin het Hof bepaalde dat een aparte rechtspersoonlijkheid voor een dochtermaatschappij de Commissie niet de mogelijkheid ontnam het gedrag van de dochter aan de moeder toe te rekenen aangezien moeder en dochter een economische eenheid vormden. Dit was volgens het Hof met name het geval wanneer de moeder een instructiebevoegdheid had ten aanzien van de dochter.¹⁸

Uit het latere arrest *AEG* volgt dat de Commissie hierbij wel dient te bewijzen dat de moedermaatschappij niet alleen de mogelijkheid had beslissende invloed uit te oefenen op haar dochter, maar dat de moeder hier ook daadwerkelijk gebruik van heeft gemaakt.¹⁹ Het Hof bepaalde voorts dat een dergelijke eis niet gold op het moment dat de moedermaatschappij 100 procent van de aandelen van de dochter in handen heeft, aangezien de moeder in dat geval noodzakelijkerwijs het gedrag van de dochter kan beïnvloeden.²⁰

¹¹ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 65.

¹² GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 82.

¹³ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 83.

¹⁴ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 85.

¹⁵ R. Whish, *Competition law*, Londen, 2003, p. 459.

¹⁶ HvJ EG zaak C-49/92, *Commissie/Anic Participazioni SpA*, Jur. 1999, p. I-4125, punt 121-124.

¹⁷ HvJ EG, *Commissie/Anic*, punt 96.

¹⁸ HvJ EG zaak 48/69, *ICI/Commissie*, Jur. 1972, p. 619, punt 132-140.

¹⁹ HvJ EG zaak 107/82, *AEG/Commissie*, Jur. 1983, p. 3151, punt 50.

²⁰ *Idem*, punt 50.

Met het arrest *Stora* leek het Hof het bewijsvermoeden weer enigszins te verlichten.²¹ In deze zaak overwoog het Hof dat het GvEA zich terecht op het bewijsvermoeden kon baseren bij 100 procent-aandeelhouderschap, in het bijzonder aangezien de moedermaatschappij zich als enige onderhandelingspartner had opgeworpen in de procedure bij de Commissie. Een aantal commentatoren lazen in de overwegingen van het Hof dat naast 100-procent-aandeelhouderschap ook bijkomende omstandigheden moesten worden aangedragen door de Commissie om tot het vermoeden van beslissende invloed te komen.²²

Uit het arrest *Speciaal Grafiet* van het GvEA bleek echter dat deze bijkomende omstandigheden niet vereist waren voor de toepassing van het bewijsvermoeden.²³

Voorts heeft het GvEA vorig jaar arrest gewezen in de zaken *Akzo*²⁴ en *Avebe*.²⁵ Daarbij oordeelde het Hof dat het vermoeden van beslissende invloed niet alleen bestond bij 100-procent-dochters, maar ook bij dochters waarbij de moeders gezamenlijk zeggenschap hadden. Dit geval is echter enigszins verschillend van de voorgaande zaken aangezien de moeders verenigd waren in een VOF en niet in een rechtspersoon.

Verstreckende interpretatie

De eerste overwegingen van het GvEA lezen als een enigszins plichtmatige weergave van staande rechtspraak.²⁶ De diepte waarmee het GvEA vervolgens toetst of dit bewijsvermoeden in casu door *Akzo Nobel* is weerlegd, is nieuw. Uit deze toets blijkt eveneens dat het vermoeden van beslissende invloed in de praktijk moeilijk te weerleggen zal zijn. Immers zelfs wanneer het commerciële beleid (het vaststel-

len van de prijzen) zelfstandig door de dochters wordt bepaald, is dit onvoldoende het bewijsvermoeden van beslissende invloed te weerleggen. Het GvEA stelt tevens dat naast het commerciële beleid andere elementen een rol kunnen spelen bij de vraag of daadwerkelijk beslissende invloed is uitgeoefend. Bij de beantwoording van deze vraag kan volgens het GvEA gekeken worden naar juridische, economische en organisatorische banden die het bestaan aantonen van beslissende invloed op de strategie.²⁷ Daar lijkt uit te volgen dat wanneer juridische of economische of organisatorische banden tussen moeder en dochter kunnen worden aangetoond, de beslissende invloed gegeven is.²⁸ Doorslaggevend is of de moeder invloed had op het marktgedrag van de dochter en niet of de moeder invloed had op de overtreding zelf.

Een dergelijke overweging doet vermoeden dat dit bewijsvermoeden nog verder strekt dan het aanvankelijke standpunt van de Commissie in het boetebesluit. Daarin leek Commissie te suggereren dat in geval sprake was van een investeringsmaatschappij het gedrag van de dochter niet aan 100-procent-moeder kon worden toegerekend.

De Commissie zou op basis van de uitwerking van het bewijsvermoeden door het GvEA kunnen overwegen om ook dergelijke investeringsmaatschappijen te vervolgen, aangezien ook deze investeringsmaatschappijen als aandeelhouders vaak gebruik maken van het recht één of meerdere bestuurders te benoemen of dit via de aandeelhoudersvergadering afdwingen.²⁹

Daarmee vertoont het begrip beslissende invloed uit artikel 81 EG steeds meer gelijkenissen met het begrip zeggenschap uit de concentratiecontrole, namelijk de mogelijkheid (in plaats van daadwerkelijk) om op grond feitelijke of juridische omstandigheden beslissende invloed uit te oefenen.³⁰ Te meer nu verwacht kan worden dat de Commissie zal trachten het bewijsvermoeden uit deze zaak toe te passen op zaken waarin de moeder niet 100 procent van de aandelen van de dochter in handen heeft.³¹

In die zin is het opvallend dat het GvEA spreekt van een 'weerlegbaar' vermoeden. Het geformuleerde vermoeden blijkt *de facto* neer te komen op een vorm van risico-aansprakelijkheid voor ondernemingen bij 100-procent-aandeelhouderschap.³² Het is zelfs de vraag of bewijs dat de moedermaatschappij niet op de hoogte was van de inbreuk van de dochter afdoende is om het bewijsvermoeden te ontkrachten. Een dergelijke situatie laat de mogelijkheid immers onverlet dat de moeder nog altijd via andere wegen invloed op de strategie van de dochter had kunnen uitoefenen.³³

Een dergelijke vergaande vorm van aansprakelijkheid is de laatste jaren bepleit met verwijzing naar het feit dat moeder en dochter bij 100-procent-aandeelhouderschap noodzakelijkerwijs verbonden zijn, aangezien zij daarmee een economische eenheid vormen. Bij deze benadering werd de vraag opgeworpen of het bewijsvermoeden zich verdroeg met de leer van de economische eenheid.³⁴ Het louter kunnen bepalen van het beleid van een dochter door de moeder zou in dat geval voldoende moeten zijn.

Ten slotte is het nog steeds niet geheel zeker of *Stora* niet tot doel had het bewijsvermoeden uit *AEG* te veranderen. Het is immers het GvEA dat steeds opnieuw 'beklemtoont' dat het Hof niet de bedoeling heeft gehad het bewijsvermoeden van *AEG* te wijzigen. Het Hof heeft hier zelf voorzover mij bekend sinds *Stora* niet meer over geoordeeld. De advocaat-generaal Mischo overwoog destijds:

*'Het blijft noodzakelijk om behalve de mate van deelneming nog iets anders aan te voeren, zij het dat aanwijzingen in dit verband volstaan.'*³⁵

²¹ HvJEG zaak C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie*, Jur. 2000, p. I-9925.

²² F. Leeflang, 'Toerekening van de gedragingen van een 100-procent-dochtermaatschappij aan de moeder automatisme of niet?', *AM* 2005 (5), p. 113-116.

P.J. Kreijger, 'noot bij Choline Chloride-beschikking', *M&M* 2005 (7), p. 228-232. P. Kreijger & F. Leeflang, 'Inbreuken door onderneming; (on)mogelijkheid van toerekening aan moederonderneming?', *M&M* 2006 (6), p. 189-192.

²³ W. Algera, 'Grafietkartels', *M&M* 2006 (1), p. 18-23.

²⁴ GvEA zaak T-330/01, *Akzo Nobel N.V./Commissie*, Jur. 2006, p.-II 3085.

²⁵ GvEA zaak T-314/01, *Avebe/Commissie*, Jur. 2006, p.-II 3085.

²⁶ Het GvEA beklemtoont dat *Stora* geen effect heeft op het bewijsvermoeden uit *AEG*, GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 62.

²⁷ GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 57-58. GvEA, *Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*, punt 83.

²⁸ A. Montesa & A. Givaja, 'When parents pay for their children's wrongs: attribution of liability for EC antitrust infringements in parents-subsidiary scenarios', *World Competition* 2006 (4), p. 555-574.

²⁹ P.J. Kreijger, 'noot bij Choline Chloride-beschikking', *M&M* 2005 (7), p. 228-232.

³⁰ J.C. Houdijk, 'Annotatie: Interpay besluit op bezwaar', *M&M* 2006 (2), p. 121.

³¹ A. Montesa & A. Givaja, t.a.p., p. 563.

³² P.J. Kreijger, 'noot bij Choline Chloride-beschikking', *M&M* 2005 (7), p. 228-232.

³³ W. Algera, 'Naschrift', *M&M* 2006 (6), p. 191-192.

³⁴ M. Spoek, 'Economische eenheid en de 'toerekening' van inbreuken aan moedervennootschappen', *AM* 2007 (1), p. 6-9.

³⁵ Conclusie a-g Mischo, zaak C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie*, Jur. 2000, p. I-9925.

Consequenties bewijsvermoeden

Het vermoeden van beslissende invloed zoals dat in de beschreven zaken is geformuleerd door het Hof, is voor de Commissie om meerdere redenen nuttig.

Allereerst is het op deze wijze mogelijk een hogere boete op te leggen zonder dat het formele maximum voor kartelboetes in beeld komt. Artikel 23 lid 2 van Vo. (EG) nr. 1/2003 bepaalt immers dat een boete maximaal 10 procent van de omzet van de onderneming mag bedragen. Daarnaast heeft de omzet van de beboete onderneming een grote invloed op de vaststelling van de boete zelf, aangezien de Commissie de boete kan verhogen bij ondernemingen met een bijzonder hoge omzet.³⁶ Voorts kan het de kans verhogen dat de boete ook daadwerkelijk wordt geïncasseerd aangezien de moeder vaak een grotere financiële armslag heeft.³⁷ Ten slotte kan het rol spelen bij de vaststelling van privaatrechtelijke aansprakelijkheid.

Ook de NMa maakt voor dezelfde redenen in haar besluiten dankbaar gebruik van de door het Hof geformuleerde bewijsvermoedens.

In het verleden is wel aanvaard dat het vermoeden van beslissende invloed, zoals geformuleerd door het Hof, ook in nationale procedures kan worden ingeroepen. De Rechtbank Rotterdam bepaalde in de zaak *Secon* dat voor de toerekening van een inbreuk de Mededingingswet maatgevend is.³⁸ De Rechtbank meende dat aansluiting moest worden gezocht bij de rechtspraak van het Hof over de aansprakelijkheid van moedervennootschappen.

De vraag is echter in hoeverre bewijsvermoedens, zoals het vermoeden van beslissende invloed, te gebruiken zijn in nationale procedures die zien op kartelinbreuken. Immers regels met betrekking tot bewijs betreffen regels van procesrecht, welke volgens de Communautaire rechtsorde tot de nationale autonomie van de lidstaten behoren. De procesregels met betrekking tot de toerekening van een inbreuk behoren bijgevolg tot de interne rechtsorde van de lidstaten, mits deze regels de uitoefening van het communautaire recht niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken en deze regels niet ongunstiger zijn dan de regels die voor nationale vorderingen gelden.³⁹

Een andere vraag is op welke wijze dit bewijsvermoeden een rol zal gaan spelen bij een privaatrechtelijke vordering uit schadevergoeding voor een mededingingsinbreuk ingeval de moeder wordt aangesproken in plaats van de inbreukmakende dochter. Is de aansprakelijkheid van een moeder gegeven indien de NMa heeft besloten de moeder in plaats van een dochter aan te spreken en op basis hiervan haar boete vaststelt? Of dient voor de civiele rechter een dergelijke toerekening opnieuw te worden vastgesteld?⁴⁰

De Nederlandse civiele rechter is vrij in het waarden van bewijs van boetebesluiten van de NMa.⁴¹ In geval een eisende partij haar schadevergoeding op onrechtmatige daad baseert, zal zij hier toe aan moeten tonen dat aan alle criteria is voldaan.

Indien de moeder wordt aangesproken zal tevens moeten worden aangetoond dat de mededingingsinbreuk aan de moeder kan worden toegerekend, ook al heeft de dochter deze gepleegd. Daarbij moet worden aangetoond dat de onrechtmatige daad te wijten aan de moedermaatschappij is (*schuld*) of dat zij aansprakelijk is krachtens de in het verkeer geldende opvattingen.

Indien alleen kan worden aangetoond dat de dochter heeft deelgenomen aan het kartel, zal moeten worden aangetoond dat de moeder hiervoor (mede)aansprakelijk kan worden gehouden. Een dergelijke toerekening is mogelijk op basis van vereenzelving ('directe doorbraak') of van indirecte doorbraak uit onrechtmatige daad.

Een doorbraak van aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad waarbij de aansprakelijkheid op de moedermaatschappij komt te rusten, wordt in het Nederlandse privaatrecht niet voetstoots aangenomen. Beslissende zeggenschap is bijvoorbeeld onvoldoende voor een beroep op vereenzelving.⁴² Ook feitelijke zeggenschap wordt bij indirecte doorbraak als onvoldoende gezien om aansprakelijkheid van de moeder aan te nemen.⁴³ De moeder dient tevens – geobjectiveerde – wetenschap van de benadeling van een schuldeiser te hebben en een zorgplicht moet jegens de schuldeiser zijn geschonden. Dat betekent dat van een vereenzelving, zoals in het bestuursrechtelijke mededingingsrecht, geen sprake is.

Echter, ook hier biedt Brussel een helpende hand. Op 2 april jl. publiceerde de Commissie haar Witboek over privaatrechtelijke handhaving. De Commissie stelt hierin voor besluiten van nationale mededingingsautoriteiten bindende bewijskracht te geven.⁴⁴ Ingeval een nationale mededingingsautoriteit besluit de moedermaatschappij te beboeten is de onrechtmatigheid van de gedraging van de moeder daarmee in het private recht ook gegeven. De Commissie meent tevens dat schuld van de adressant van een besluit bij een mededingingsinbreuk in principe gegeven moet zijn, tenzij sprake is van een daadwerkelijke verschoonbare dwaling. Een dwaling is volgens de Commissie verschoonbaar, indien een redelijk persoon die volgens een strenge zorgvuldigheidnorm handelt, niet had kunnen weten dat die gedraging de mededinging beperkte.⁴⁵

De Commissie baseert zich bij het formuleren van dit schuldvermoeden op de rechtspraak van het Hof inzake overheidsaansprakelijkheid bij schending van rechtstreeks werkend EG-recht.⁴⁶ Volgens de Commissie kan deze rechtspraak ook worden toegepast voor de vaststelling van aansprakelijkheid van particulieren die gemeenschapsrecht schenden. Een dergelijke rechtstreekse horizontale werking van het EG-schadevergoedingsrecht is niet eerder door het Hof aanvaard en het is de vraag of dergelijke tegen de lidstaten gerichte bepalingen in een relatie tussen particulieren kunnen worden toegepast.⁴⁷

³⁶ Commissie Mededeling, 1 september 2006, Richtsnoeren Boeteberekening, Pb. 2006, C 210, p. 2-5, rnr.30.

³⁷ A. Montesa & A. Givaja, t.a.p., p. 557.

³⁸ Rechtbank Rotterdam, *Secon/Dg NMa*, LJN: AO3912

³⁹ CBb, 31 december 2007, *KPN e.a./RvB NMa*, LJN: BC1396.

⁴⁰ P.J. Kreijger, 'noot bij Choline Chloride-beschikking', *M&M* 2005 (7), p. 228-232.

⁴¹ I.W. VerLoren van Themaat e.a. 'De mogelijkheden van civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', *Rapport MinEZ*, p. 41.

⁴² S. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, t.a.p., p. 192.

⁴³ S. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Vijfde druk, Deventer, 2003, p. 206.

⁴⁴ Commissie, Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, 2 april 2008, COM (2008) 165, p. 6-7. Commission Staff Working Paper, SEC (2008), 404, p. 50-54.

⁴⁵ Commissie, Witboek, p. 8-9.

⁴⁶ HvJ EG gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, *Jur.* 1996, p. I-1029.

⁴⁷ Bij richtlijnen is een dergelijke horizontale rechtstreekse werking tot nu toe niet geaccepteerd. HvJ EG zaak C-91/92, *Francini Dori*, *Jur.* 1994, p. I-3325.

Ten slotte kan men zich nog afvragen in hoeverre het bewijsvermoeden uit Akzo een rol speelt bij de beoordeling of iemand feitelijk leidinggevende is geweest bij een kartel.

Kortom, met het Akzo-arrest heeft het GvEA onderstreept dat in geval sprake is van 100-procent-aandeelhouderschap vermoed kan worden dat een moedermaatschappij beslissende invloed had op het commerciële beleid van haar dochter. Dit bewijsvermoeden is in de praktijk lastig te weerleggen. Het is echter de vraag of een dergelijk bewijsvermoeden in de nationale praktijk ook gebruikt kan worden.