

Kartelverbod uitgebreid?

Kartelondersteunende dienstverlener AC Treuhand beboet voor faciliteren kartel producenten organische peroxides

Mr. M.C. van Heezik

Op 8 juli 2008 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG het arrest gewezen in de zaak AC Treuhand tegen de Commissie.² Met dit arrest bevestigt het Gerecht dat ook derden die door middel van faciliterende diensten actief hebben bijgedragen aan de tenuitvoerlegging van een kartel, kunnen worden beboet voor het overtreden van het kartelverbod. In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de achtergronden en de (mogelijke) consequenties van deze uitspraak.

GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, AC-Treuhand AG/Commissie, n.n.g.

Feiten

Bij beschikking van 10 december 2003¹ heeft de Commissie in totaal voor zeventig miljoen euro aan boetes opgelegd aan Atofina, Peroxid Chemie, Laporte, Perorsa en AC Treuhand AG wegens het vormen van een kartel op de markt voor organische peroxides.² Het was het langst bestaande kartel dat ooit door de Commissie is ontdekt. In de periode tussen 1971 en 1999 verhoogden de belangrijkste producenten van organische peroxides in Europa gezamenlijk de prijzen en verdeelden zij de markten van organische peroxides onderling.

Het Zwitserse consultancybureau AC Treuhand AG werd eveneens beboet, zij het met een symbolische boete van 1000 euro. Volgens de Commissie heeft AC Treuhand vanaf 1993 een sleutelrol gespeeld bij de uitvoering van het kartel.³ AC Treuhand voerde aan dat haar rol niet meer dan administratief was. De Commissie kwalificeerde die rol heel anders:

This task went beyond the mere collection and treatment of statistical data. AC Treuhand was aware and actively involved in cartel arrangements, as shown by the occasional presence and knowledge of the so called "unofficial" part of the meetings, where the agreement was discussed. Also, the possibility for the parties to assess the founding documents and other documents printed on pink or red paper in the premises of AC Treuhand goes beyond the role of a

secretariat. This also applies to the auditing of data and the calculation of the "pluses and minuses", the deviations from the agreement, which was done by AC Treuhand and requires knowledge of both the figures and the agreed quotas. By auditing and calculating the deviations AC Treuhand had authority over the members of the agreement to require them to adapt their business behaviour, for example by "handing" over clients in order to restore the agreed quotas. This information, with ample written evidence, is supplemented by the matching description of the three main parties to the agreement, about AC Treuhand's advisory role in hiding the cartel, its efforts as moderator to keep the cartel going.⁴

AC Treuhand was volgens de Commissie niet alleen organisator van het kartel, maar tevens de bewaker van de succesvolle implementatie daarvan.⁵ Gelet op deze rol oordeelde de Commissie dat AC Treuhand 'was involved in the collusive arrangements by means of its decisions and actions for the purpose of restricting competition in the sector of OP (organic peroxides), even though it does not produce OP itself.'⁶ Gezien de complementariteit van AC Treuhand's activiteiten ten opzichte van de activiteiten van de kartelleden, was zij in staat de markt voor organische peroxides te beïnvloeden.⁷

Bij het bepalen van de hoogte van de boete heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat de oplegging van een boete aan een onderneming die een dergelijke rol in een kartel heeft gespeeld, redelijk nieuw is.⁸ Slechts één keer eerder heeft de Commissie geoordeeld dat een vergelijkbaar faciliterend orgaan, Fides, medeverantwoordelijk was voor de uitvoering van de mededingingsbe-

Mr. M.C. van Heezik is advocaat bij Houthoff Buruma N.V. De auteur dankt mr. I.W. VerLoren van Themaat en mr. A. Gerbrandy voor hun commentaar op het concept.

- 1 Beschikking van de Commissie van 10 december 2003, zaak COMP/E-2/37.857, *Organische peroxides*, Pb.EU 2005 L110/44 (de volledige tekst van de beschikking is uitsluitend in het Engels beschikbaar).
- 2 Producten die worden gebruikt voor de productie van plastic en rubber.
- 3 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 92.
- 4 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 95.
- 5 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 334.
- 6 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 332.
- 7 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 345.
- 8 Commissiebeschikking, *Organische peroxides*, randnr. 454.

perkende overeenkomsten en derhalve eveneens een inbreuk had gemaakt op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. Het betrof de beschikking van 17 december 1980 inzake het kartel in Italiaans gegoten glas.⁹

Beroep AC Treuhand

AC Treuhand voert in beroep vijf middelen aan tot vernietiging van de beschikking van de Commissie. Het eerste middel bevat het procedurele verweer dat de Commissie AC Treuhand's rechten van verdediging en daarmee haar recht op een eerlijk proces heeft geschonden. Met het tweede middel voert AC Treuhand een schending van het beginsel *nulla poena* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) aan. In het derde middel stelt AC Treuhand een schending van het vertrouwensbeginsel. Het subsidiair opgeworpen vierde middel richt zich tegen de schending van het rechtszekerheidsbeginsel en van het beginsel *nulla poena sine lege certa*. Het vijfde middel ten slotte richt zich eveneens tegen de schending van deze beginselen door artikel 3, tweede alinea, van de bestreden beschikking.

GvEA

Eerste middel

AC Treuhand vindt gedeeltelijk steun bij het Gerecht met het procedurele verweer dat haar rechten van verdediging zijn geschonden en dat zij geen eerlijk proces heeft gehad. AC Treuhand vernam pas op 20 maart 2003 (drie jaar na de aanvang van het onderzoek en een half jaar voor de beschikking) tijdens een vergadering met de Commissie dat de onderzoeksprocedure ook betrekking op haar had. Het Gerecht bevestigt dat ook bij het inwinnen van inlichtingen de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen in acht moeten worden genomen en dat de Commissie ook bij een verzoek om inlichtingen de rechtsgrondslagen en het doel van het onderzoek dient te vermelden. Deze verplichting gaat volgens het Gerecht echter niet zover dat de Commissie de onderneming in kennis moet stellen van alle inlichtingen waarover zij met betrekking tot vermoede inbreuken beschikt en de juridische kwalificatie daarvan. Wel dient het verzoek een duidelijke omschrijving te bevatten van de vermoedens die de Commissie voornemens is te verifiëren. De Commissie had AC Treuhand derhalve moeten inlichten over het doel en het voorwerp van het onderzoek en in die context moeten aangeven dat ook aan haar inbreukmakende gedragingen zouden kunnen worden

9 Beschikking 80/1334/EG 17 december 1980 (IV/29,869 – *Gegoten glas in Italië*), *Pb. EG* 1980, L 383/19. In deze zaak heeft de Commissie geen boetes opgelegd, aangezien het kartel al twee jaar was beëindigd. Met betrekking tot de rol van Fides overwoog de Commissie in de beschikking dat 'indien boetes zouden moeten worden opgelegd aan de ondernemingen die de betrokken overeenkomsten hebben gesloten, ook Fides binnen de grenzen van haar medeverantwoordelijkheid in aanmerking genomen zou moeten worden; dat in dit geval bij de beoordeling van de ernst van de gepleegde inbreuk eveneens rekening moet worden gehouden met het feit dat tot nu toe geen enkele beschikking van de Commissie overeenkomstig artikel (81), lid 1, werd gericht tot ondernemingen die zich in een dergelijke situatie van medeverantwoordelijkheid bevonden'.

10 GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 56.

11 GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 59.

12 GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 118 en 122.

13 GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 120.

14 GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 131 en 132.

verweten. Een dergelijke mededeling had AC Treuhand volgens het Gerecht in staat kunnen stellen de maatregelen te nemen die zij nuttig achtte om zich te disculperen en het in de fase op tegenspraak te voeren verweer voor te kunnen bereiden.¹⁰ Deze verplichting achtte het Gerecht te meer aanwezig nu volgens de eigen opgave van de Commissie, haar keuze om een consultancybureau te vervolgen, een heroriëntatie van haar eerdere beschikkingspraktijk inhield en AC Treuhand derhalve volledig werd verrast door het feit dat de mededeling van punten van bezwaar rechtstreeks op haar betrekking had.

Nu AC Treuhand echter niet heeft kunnen aantonen dat haar rechten van verdediging concreet zijn aangetast, rechtvaardigt het late moment van informeren van 'verdenking' de nietigverklaring van de bestreden beschikking niet.¹¹

Tweede middel

Met het tweede middel voert AC Treuhand aan dat de beschikking in strijd is met het *nulla poena*-beginsel, aangezien het kartelverbod slechts van toepassing is op daadwerkelijke deelnemers aan de mededingingsregeling, de zogenaamde 'daders', en niet op medeplichtigen. Het Gerecht oordeelt in de eerste plaats dat de letterlijke uitleg van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag noch de contextuele en teleologische uitlegging van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag in de weg staat aan de toepassing van dit verbod op een medepleger of een medeplichtige aan een kartel. Het Gerecht roept de rechtspraak¹² in herinnering op grond waarvan de gezamenlijke wil van ondernemingen om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen, van doorslaggevende betekenis is voor de beoordeling of de gedraging onder het kartelverbod valt.

AC Treuhand verweert zich met het argument dat zij niet actief is op de markt voor organische peroxides. Het Gerecht herinnert in dit verband aan de rechtspraak waaruit blijkt dat het kartelverbod kan worden overtreden door ondernemingen die actief zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen.¹³ De 'daders' van een kartel zijn dus niet noodzakelijkerwijs actief op dezelfde product- of dienstenmarkt. Volgens het Gerecht moet de overeenkomst worden beoordeeld in de economische en juridische context waarbinnen de ondernemingen actief zijn. Deze contextuele benadering sluit volgens het Gerecht niet uit dat een onderneming kan meewerken aan het in de praktijk brengen van een mededingingsbeperking, zonder dat zij daarbij haar eigen handelingsvrijheid op de markt waarop zij hoofdzakelijk actief is, beperkt. Een meer restrictieve uitleg van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag zou het nuttige effect aan deze bepaling ontnemen. Het kartelverbod zou dan immers eenvoudigweg kunnen worden omzeild door de inschakeling van 'karteldienstverleners' die niet actief zijn op de beoogde markt van het kartel.

Op grond van de aangehaalde rechtspraak concludeert het Gerecht dat het enkele feit dat AC Treuhand slechts een beperkte deelname aan het kartel heeft gehad, niet wegneemt dat zij als mededader aansprakelijk is voor de gehele inbreuk, waaronder tevens de gedragingen die door de producenten zijn begaan, zijn begrepen, nu deze hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hebben. Haar ondergeschikte rol kan wel in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de omvang en de zwaarte van de inbreuk en derhalve bij de bepaling van de geldboete.¹⁴

Volgens het Gerecht leidt het door AC Treuhand ingeroepen *nulla poena*-beginsel niet tot een andere conclusie. Op grond van dit beginsel dient een *communautaire* bepaling, in het bijzonder wanneer deze de basis biedt voor het opleggen van sancties, duidelijk en nauwkeurig te zijn, zodat de rechten en verplichtingen onduub-

zinnig daaruit kenbaar zijn. Het Gerecht overweegt dat dit beginsel evenwel toelaat dat regels inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid door uitlegging door de rechter worden verduidelijkt en verwijnd.¹⁵ Niettemin kan dit beginsel zich verzetten tegen de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe uitlegging van een norm die een overtreding vastlegt. Dit is in het bijzonder het geval wanneer het resultaat redelijkerwijs niet voorzienbaar was op het moment waarop de overtreding werd begaan. Naar het oordeel van het Gerecht is dit echter niet het geval nu AC Treuhand ten tijde van de verweten gedragingen tussen 1993 en 1999 reeds duidelijk uit de rechtspraak kon opmaken dat zowel mededaders als medeplichtigen aan een gepleegde inbreuk aansprakelijk konden worden gesteld. Het Gerecht wijst ten slotte nog op de Commissiebeschikking uit 1980 (gegoten glas in Italië)¹⁶ waaruit AC Treuhand eveneens had kunnen afleiden dat haar gedragingen een inbreuk op het kartelverbod vormden.

Nu het voor de toepassing van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag niet relevant is of een partij formeel en rechtstreeks contractpartij is bij een mededingingsbeperkende overeenkomst, maar het vertonen van samenspanningsgedrag voldoende is, concludeert het Gerecht dat: AC Treuhand

*'met volledige kennis van zaken en doelbewust haar beroepservaring en kantoorvoorzieningen aan het kartel ter beschikking heeft gesteld en daaruit, op zijn minst indirect, profijt heeft gehad in het kader van de uitvoering van individuele dienstovereenkomsten die haar aan de drie producenten van organische peroxides bonden.'*¹⁷

Gezien de ondersteunende activiteiten van AC Treuhand is het Gerecht van oordeel dat er een voldoende concreet en beslissend causaal verband bestond tussen deze activiteiten en de beperking van de mededinging op de markt van de organische peroxides.

Het Gerecht wijst de overige middelen af, omdat deze in feite een herhaling van de reeds aangevoerde middelen vormen.

Commentaar

Inleiding

Met deze uitspraak heeft het Gerecht de weg gebaad voor de beboeting van medeplichtige kartelondersteuners. Naar aanleiding van de uitspraak rijst de vraag of de reikwijdte van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag is uitgebreid of dat het slechts gaat om een 'nieuwe koers' in de praktische toepassing van het kartelverbod door de Commissie. De redenering van het Gerecht volgend is het laatste aan de orde. Volgens het Gerecht was deze toepassing van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag voorzienbaar. Het Gerecht stelt:

*'Het feit dat de gemeenschapsrechter zich tot op heden niet heeft uitgesproken over het bijzondere geval van de medeaansprakelijkheid van een consultancybureau dat niet actief is op dezelfde markt als de voornaamste deelnemers aan de mededingingsregeling, (volstaat) niet om te concluderen dat een bestuurlijke en jurisprudentiële praktijk die de medeaansprakelijkheid van een dergelijke onderneming constateert, of op zijn minst de mogelijkheid van een dergelijke aansprakelijkheid, niet redelijkerwijs voorzienbaar was voor beroepsbeoefenaren op basis van zowel de bewoordingen van artikel 81, lid 1, EG als de hiervoor aangehaalde rechtspraak.'*¹⁸

De Commissie drukt zich in haar beschikking voorzichtiger uit. Hierin heeft zij aangegeven dat de (enigszins) nieuwe koers die zij hanteert bij de handhaving van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag de reden is voor het opleggen van de symbolische boete aan AC Treuhand. Weliswaar had de Commissie reeds in 1980 eenzelfde uitleg aan deze

bepaling gegeven met haar beschikking in de zaak gegoten glas in Italië,¹⁹ maar sindsdien hebben zich geen vergelijkbare gevallen van kartelondersteunde dienstverleners voorgedaan.²⁰

Waarborging van de rechten van verdediging

Het lijkt erop dat de Commissie naar aanleiding van de informatie die Akzo haar in het voorjaar 2000 had verstrekt, niet direct de intentie had om AC Treuhand eveneens het voorwerp van de boetebeschikking te maken. Hoewel de Commissie naar aanleiding van deze informatie nog in 2000 een onderzoek heeft ingesteld, heeft zij AC Treuhand pas een week voor het uitbrengen van de punten van bezwaar tijdens een overleg op 20 maart 2003 meegedeeld dat haar onderzoek eveneens betrekking had op AC Treuhand. Eerder, op 3 februari 2003, had de Commissie AC Treuhand een verzoek om inlichtingen gezonden, waarbij zij had aangegeven een onderzoek te doen naar overtredingen van het kartelverbod door de Europese producenten van organische peroxides. Deze gang van zaken kan de goedkeuring van het Gerecht niet wegdragen. Hoewel de door AC Treuhand aangevoerde schending van de rechten van verdediging in dit geval niet leidt tot een vernietiging van de beschikking, omdat zij er niet in is geslaagd aan te tonen dat haar rechten onherstelbaar zijn geschonden, tikt het Gerecht de Commissie op de vingers. Het Gerecht wijst erop dat niet alleen een buitensporig lange duur van de vooronderzoeksfase het invoeren van de rechten van verdediging in de fase op tegenspraak minder doeltreffend kan maken.²¹ Het onvoldoende meedelen van de rechtsgrondslagen en het doel van het vooronderzoek kan eenzelfde schending opleveren. De Commissie moet in de eerste plaats het doel van het onderzoek meedelen indien zij een onderneming in de vooronderzoeksfase om inlichtingen verzoekt. Daarnaast dient de Commissie duidelijk te maken dat de onderneming eveneens het risico loopt te worden beschuldigd van een inbreuk.

Het laatsttijdig meedelen van een mogelijke verdenking maakt het immers moeilijker voor de betrokken onderneming om disculperend bewijs te leveren over de verweten inbreuken. Daarnaast is de kans groot dat een onderneming die in het vooronderzoek niet bewust is gemaakt van de mogelijke verdenking, verklaringen aflegt die afbreuk doen aan haar verweer in de fase op tegenspraak of die bij de bekendmaking van de punten van bezwaar zelfincriminerend blijken te zijn geweest. De voorwaarden die het Gerecht aan de vooronder-

15 GvEA zaak T-99/04, AC-Treuhand AG/Commissie, r.o. 142.

16 Idem noot 8.

17 GvEA zaak T-99/04, AC-Treuhand AG/Commissie, r.o. 155 en 156.

18 GvEA zaak T-99/04, AC-Treuhand AG/Commissie, r.o. 146.

19 Idem noot 8.

20 Wel hebben zich enkele gevallen voorgedaan waarbij dienstverlenende ondernemingen een rol hebben gespeeld bij de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie, zie beschikkingen van de Commissie van 17 oktober 1983, zaak IV/30/064, *Gietijzeren en gietstalen walsen*, Pb. EG 1983, L 371/2. In de beschikking *Gegoten glas in Italië* en in de situatie in onderhavige zaak, gaat het duidelijk om dienstverleners die een cruciale rol hebben gespeeld bij de tenuitvoerlegging van het kartel.

21 HvJ EG 21 september 2006, zaak C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie*, Jur. 2006, p. I-8725, r.o. 49 en 50.

zoekfase stelt, beogen een dergelijke uitholling van de rechten van verdediging te voorkomen.

Consequenties uitbreiding kartelverbod

Met de uitbreiding van het kartelverbod naar kartelondersteuners wordt ook de kring van potentiële verklikkers van het kartel uitgebreid. Kort na de publicatie van het arrest publiceerde de NMa een persbericht dat kartelondersteuners erop wees dat zij ook gebruik kunnen maken van de clementieregeling.²² De sancties die kartelondersteuners riskeren, zullen hen extra motiveren een kartel aan te geven. In het Verenigd Koninkrijk hangt natuurlijke personen die een kartel ondersteunen zelfs een gevangenisstraf boven het hoofd. Dit heeft Whittle, accountant van een bedrijf actief op de markt voor olieslangen voor schepen, aan den lijve ondervonden. Deze gevangenisstraf is hem opgelegd, omdat hij handelde 'as an independent consultant but in practice was employed full-time by the parties to the cartel to co-ordinate their activities around the world.'²³

In Nederland en in veel andere Europese landen zal vooral de hoogte van de boete die kartelondersteuners boven het hoofd hangt de motivatie vormen voor het verklikken van kartels. De hier besproken zaak verschaft geen duidelijkheid over de wijze waarop de Commissie de boete voor kartelondersteuners berekent, nu zij aan AC Treuhand een symbolische boete heeft opgelegd. De vraag rijst echter volgens welke berekeningsmethode de Commissie in toekomstige vergelijkbare situaties de boete voor kartelondersteuners zal berekenen.

Voor het vaststellen van het basisbedrag van de op te leggen boete gaat de Commissie volgens haar Richtsnoeren voor de bereke-

ning van geldboeten²⁴ uit van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming over het voorafgaande jaar die rechtsreeks of indirect verband houden met de inbreuk. Volgens deze methode zou het basisbedrag voor de boete van AC Treuhand derhalve zijn berekend op basis van de vergoeding die zij op grond van de dienstenovereenkomsten met de drie producenten van organische peroxides heeft ontvangen over het jaar 2007. Het is echter de vraag of dit basisbedrag zal resulteren in een voldoende afschrikwekkende boete of dat van deze algemene rekenmethode zal moeten worden afgeweken vanwege de noodzaak om een bepaald afschrikwekkend niveau te bereiken.²⁵

De Boetecode van de NMa²⁶ bevat naast de berekeningsmethode gebaseerd op de omzet behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, een berekeningsmethode voor de overige overtredingen. Volgens deze rekenmethode wordt de boetegrondslag vastgesteld op basis van de totale jaaromzet over het voorafgaande boekjaar. Indien de berekening van de boete op basis van de 'betrokken omzet' geen voldoende afschrikwekkend resultaat oplevert, kan in Nederland de totale omzet van de kartelondersteuner als uitgangspunt worden genomen voor de vaststelling van de boete. Een boete die op basis van deze methode is berekend, zal in ieder geval voldoende afschrikwekkend zijn en de kartelondersteuners prikkelen om clementie aan te vragen.

Inconsistentie uitspraak

Zoals enkele auteurs²⁷ terecht hebben opgemerkt, staat de harde lijn die het Gerecht met betrekking tot het nulla poena-beginsel volgt, enigszins op gespannen voet met de hoogte van de boete. Ondanks de kwalificatie van 'zeer ernstige inbreuk' die de Commissie in haar persbericht aan het kartel heeft gegeven,²⁸ laat het Gerecht de symbolische boete onaangetaast. Nu AC Treuhand volgens het Gerecht had moeten weten dat haar gedragingen een inbreuk op het kartelverbod vormden, zou het in de rede hebben gelegen dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht had uitgeoefend en de boete zou hebben verhoogd tot een niveau dat correspondeert met cruciale rol van AC Treuhand en de ernst van de inbreuk.

Op grond van artikel 229 EG-Verdrag en artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de communautaire rechter volledige rechtsmacht ten aanzien van boetes en dwangsommen die voor overtredingen van het mededingingsrecht door de Commissie worden opgelegd. Dit houdt in dat de beoordeling door de communautaire rechter zich niet beperkt tot een rechtmatigheidsstoets van het Commissiebesluit, maar tevens een doelmatigheids- en billijkheidsstoets omvat die tot een wijziging van de boete kan leiden.²⁹ Ook de Nederlandse rechter beoordeelt de hoogte van de boetes ten volle en toetst of de opgelegde boete, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, evenredig is.³⁰ Volgens de vaste jurisprudentie verplichten artikel 6 EVRM en artikel 3:4 Awb de rechter tot deze 'volle toetsing'.³¹ Artikel 6 EVRM vereist immers de toegang tot een onafhankelijke rechter met *full jurisdiction*. Dit brengt mee dat deze rechter ten volle moet kunnen toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Anders dan de Nederlandse administratieve rechter is de communautaire rechter bij deze volle toetsing niet gebonden door het verbod op *reformatio in peius*.³²

In het arrest Schunk³³ heeft het Gerecht onlangs zijn beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de passendheid van de hoogte van de geldboeten nog eens bevestigd. In dat arrest zag het Gerecht

-
- 22 http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Persberichten/Persberichten_2008/08-23_Ook_kartelondersteuners_kunnen_om_clementie_vragen.asp.
- 23 Persbericht van 11 juni 2008, *Three imprisoned in first OFT criminal prosecution for bid rigging*, <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/72-08>.
- 24 Mededeling van 17 oktober 2006, *Pb.EU C 251*, punt 13.
- 25 Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, nr. 37.
- 26 Regeling van 28 juni 2007, *Stcrt.* 2007,123, inhoudende richtsnoeren voor de toemeting van boetes op grond van de wetgeving met de uitvoering waarvan de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast, zoals gewijzigd bij Regeling van 9 oktober 2007, *Stcrt.* 2007,196.
- 27 Zie A.E. Beumer, 'De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast!', *AM* 8 oktober 2008; Z.Z. Geursen, J.A. Hendriks, 'Consultants en andere dienstverleners opgepast voor het Treuhand-arrest: een kartel faciliteren leidt ook tot beboeting', *Juridisch up to date* 11 september 2008.
- 28 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1700&format=HTML&aged=1&language=NL&guiLanguage=en>.
- 29 Zie ook E. Oude Elferink, 'De zaak BASF/Commissie: stiekem heel spectaculair', *AM* 3 april 2008.
- 30 Rb. Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002 SIMO, par. 2.3.4, LJV AR4219.
- 31 Zie o.m. EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602 (m.n. Alkena), (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere*) en EHRM 23 oktober 1995, Series A vol. 328-C (*Gradinger*), Rb. Roermond 27 februari 2008, LJV BC6046; CBB 20 september 2005, AWB 04/415, 21500; CBB 15 februari 2005, *AB* 2006, 71; Rb. Rotterdam 16 januari 2004, *AB* 2004, 83.
- 32 Het in het Nederlandse bestuursprocesrecht geldende verbod op *reformatio in peius* ligt besloten in artikel 8:69 Awb.
- 33 GvEA 8 oktober 2008, zaak T-69/04, *Schunk GmbH, Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH*, n.n.g., r.o. 242, 243.

echter geen aanleiding om zijn oordeel in plaats te stellen van dat van de Commissie en de door de Commissie opgelegde boete te verhogen. In de arresten BASF³⁴, Tokai Carbon³⁵ en Groupe Danone³⁶ daarentegen heeft het Gerecht besloten tot het opleggen van hogere boetes dan de Commissie bij de beschikking had gedaan.

In tegenstelling tot voorgenoemde arresten is het Gerecht in deze zaak niet toegekomen aan de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht met betrekking tot de hoogte van de boete. Het boetebedrag van 1000 euro is immers niet als zodanig door AC Treuhand bestreden.³⁷ Uit de rechtspraak volgt dat de volledige rechtsmacht van de gemeenschapsrechter over de hoogte van de boete wordt beperkt door het beginsel 'non ultra petita'.³⁸ De gemeenschapsrechter kan zijn volledige beoordelingsbevoegdheid derhalve pas aanwenden indien hij daartoe wordt 'uitgenodigd' door een van de partijen. Veelal geschiedt dit door de beboete ondernemingen die argumenten aanvoeren, maar de 'uitnodiging' kan ook van de Commissie komen. Dit was het geval in de zaken Tokai en Schunk waarin de Commissie het Gerecht vroeg om verhoging van de boetes. In beide zaken bestreden de beboete ondernemingen de feiten die zij in de administratieve fase expliciet hadden erkend dan wel niet hadden betwist. Hiervoor hadden beide ondernemingen een boeteverlaging ontvangen. In de eerstgenoemde zaak zag het Gerecht aanleiding de boete te verhogen aangezien de Commissie tegen haar verwachtingen in verplicht werd zich te verweren tegen de ontkenning van de onrechtmatige handelingen door de desbetreffende onderneming. In het Schunk-arrest honoreerde het Gerecht het verzoek van de Commissie niet, omdat de ontkenningen van Schunk direct door het Gerecht werden afgewezen. In de zaak BASF vond het Gerecht de 'uitnodiging' tot de volle toetsing in de middelen die BASF had aangevoerd ter bestrijding van de hoogte van de boete.³⁹

In het Danone-arrest heeft het Hof de voorwaardelijkheid van de beoordelingsbevoegdheid bevestigd door te overwegen dat 'de gemeenschapsrechter bevoegd is zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen wanneer hem de vraag betreffende de hoogte van de geldboete ter beoordeling wordt voorgelegd'.⁴⁰ Het Gerecht kon in het geval van AC Treuhand de hoogte van de boete niet ambtshalve toetsen. Indien AC Treuhand echter eveneens de hoogte van de boete zou hebben bestreden, lijkt het gezien voorgenoemde rechtspraak aannemelijk dat het Gerecht onder uitoefening van zijn volledige rechtsmacht AC Treuhand een hogere boete zou hebben opgelegd. Dit zou in ieder geval in lijn zijn met de conclusie dat het beginsel van nulla poena niet is geschonden, omdat het voorzienbaar was dat de gedragingen van AC Treuhand een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vormden.

Rol andere dienstverleners

Het moge duidelijk zijn dat deze uitspraak een belangrijke waarschuwing vormt voor alle dienstverleners. Door een enkele auteur is de vraag opgeworpen of deze waarschuwing eveneens voor advocaten zou kunnen gelden.⁴¹ Een advisering door een advocaat over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen kan niet worden vergeleken met de faciliterende adviezen van AC Treuhand, die beoogde de ontdekking van het kartel door de mededingingsautoriteiten te voorkomen. Zoals Beumer terecht in zijn artikel stelt,⁴² vallen de adviezen van advocaten onder de geprivilegieerde verhouding raadsman-client en kunnen deze geenszins worden bestempeld als het faciliteren van een kartel. Los van het verschillende karakter van de adviezen kreeg AC Treuhand de kwalificatie van 'kartelondersteuner' omdat

haar rol uit veel meer bestond dan uit het adviseren van het kartel alleen.

Mededaderschap

Het Gerecht maakt in de hier besproken uitspraak duidelijk dat in het kader van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag geen onderscheid kan worden gemaakt tussen 'daders' en 'medeplegers' of 'medeplichtigen' aan de inbreuk. Volgens het Gerecht kan de overtreding van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag worden toegerekend aan elke onderneming die samenspansingsgedrag vertoont. Het gaat hierbij niet alleen om ondernemingen die actief en bewust aan een kartel bijdragen, maar ook om ondernemingen die op ondergeschikte of passieve wijze aan het kartel hebben deelgenomen. Doorslaggevend criterium is de 'gezamenlijke wil' van deze ondernemingen om een kartel te vormen.

Deze redenering sluit goed aan bij het begrip van 'mededader' dat met de vierde tranche van de Awb in het bestuursrecht wordt geïntroduceerd. In artikel 5.0.1 lid 2 Awb wordt het begrip 'overtreder' gedefinieerd als 'degene die de overtreding pleegt of medepleegt'. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de betekenis van het begrip 'medepleger' wordt overgenomen uit het strafrecht (artikel 47 Sr). Er is sprake van medeplegen als twee of meer personen gezamenlijk een overtreding plegen. Het is daarbij niet vereist dat ieder van hen de gehele delictomschrijving vervult. Wel moet sprake zijn van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.⁴³

Als gevolg van het nieuwe artikel 5.0.1 lid 2 vierde tranche Awb zal de strafbaarheid van mededaders ook doorwerken in het nationale mededingingsrecht. Nu volgens het Gerecht de strafbaarheid van mededaders volgt uit artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, rijst de vraag of de strafbaarheid van mededaders van een inbreuk op het nationale kartelverbod niet zou moeten voortvloeien uit artikel 6 lid 1 Mw. Volgens de memorie van toelichting is met deze bepaling immers beoogd zoveel mogelijk aan te sluiten bij artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.⁴⁴

34 GvEA 12 december 2007, zaken T-101/05 en T-111/05, *BASF en UCB/Commissie*, Jur. 200, p. II-4949.

35 GvEA 29 april 2004, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01 tot T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e.a.*, Jur. 2004 p. II-1181.

36 HvJ 8 februari 2007, zaak C-3/06 P, *Groupe Danone/Commissie*, Jur. 2007, p. I-1331.

37 GvEA, zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*, r.o. 155.

38 Zie o.m. GvEA 8 oktober 2008, zaak T-69/04, *Schunk*, n.n.g., r.o. 242 en 243 en HvJ 8 februari 2007, zaak C-3/06 P, *Groupe Danone/Commissie*, r.o. 61 en de daarin aangehaalde rechtspraak. Zie tevens conclusie A-G in zaak C-3/06 P, *Groupe Danone/Commissie*, r.o. 49. Zie ook Koen Lenaerts, Dirk Arts and Ignace Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Londen, 2006, p. 450-451.

39 GvEA, zaken T-101/05 en T-111/05, *BASF en UCB/Commissie*, r.o. 214.

40 HvJ 8 februari 2007, zaak C-3/06 P, *Groupe Danone*, r.o. 62.

41 A.E. Beumer, 'De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast', *AM* 8 oktober 2008.

42 Zie noot 27.

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3. Zie ook A.B. Blomberg, 'De gevolgen van de Vierde tranche Awb voor de handhavingspraktijk', *BR* 2005/190, p. 845

44 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 61.