

Mededinging

Eén enkele inbreuk: bezint eer ge begint

Mr. R. Elkerbout LL.M*

In de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de NMa wordt een kartel bijna standaard juridisch geduid als ‘één enkele inbreuk’ op het kartelverbod. Het gebruik van het begrip ‘één enkele inbreuk’ heeft vergaande consequenties voor de bewijsvoering en de rechten van de verdediging. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de oorsprong, de uitgangspunten en de grenzen van het begrip ‘één enkele inbreuk’.

Inleiding

Aansprakelijkheid voor inbreuken op het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 101 lid 1 VWEU heeft in beginsel een individueel karakter. Ik bedoel dit: in principe kunnen ondernemingen alleen verantwoordelijk worden gehouden voor mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar handelen waaraan zij zelf hebben deelgenomen, en niet voor het ontoelaatbare handelen van andere ondernemingen.¹ Meer bepaald, het individuele karakter van aansprakelijkheid belet dat onderneming D verantwoordelijk is voor een bijeenkomst met een mededingingsbeperkend karakter tussen de ondernemingen A, B en C.

Toch kunnen ondernemingen in kartelzaken onder bepaalde omstandigheden (mede)verantwoordelijk zijn voor het gedrag van andere ondernemingen. Dat is het geval wanneer de deelname aan, en wetenschap van, ‘één enkele inbreuk’ op het kartelverbod wordt bewezen.² Het begrip ‘één enkele inbreuk’ geeft de verhouding weer tussen meerdere mededingingsbeperkende gedragingen,

waarvan elke gedraging als zelfstandige gebeurtenis op zich een inbreuk op het kartelverbod vormt. Het begrip is met andere woorden de juridische verzamelnaam voor een (complex) kartel dat bestaat uit een geheel van gedragingen. Dit wordt in het vervolg van dit artikel nader toegeelicht.

In haar beschikkingspraktijk maakt de Commissie veelvuldig gebruik van het begrip ‘één enkele inbreuk’ om het gedrag van kartellisten te beschrijven.³ De NMa volgt de Commissie hierin.⁴

De juridische gevolgen van de kwalificatie van diverse inbreuken als één enkele inbreuk zijn verstrekkend. Zo wordt de verjaringstermijn voor het beboeten van ‘oude’ inbreuken opgerekt vanwege het samenvoegen van diver-

279

* Mr. R. Elkerbout LL.M is advocaat bij Stek te Amsterdam. De auteur wil met name Floris ten Have bedanken voor zijn opmerkingen en suggesties.

1. Dit artikel gaat niet over de toerekening van aansprakelijkheid van moeder-ondernemingen voor de gedragingen van hun dochters en de toerekening in gevallen van juridische of economische opvolging van de inbreukmakende ondernemingen. Zie hierover recent I.W. Verloren van Themaat en M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010, p. 90-95.
2. Naast de term ‘één enkele inbreuk’ worden in de rechtspraak en de literatuur ook vaak de termen ‘enkele complexe inbreuk’, ‘enkele voortdurende inbreuk’ en ‘enkele complexe en voortdurende inbreuk’ gebruikt. Deze termen kunnen als synoniemen worden beschouwd. Vanwege de in dit artikel beschreven rechtspraak acht ik de term ‘één enkele inbreuk’ juridisch zuiverder dan de overige hiervoor genoemde benamingen.

3. In de literatuur is dit ook opgemerkt. Zie recent D. Bailey, ‘Single, Overall Agreement in EU Competition Law’, *CMLRev* 2010, p. 473-508; K. Seifert, ‘The Single Complex and Continuous Infringement – “Effet” Utilitarianism?’, *ECLR* 2008, p. 546-556; J.M. Joshua, ‘Single Continuous Infringement of Article 81 EC: Has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?’, *European Competition Journal* 2009, p. 451-477.
4. Zoals in het vervolg van dit artikel nader toegelicht vindt het begrip ‘één enkele inbreuk’ zijn oorsprong in de beschikkingspraktijk van de Commissie en de communautaire rechtspraak. In de decentrale toepassing van artikel 101 VWEU is de NMa bij de toepassing van het begrip gebonden aan de uitleg die daaraan is gegeven in de communautaire rechtspraak. Ik verwijs naar HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-08/08, *T-mobile e.a.*, *Jur.* 2009, p. I-4529, (*Mobiele operators*), punt 50. Bij de toepassing van artikel 6 lid 1 Mededingingswet past de NMa – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet, *i.e. Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 61, waarin is aangegeven dat artikel 6 lid 1 Mededingingswet zoveel mogelijk aansluit bij artikel 101 lid 1 VWEU – het begrip ‘één enkele inbreuk’ eveneens toe. Daarbij gebruikt de NMa de beschikkingspraktijk van de Commissie en de communautaire rechtspraak als juridische leidraad voor het aannemen van een enkele inbreuk.

se inbreuken tot één enkele (niet verjaarde) inbreuk.⁵ Ofschoon het begrip ‘één enkele inbreuk’ niet louter de optelsom is van diverse inbreuken, ontstaat zodoende één langdurige inbreuk op het kartelverbod. Het is niet denkbeeldig dat één enkele inbreuk vanwege de samenvoeging van meerdere gedragingen enkele decennia kan voortduren.⁶ Dat heeft tot gevolg dat aan ondernemingen die hebben deelgenomen aan een dergelijke inbreuk spectaculair hoge boetes kunnen worden opgelegd, zeker op basis van de Boeterichtsnoeren van de Commissie maar ook op basis van de Beleidsregels van de minister van Economische Zaken.⁷ Daarbij komt nog dat de Commissie en de NMa een bewijsvoordeel hebben wanneer zij kunnen uitgaan van één enkele inbreuk. Zij worden dan namelijk bevrijd van de last om bewijs te vinden van deelname aan elke mededingingsbeperkende bijeenkomst of handeling binnen een kartel van elk van de betrokken ondernemingen. Dit kan tot gevolg hebben dat een onderneming die slechts heeft deelgenomen aan één onderdeel van een complex kartel (mede)verantwoordelijk wordt gehouden voor het gehele kartel, met alle consequenties voor de bewijsvoering, de verjaring en de hoogte van de boete van dien. Tegen deze achtergrond is het wellicht niet verbazend dat de Commissie en de NMa het begrip ‘één enkele inbreuk’ veelvuldig toepassen. Vanwege het veelvuldige gebruik en vanwege de implicaties van het gebruik voor de rechten van verdediging worden in dit artikel de uitgangspunten van het begrip ‘één enkele inbreuk’ uiteengezet. Daarbij wordt in het bijzonder stilgestaan bij de grenzen en de verschillende dimensies van het begrip zoals die kunnen worden afgeleid uit de communautaire rechtspraak. Vervolgens worden de juridische uitgangspunten van het begrip vertaald naar concrete bewijsopdrachten voor de Commissie en de NMa. Ik sluit af met een aantal per-

soonlijke opvattingen over de eisen die gesteld mogen worden aan de bewijsvoering van de Commissie en de NMa. Ik bepleit dat de kwalificatie van diverse gedragingen als één enkele inbreuk slechts dan gerechtvaardigd is als deze kwalificatie steun vindt in de objectieve kenmerken van de diverse gedragingen en dat de kwalificatie geen panacee is voor de bewijsvoeringplicht.

Het begrip ‘één enkele inbreuk’: een juridische verzamelterm voor een geheel aan gedragingen

De Commissie (alsook de NMa) kan een inbreuk in beginsel op drie manieren duiden, te weten als ‘overeenkomst’, als ‘besluit van een ondernemingsvereniging’ of als ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging’ (hierna: o.a.f.g.).⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) is sprake van een overeenkomst wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁹ Een o.a.f.g. is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico’s van onderlinge concurrentie vangt door een feitelijke samenwerking.¹⁰ De begrippen ‘coördinatie’ en ‘samenwerking’ moeten worden gezien in het licht van de grondgedachte van artikel 101 VWEU dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid zij zal voeren.¹¹

Bij een overeenkomst en een o.a.f.g. gaat het om afstemming van mededingingsbeperkend gedrag in de ruime zin van het woord. Het onderscheid tussen beide begrippen zit met name in de intensiteit en de vorm waarin de afstemming zich manifesteert. Een o.a.f.g. is een minder volmaakte en concretere samenspanningsvorm dan een overeenkomst.

Elke afzonderlijke mededingingsbeperkende gedraging kan een overeenkomst of een o.a.f.g. vormen, maar niet beide tegelijkertijd.¹² Het is aan de Commissie om aan te tonen dat een gedraging als overeenkomst ofwel als o.a.f.g. onder het kartelverbod valt. Daarbij is de precieze juridische vorm van het onwettige gedrag ondergeschikt aan de

5. Op grond van artikel 25 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003, Pb. EU 2003, L 1/1, verjaart de bevoegdheid van de Commissie om boetes en dwangsommen op te leggen voor kartelovertreden na vijf jaar. Artikel 25 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat de verjaringstermijn ingaat op de dag waarop de inbreuk is gepleegd. Bij voortdurende of voortgezette inbreuken gaat de verjaringstermijn echter pas in op de dag waarop de inbreuk is beëindigd.

In Nederland is de vervaltermijn voor het opleggen van een bestuurlijke boete sinds 1 juli 2009 geregeld in artikel 5:45 lid 1 Awb. Op grond van dat artikel vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. Bij één enkele inbreuk gaat de vervaltermijn pas in op de dag waarop de inbreuk geheel is beëindigd. De vervaltermijn wordt ingevolge artikel 64 lid 1 Mededingingswet gestuit door een handeling van de NMa of de Commissie ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding.

6. Zie bijvoorbeeld het recente persbericht van 20 juli 2010 van de Commissie, IP/10/985, waarin de Commissie aangeeft dat zij de producenten van diervoederfosfaten heeft beboet voor deelname aan een kartel dat ruim drie decennia duurde.

7. Zie de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, Pb. EU 2006, C 210/2, waarin is bepaald dat het basis boetebedrag wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen. Zie ook de Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14079, waarin is bepaald dat de boetegrondslag wordt vastgesteld op basis van de betrokken omzet, *i.e.* de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft.

8. De inbreuk op het kartelverbod door middel van een besluit van een ondernemingsvereniging kan hierna buiten beschouwing blijven.

9. Zie onder andere HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF Chemiefarma/Commissie*, *Jur.* 1970, p. 661, punten 111-112, GvEA 26 oktober 2000, zaak T-41/96, *Bayer/Commissie*, *Jur.* 2000, p. II-3383, punt 69 en meer recent GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, *AC-Treuhand/Commissie*, *Jur.* 2008, p. II-1501, (*AC-Treuhand*) punt 118.

10. Zie onder andere HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, *ICI/Commissie*, *Jur.* 1972, p. 619, punt 64, HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie e.a./Commissie*, *Jur.* 1975, p. 1663, (*Suiker*) punt 26 en *Mobiele operators*, punt 26.

11. Zie onder meer *Suiker*, punt 173 en recenter *AC-Treuhand*, punt 125 en HvJ EG 20 november 2008, zaak C-209/07, *Competition Authority/Beef Industry Development Society en Barry Brothers*, *Jur.* 2008, p. I-8637, punt 34.

12. Zie ook de conclusie advocaat-generaal G. Cosmas van 15 juli 1997, zaak C-49/92P, *Commissie/Anic Partecipazioni*, *Jur.* 1999, p. I-4125, 58.

inhoud daarvan. Een inbreuk op het kartelverbod kan echter niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande, eenmalige handeling, maar kan eveneens voortvloeien uit een hele reeks handelingen of een voortgezette gedraging.¹³

Welnu, wanneer het onwettige gedrag een complex karakter heeft, waaraan gestalte is gegeven door zowel overeenkomsten als o.a.f.g., hoeft de Commissie niet elk van de vastgestelde gedragingen specifiek te kwalificeren als uitsluitend een overeenkomst of uitsluitend een o.a.f.g. De Commissie kan in dat geval volstaan met de kwalificatie van litigieuze gedragingen primair als overeenkomst en subsidair als o.a.f.g.¹⁴ Van belang is dat het geheel van de verschillende onderzochte gedragingen (het kartel) kan worden aangeduid met de algemene term ‘overeenkomst en o.a.f.g.’. Het Verdrag voorziet niet in een specifieke kwalificatie voor dergelijke complexe inbreuken. Is dan in strijd met het legaliteitsbeginsel een nieuwe inbreukvorm gecreëerd? Het Hof van Justitie heeft beslist van niet.¹⁵ Volgens het Hof van Justitie heeft het slechts aanvaard dat indien een inbreuk uit verschillende gedragingsvormen bestaat, deze weliswaar aan verschillende definities kunnen voldoen, maar dat al die gedragingen niettemin onder hetzelfde verbod vallen en in gelijke mate verboden zijn.¹⁶

Door te abstraheren van de vorm van de verschillende gedragingsvormen geeft het Hof in Justitie in feite de inhoud daarvan doorslaggevend betekenis voor de vaststelling van de onwettigheid. Met andere woorden, het etiket dat de Commissie kan plakken op een geheel van gedragingen is ondergeschikt aan de inhoud van die gedragingen. In een notendop is dat het fundament van het begrip ‘één enkele inbreuk’.

Oorsprong en uitgangspunten van het begrip

Het begrip ‘één enkele inbreuk’ kent zijn oorsprong in de *Polypropyleen*-beschikking uit 1986.¹⁷ In deze zaak waren de producenten van polypropyleen partij ‘bij een geheel complex van stelsels, regelingen en maatregelen waartoe in het kader van een systeem van geregelde bijeenkomsten en voortdurende contacten werd besloten’.¹⁸ De opzet van de producenten was bijeen te komen om overeenstemming te bereiken over specifieke onderwerpen waaronder de vaststelling van prijzen. Door de regelmatige contacten tussen de producenten – die in het kader van het geïnstitutionaliseerde systeem van bijeenkomsten plaatsvonden – werden de regelingen regelmatig gewijzigd om rekening te houden met wijzigende marktomstandig-

heden. Op basis van dit feitencomplex meent de Commissie dat het gehele complex van stelsels en regelingen ‘één enkele voortgezette inbreuk op de mededingingsregels vormde’ die het best kan worden gekwalificeerd als een ‘overeenkomst’.¹⁹ Aan die conclusie wordt naar de mening van de Commissie niet afgedaan door het feit dat bepaalde producenten niet bij elke bijeenkomst aanwezig waren. Daarbij acht de Commissie het van belang dat voor het opzetten en ten uitvoer leggen van elke mededingingsafpraak enige maanden nodig waren en het voor de betrokkenheid van een producent dan ook weinig verschil maakte wanneer hij af en toe een bijeenkomst niet bijwoonde. Het was, zo bleek uit het feitencomplex, daarnaast de normale gang van zaken dat afwezigen werden ingelicht over hetgeen op de bijeenkomsten was besloten.²⁰ De verantwoordelijkheid van de producenten voor het gehele complex van regelingen wordt dan ook niet beïnvloed door het feit dat sommige producenten soms niet bij een bepaalde bijeenkomst aanwezig waren. De Commissie concludeert:

‘Waar het in deze zaak om gaat, is het samenspel over een lange periode van de producenten met het oog op een gemeenschappelijk doel; iedere deelnemer moet verantwoordelijk zijn, niet alleen voor zijn eigen rol die hij daarbij rechtstreeks heeft gespeeld maar ook voor de werking van de overeenkomst in haar geheel’.²¹

Daarmee heeft de Commissie de essentie van het begrip ‘één enkele inbreuk’ geformuleerd.

In het arrest *Enichem Anic*²² bevestigt het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: het Gerecht) de benadering van de Commissie. In dat verband overweegt het Gerecht dat het complex van regelingen paste in het kader van een aantal door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel, te weten het verstoren van de normale ontwikkeling van de prijzen op de polypropyleenmarkt. Volgens het Gerecht zou het ‘derhalve kunstmatig zijn, deze voortgezette gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen’.²³ Anic is immers jarenlang betrokken geweest bij een geïntegreerd complex van stelsels en regelingen waaraan geleidelijk gestalte is gegeven door zowel verboden overeenkomsten als o.a.f.g. Wat het Gerecht hier in feite stelt, is dat het begrip ‘inbreuk op het kartelverbod’ niet noopt tot een restrictieve uitleg. Met andere woorden, een inbreuk op het kartelverbod kan plaatsvinden door een eenmalige afspraak, maar eveneens door een voortgezette gedraging zoals die in polypropyleenkartel aan de orde was.

In hoger beroep bekrachtigt het Hof van Justitie het oordeel van het Gerecht. In de woorden van het Hof van Justitie:

13. Zie onder andere HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Commissie/Anic Participazioni*, Jur. 1999, p. I-4125, (*Anic*), punt 81.

14. *Ibid.*, punt 132.

15. *Anic*, punt 133.

16. *Ibid.*

17. Beschikking Commissie 23 april 1986, zaak IV/31.149, *Polypropyleen*, Pb. EG 1986, L 230/1 (*Polypropyleen*).

18. *Ibid.*, randnr. 80.

19. *Polypropyleen*, randnr. 81.

20. *Ibid.*, randnr. 83.

21. *Polypropyleen*, randnr. 83.

22. GvEA 17 december 1991, zaak T-6-89, *Enichem Anic SpA/Commissie*, Jur. 1991, p. II-1623 (*Enichem Anic*).

23. *Ibid.*, punt 204.

‘Onder deze omstandigheden heeft het Gerecht terecht geoordeeld, dat een onderneming die aan een dergelijke inbreuk heeft deelgenomen door middel van voor haar kenmerkende gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beoogden te leveren, voor de gehele duur van haar deelneming aan die inbreuk eveneens aansprakelijk is voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk. Dit is namelijk het geval wanneer komt vast te staan, dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden’.²⁴

Deze conclusie is volgens het Hof van Justitie niet in strijd met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken en heeft evenmin tot gevolg dat in strijd met bewijsregels of de rechten van de verdediging wordt gehandeld.²⁵ Het Hof van Justitie geeft voorts aan dat deze uitleg niet kan worden betwist met het argument dat één of meer onderdelen van de inbreuk in zijn geheel op zich een schending van het kartelverbod kunnen opleveren.²⁶ Dit laat overigens onverlet dat de Commissie voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en bij de bepaling van de geldboete het relatieve gewicht van de deelname van iedere onderneming moet onderzoeken. Zo dient als boeteverzachtende omstandigheid te gelden dat een onderneming niet aan elk onderdeel van een kartel heeft deelgenomen.²⁷

De grenzen van het begrip

Het oordeel van het Hof in *Anic* maakt duidelijk dat de omvang van een inbreuk op het kartelverbod afhankelijk is van het vastgestelde feitencomplex. Tegen deze achtergrond drukt het begrip ‘één enkele inbreuk’ op abstracte wijze uit dat vastgestelde gedragingen, ofschoon elk daarvan op zich een inbreuk op het kartelverbod oplevert, een gelijksoortigheid en onderlinge verwevenheid vertonen die juridisch niet zonder gevolgen kan blijven.²⁸ Die gelijksoortigheid en onderlinge verwevenheid vloeit voort uit de vaststelling dat afzonderlijke gedragingen onderdeel uitmaken van een algemeen plan of overkoepelende overeenkomst dat/die gekenmerkt wordt door *één gemeenschappelijk doel*. In *Anic* was dat ene gemeenschappelijk mededingingsbeperkende doel het verstoren van de prijsontwikkeling op de polypropyleenmarkt.

Men kan zich voorstellen dat deze vage, normatieve maatstaf uitnodigt tot een ruime toepassing van het begrip ‘één enkele inbreuk’ die niet zonder controverse is.²⁹ De vraag rijst tot hoever de Commissie mag gaan om één enkele inbreuk aan te nemen. Zijn er grenzen aan de kwalificatie van diverse gedragingen als één enkele inbreuk en waar liggen die? In het arrest *BASF*³⁰ komen deze belangrijke vragen aan de orde. In dit arrest beperkt het Gerecht de toepassing van het begrip ‘één enkele inbreuk’ tot zaken waar dat op basis van de feiten gerechtvaardigd is. Dit heeft het Gerecht onder meer gedaan door grenzen te stellen aan de formulering van het gemeenschappelijke doel van de enkele inbreuk. In de beschikking die leidt tot het arrest heeft de Commissie twee verschillende kartels, namelijk een mondiaal kartel en een Europees kartel, samengevoegd en gekwalificeerd als één enkele inbreuk op artikel 101 VWEU.³¹ Daar ligt de veronderstelling aan ten grondslag dat de deelnemers aan beide kartels één enkel mededingingsverstoring doel voor ogen hadden, namelijk de vervalsing van normale concurrentievoorwaarden in de EER voor choline chloride. Het Gerecht accepteert de motivering van de Commissie echter niet. Volgens het Gerecht is er geen sprake van één enkele inbreuk. Het Gerecht geeft in het arrest een nadere invulling aan het vereiste van één gemeenschappelijk doel. Dat vereiste, in essentie het bindmiddel van het begrip ‘één enkele inbreuk’, kan niet worden bepaald

‘door een algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de chlorinemarkt, aangezien de ongunstige beïnvloeding van de mededinging, als doel of gevolg, een wezenlijk element is van elke gedraging die binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt’.³²

Het Gerecht motiveert deze uitleg door te wijzen op de betekenis van het begrip ‘één enkele inbreuk’. De door de Commissie gegeven ruime invulling aan het vereiste van één gemeenschappelijk doel dreigt volgens het Gerecht het begrip ‘één enkele inbreuk’ een deel van zijn zin te ontnemen. Dit komt doordat de weinig specifieke verwijzing naar de verstoring van de mededinging ertoe zou lei-

24. *Anic*, punten 83 en 203.

25. *Ibid.*, punten 84 en 203.

26. *Anic*, punt 81. Tevens wordt verwezen naar HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204, C-205, C-211, C-213, C-217 en C-219/00P, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, Jur. 2004, p. I-123, punt 258.

27. *Anic*, punt 90.

28. Vgl. de conclusie van advocaat-generaal G. Cosmas van 15 juli 1997 in *Anic*, punt 79.

29. Zie bijvoorbeeld Beschikking Commissie 24 januari 2007, zaak COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*, randnr. 271 waarin de Commissie het ene gemeenschappelijk doel als volgt formuleerde: ‘the distortion of normal competitive conditions for [Gas Insulated Switchgear] projects’ alsmede Beschikking Commissie 11 juni 2002, COMP/36.571/D-1, *Oostenrijkse Banken (Lombard Club)*, randnr. 424 waarin de Commissie de breedst mogelijk formulering koos: ‘Al deze bijeenkomsten en contacten vonden plaats met een en hetzelfde doel, namelijk vervalsing van de mededinging’. Zie voor recente kritiek K. Seifert, ‘The Single Complex and Continuous Infringement – “Effet” Utilitarianism?’, *ECLR* 2008, p. 546-556 en J.M. Joshua, ‘Single Continuous Infringement of Article 81 EC: Has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?’, *European Competition Journal* 2009, p. 451-477.

30. GvEA 12 december 2007, gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05, *BASF AG e.a./Commissie*, Jur. 2007, p. II-4949 (*BASF*). Zie over dit arrest het lezenswaardige artikel van M.J. Frese en F. ten Have, ‘The Legal Characterization of Several Infringements under Article 81 EC: In Search of an Objective Framework of Assessment’, *LEI* 35(4), 2008, p. 375-390.

31. Beschikking Commissie 9 december 2004, zaak COMP/37.553, *Choline Chloride*.

32. *BASF*, punt 180.

den dat verschillende mededingingsrechtelijk ontoelaatbare gedragingen in een bepaalde sector stelselmatig als bestanddelen van één enkele inbreuk zouden worden aangemerkt.³³

Het Gerecht verduidelijkt voorts dat verschillende overeenkomsten en o.a.f.g. slechts als bestanddelen van één enkele inbreuk kunnen worden aangemerkt indien deze handelingen complementair (in de woorden van de Commissie ‘nauw met elkaar verbonden’³⁴) zijn. Met het begrip complementaire handelingen wordt bedoeld

‘dat elk daarvan bedoeld was om het hoofd te bieden aan een of meer gevolgen van de normale mededinging, en dat zij door hun wisselwerking bijdroegen tot de verwezenlijking van het geheel van mededingingsversturende gevolgen dat de daders beoogden, een en ander in het kader van een totaalplan met één enkel doel’.³⁵

Met betrekking tot de beoordeling van de complementariteit van verschillende handelingen moet rekening worden gehouden met

‘elke omstandigheid die dat verband kan aantonen of q weerleggen, zoals [i] de toepassingsperiode, [ii] de inhoud (met inbegrip van de gehanteerde methoden) en, daarmee samenhangend, [iii] het doel van de verschillende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in kwestie’.³⁶

In feite geeft het Gerecht in *BASF* hiermee drie handvatten voor de beantwoording van de fundamentele vraag waar één enkele inbreuk begint en waar deze ophoudt.³⁷ *BASF* maakt aldus duidelijk dat de kwalificatie van verschillende mededingingsregelingen als één enkele inbreuk op basis van een algemene definitie van het bindende vereiste van één gemeenschappelijk doel niet in overeenstemming is met artikel 101 VWEU. Daarmee moet voorkomen worden dat verschillende mededingingsregelingen op één markt steevast als bestanddelen van één enkele inbreuk worden beschouwd, omdat deze verschillende regelingen objectief gezien hetzelfde doel hebben, te weten de ongunstige beïnvloeding van de mededinging op die markt.

Eén enkele inbreuk: één begrip, twee situaties

Wanneer de Commissie het begrip ‘één enkele inbreuk’ gebruikt om een feitencomplex te duiden verwijst zij doorgaans naar *Anic*, in het bijzonder naar punten 83 en 203.³⁸ De NMa volgt de Commissie.³⁹ Dat is niet verwonderlijk. Op basis van de rechtsregels die uit dit arrest volgen, kan de Commissie immers op betrekkelijk eenvoudige wijze bewijzen dat een onderneming (mede)verantwoordelijk is voor de werking van een kartel. De Commissie hoeft slechts te bewijzen dat (1) sprake is van gedragingen met een gemeenschappelijk mededingingsbeperkend doel (het subjectieve element) en (2) dat die gedragingen een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beoogden te leveren (het objectieve element). Zodra beide elementen zijn aangetoond, is een onderneming voor de duur van haar deelneming aan de inbreuk eveneens (mede)verantwoordelijk voor het gedrag van andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Wel moet de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kennen of redelijkerwijs hebben kunnen voorzien en desalniettemin bereid zijn geweest het risico te aanvaarden dat zij onderdeel uitmaakt van een geheel kartel. Ofschoon het laatste bewijs criterium op abstracte wijze vorm is gegeven, lijkt deze horde snel genomen. Het is mogelijk dat de passieve aanwezigheid bij één bijeenkomst met een mededingingsbeperkend doel of één telefoongesprek met een concurrent voldoende is om redelijkerwijs te kunnen voorzien dat andere ondernemingen mededingingsrechtelijk verboden gedragingen uitvoeren.⁴⁰ De Commissie zal zonder distantie van het verboden gedrag eenvoudig concluderen dat de toehorende onderneming daardoor het gedrag van andere ondernemingen kende en bereid was het risico te aanvaarden.

De hamvraag is echter of de rechtsregels die volgen uit het arrest *Anic* in alle gevallen moeten gelden. Anders gezegd, is een één-op-één toepassing van de *Anic*-rechtspraak mogelijk op alle mogelijke kartels? Het antwoord op deze vraag is mijns inziens ‘nee’. De Commissie en de NMa moeten niet uit het oog verliezen dat bij *Anic* sprake was van een specifieke situatie. In het polypropyleenkartel hadden de producenten zich aangesloten bij een kaderovereenkomst die als uitgangspunt diende voor het sys-

33. *Ibid.*

34. Beschikking Commissie 9 december 2004, zaak COMP/37.553, *Choline Chloride*, randnr. 64.

35. *BASF*, punt 179.

36. *Ibid.*, punt 181.

37. Het is overigens niet waarschijnlijk dat de handvatten gezien moeten worden als algemeen kader langs welke lijn de Commissie moet toetsen of sprake is van één enkele inbreuk. Dat laat onverlet dat de Commissie steeds op complementariteit moet toetsen. Zie hierover M.J. Frese en F. ten Have, ‘The Legal Characterization of Several Infringements under Article 81 EC: In Search of an Objective Framework of Assessment’, *LEIE* 35(4), 2008, p. 375-390.

38. Zie voor een overzicht van de relevante Commissiebeschikkingen K. Seifert, ‘The Single Complex and Continuous Infringement – “Effet” Utilitarianism?’, *ECLR* 2008, p. 546, noot 3.

39. Zoals hiervoor reeds opgemerkt beschouwt de NMa de communautaire rechtspraak als richtinggevend niet alleen wanneer zij artikel 101 VWEU toepast maar ook wanneer zij artikel 6 Mededingingswet toepast. Zie bijvoorbeeld Besluit NMa 13 november 2007, zaak 5211, *Boomkwekerijen*, randnr. 245, Rapport NMa 16 november 2007, zaak 5697, *Verkeersregeltoestellen en verkeersregelinstallaties*, randnr. 123, Rapport NMa 28 november 2005, zaak 4695, *Groenvoorzieningen*, randnr. 137, Rapport NMa 28 november 2005, zaak 4146, *Kabels & Leidingen*, randnr. 118, Rapport NMa 6 september 2005, zaak 3938, *B&U sector*, randnr. 172 en Rapport NMa 13 oktober 2004, zaak 4155, *GWV-activiteiten*, randnr. 137.

40. Vgl. *AC-Treuhand*, punt 130.

teem van overleg en die concreet gestalte kreeg in een aantal deelovereenkomsten die op gezette tijden werden uitgewerkt. Dit gebeurde in het kader van een geïnstitutionaliseerd systeem van regelmatige bijeenkomsten. Alle acties van de deelnemende ondernemingen waren op hetzelfde gemeenschappelijke mededingingsversturende doel gericht. Anic had bovendien aan elk van de verschillende onderdelen van het polypropyleenkartel deelgenomen. Slechts onder deze omstandigheden heeft het Gerecht volgens het Hof van Justitie terecht geoordeeld dat de wijze waarop Anic had deelgenomen aan de verschillende onderdelen haar medeverantwoordelijk maakte voor de gehele inbreuk.⁴¹

De Commissie karakteriseerde het polypropyleenkartel als een 'voorgezette overeenkomst'.⁴² Een dergelijke situatie mag niet verward worden met de situatie waarbij (reksen) verschillende overeenkomsten en o.a.f.g. – die op zichzelf één enkele inbreuk vormen (zoals in het arrest *BASF*) – tezamen één enkele inbreuk vormen omdat zij in het kader van een totaalplan met één enkel doel complementair zijn. Dat deze twee situaties niet over één kam geschoren mogen worden is ook bevestigd in het recente arrest *BPB*.⁴³ Het Gerecht geeft aan dat

'het begrip één enkele inbreuk juist doelt op een situatie waarin meerdere ondernemingen hebben deelgenomen aan een inbreuk bestaande in een voortgezette gedraging met één enkel economisch doel om de mededinging te verstoren dan wel in individuele inbreuken die onderling zijn verbonden door hetzelfde doel (alle elementen hebben hetzelfde doel) en dezelfde subjecten (dezelfde betrokken ondernemingen die welbewust aan het gemeenschappelijke doel deelnemen)'.⁴⁴

Het begrip 'één enkele inbreuk' heeft derhalve betrekking op twee feitelijke situaties. In de eerste situatie is sprake van een 'voortgezette gedraging met één enkel economisch doel om de mededinging te verstoren'.⁴⁵ Uit die woorden volgt dat de handelingen – die in het kader van één en dezelfde mededingingsbeperkende afspraak (of algemeen plan) zijn gemaakt – elkaar opvolgen. Het gaat dus om één met tussenpozen en bij herhaling uitgevoerde gemeenschappelijke afspraak met één en hetzelfde algemene doel.⁴⁶ Bij de tweede situatie ligt de nadruk niet op

41. Zie *Anic*, punt 88.

42. Zie *Polypropyleen*, randnr. 83. Zie ook *Enichem Anic*, punt 204, waarin het Gerecht de door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen daarentegen op abstractere wijze heeft getypeerd, i.e. als een 'voortgezette gedraging'.

43. GvEA 8 juli 2008, zaak T-53/03, *BPB/Commissie*, Jur. 2008, p. II-1333 (*BPB*).

44. Zie *BPB*, punt 257. Zie ook zeer recent GvEA 28 april 2010, zaak T-446/05, *Amann & Söhne e.a./Commissie*, n.n.g., (*Amann & Söhne*), punt 89.

45. *Ibid.*

46. Vanwege dit feit is de term 'voortdurende inbreuk' mijns inziens juridisch minder nauwkeurig. Bij een voortdurende inbreuk gaat het om een onrechtmatige situatie die blijft voortbestaan, terwijl het kenmerkende gedrag bij een enkele (voortgezette) inbreuk is dat de ondernemingen met tussenpozen verboden mededingingsrechtelijke handelingen plegen vanuit een gemeenschappelijk plan de mededinging op een bepaalde wijze te vervalsen. Zie ook de conclusie advocaat-generaal G. Cosmas van 15 juli 1997 in *Anic*, noot 43.

de continue gedragslijn maar op het verband tussen afzonderlijke kartels die vanwege hun identieke mededingingsversturende doel onderling verbonden zijn en ten aanzien waarvan het gekunsteld zou zijn om deze kartels als afzonderlijke inbreuken op te splitsen. Er is sprake van één enkele complexe inbreuk (met hetzelfde doel).

Een kleine excursie naar het Nederlandse strafrecht leert overigens dat de 'voortgezette gedraging' in het mededingingsrecht overeenkomsten vertoont met het strafrechtelijke begrip 'voorgezette handeling'.⁴⁷ Voor de toepassing van beide begrippen geldt dat sprake moet zijn van meerdere afzonderlijke, doch gelijksoortige feiten die een bepaald verband vertonen. In de strafrechtelijke jurisprudentie wordt voor het verband kenmerkend geacht dat de handelingen die de voorgezette handeling uitmaken moeten voortkomen uit één ongeoorloofd wilsbesluit. Omdat de voorgezette handeling nogal beperkt wordt opgevat, geldt artikel 56 lid 1 Wetboek van Strafrecht als uitzondering op de hoofdregel dat afzonderlijke strafbare feiten als zodanig worden bestraft.⁴⁸ In het mededingingsrecht wordt het verband tussen verschillende mededingingsbeperkende gedragingen sneller aangenomen. Een ander interessant verschil is dat in het strafrecht de voorgezette handeling beoogt cumulatie van straffen tegen te gaan en daarom als strafverzachtend middel wordt aangevoerd. Vanwege de duur van de inbreuk als multiplier-factor bij de berekening van de boete in het mededingingsrecht is het gebruik van de voorgezette gedraging in het mededingingsrecht door de bank genomen juist een strafverzwarend element.⁴⁹

Wetenschap is een constitutief vereiste

Hiervoor is toegelicht dat het begrip 'één enkele inbreuk' geen statische betekenis heeft, maar een juridische verzamelnaam is voor twee feitelijke situaties. Bij de toepassing van het begrip moet daarmee rekening worden gehouden.

In feite is elk kartel uniek. Sommige kartels zijn relatief eenvoudig; ze bestaan uit één enkele mededingingsbeperkende afspraak, bijvoorbeeld één marktverdelingsafpraak, met betrekking tot één enkel product, bijvoorbeeld cement, in één nauwkeurig afgebakende geografie-

47. Artikel 56 lid 1 Wetboek van Strafrecht luidt: 'Staan meerdere feiten, ofschoon elk op zichzelf misdrijf of overtreding opleverende, in zodanig verband dat zij moeten worden beschouwd als één voortgezette handeling, dan wordt slechts één strafbepaling toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld'. Zie daarover bijvoorbeeld J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 496-498. Zie ook Pelsler, *T&C Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 479-481.

48. De eis van één ongeoorloofd wilsbesluit heeft in de regel tot gevolg dat tussen de feiten die een voortgezette handeling vormen slechts een korte tijdsduur ligt. Bij een te groot tijdsverloop tussen de verschillende feiten wordt aangenomen dat geen sprake is van hetzelfde wilsbesluit. Zie hierover HR 2 oktober 1990, *NJ* 1991, 130.

49. In *BASF* leidde de honorering van het argument dat geen sprake was van één enkele inbreuk op paradoxale wijze tot een hogere boete dan was opgelegd door de Commissie.

sche zone, bijvoorbeeld Nederland, die is uitgevoerd door een serie van bijeenkomsten in één specifiek hotel. Als nu onomstotelijk is vastgesteld dat een onderneming een bijdrage heeft geleverd aan de verwezenlijking van een dergelijke afspraak, bijvoorbeeld door bij drie van de vijf bijeenkomsten aanwezig te zijn en aldaar ideeën te opperen over hoe de verdelingsmechanismen moeten werken, dan kan de onderneming op basis van de *Anic*-criteria verantwoordelijk worden gehouden voor de gehele inbreuk. De Commissie kan in een dergelijk geval volstaan met het bewijzen van de betrokkenheid van de onderneming bij het kartel in zijn algemeen. Deze soepele bewijsconstructie zorgt ervoor dat de Commissie niet noodzakelijkerwijs hoeft te bewijzen dat de onderneming bij elke bijeenkomst aanwezig is geweest en maakt het de Commissie derhalve een stuk makkelijker om effectief te kunnen handhaven. De onderneming kan de Commissie in een dergelijk geval niet tegenwerpen dat zij (mede)verantwoordelijk is gehouden voor het gedrag van anderen. Binnen een kartel kunnen ondernemingen immers hun eigen specifieke rol hebben. Sommige ondernemingen hebben bijvoorbeeld een coördinerende rol terwijl andere ondernemingen alleen passief betrokken zijn bij een kartel. Het feit dat elke deelnemer aan een kartel zijn eigen rol heeft, althans zijn deelname op eigen wijze invult, ontslaat hem niet van zijn (mede)verantwoordelijkheid voor de inbreuk als geheel.⁵⁰

Tot zover het relatief simpele kartel. In de meeste gevallen bestaan kartels uit meerdere complexe bi- en/of multilaterale afspraken en regelingen die elkaar in de tijd opvolgen en die vanwege hun identieke doelstelling als bestanddelen gelden van één algemeen plan of overkoepelende overeenkomst om de mededinging uit te schakelen in een bepaalde sector. Wat nu als kan worden aangetoond dat een onderneming slechts aan één bepaald bestanddeel van een dergelijk complex kartel heeft deelgenomen. Kan deze onderneming dan (mede)verantwoordelijk worden gehouden voor het gehele kartel met al zijn bestanddelen? Het is een misvatting te denken dat de *Anic*-criteria ook op deze complexere situatie van toepassing zijn. In deze complexere situatie staat de deelname van een onderneming aan één bestanddeel van een overkoepelend plan namelijk niet gelijk aan een bijdrage aan de verwezenlijking van dat plan. Daarvoor moet de onderneming wetenschap hebben van het plan. Immers, als een onderneming geen wetenschap heeft van het bestaan van het plan, dan kunnen de acties van die onderneming bezwaarlijk als een uiting van aansluiting bij of deelname aan dat plan worden gezien. De deelname aan het ene bestanddeel heeft in dat geval geen relatie met de verantwoordelijkheid voor het algemene plan dat bestaat uit meerdere bestanddelen. Bovendien kan een onderneming zich niet distantiëren van een overkoepelend plan dat zij niet kent of redelijker-

wijs niet kan kennen. Om die redenen moet de Commissie in deze complexere situatie eveneens de wetenschap van het algemene plan bewijzen. In het arrest *Buchmann* heeft het Gerecht de volgende bewijsregel geformuleerd:

‘Om elk van de in een beschikking als de onderhavige genoemde ondernemingen gedurende een bepaalde periode aansprakelijk te kunnen stellen voor een geheel kartel, moet de Commissie aantonen, dat elk van hen heeft ingestemd met de aanvaarding van een algemeen plan dat de bestanddelen van het kartel dekt, dan wel gedurende deze periode rechtstreeks aan al deze bestanddelen heeft deelgenomen. Een onderneming kan zelfs indien vaststaat dat zij slechts rechtstreeks aan een of meer van de bestanddelen van dit kartel heeft deelgenomen, voor een geheel kartel aansprakelijk worden gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een algemeen plan, alsook dat dit algemene plan alle bestanddelen van het kartel dekte’.⁵¹

De bewijsopdrachten

Gelet op het voorgaande levert de kwalificatie van verschillende gedragingen als één enkele inbreuk geen probleem op als deze kwalificatie door de bewezen feiten wordt gerechtvaardigd. In dat opzicht is het begrip ‘één enkele inbreuk’ meer een manier om feiten te kwalificeren, dan een juridisch leerstuk. Dat blijkt ook uit de hiervoor aangehaalde overwegingen uit het arrest *Buchmann*.

Het is uiteraard aan de Commissie om de feiten te stellen en te bewijzen.⁵² In het algemeen geldt dat zij in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof de elementen moet leveren die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen.⁵³ Het risico dat de feiten niet voldoende duidelijk zijn is voor de Commissie. Maar welke bewijsopdrachten moet de Commissie *in concreto* met succes volbrengen voordat zij gerechtvaardigd mag concluderen dat een onderneming verantwoordelijk is voor een compleet kartel?⁵⁴ Wanneer wordt uitgegaan van een complex kartel waarbij geldt dat ondernemingen in wisselende samenstelling hebben deelgenomen aan verschillende mededingingsregelingen en gedragingen, zijn dat er – in het licht van de

50. Zie onder andere GvEA 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-38/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Cimenteries CBR e.a./Commissie, Jur.* 2000, p. II-491, (*Cimenteries*), punt 4123 en zeer recent GvEA 28 april 2010, zaak T-452/05, *Belgian Sewing Thread/Commissie, n.n.g., (BST)*, punt 32.

51. GvEA 14 mei 1998, zaak T-295/94, *Buchmann/Commissie, Jur.* 1998, p. II-813 (*Buchmann*), punt 121. Zie in die zin ook GvEA 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-309/94, T-313/94 tot T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, Jur.* 1999, p. II-931, (*PVC-II*) punt 773, *Cimenteries*, punten 4600, 4068 en 4109 en *BST*, punt 32.

52. Dit volgt uit artikel 2 Verordening (EG) nr. 1/2003.

53. 2 In dat verband wordt verwezen naar GvEA 12 september 2007, zaak T-36/05, *Coats/Commissie, Jur.* 2007, p. II-00110, punt 71, waarin het Gerecht heeft aangegeven dat de Commissie op basis van nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen tot een vaste overtuiging moet komen dat een overtreding is begaan.

54. Het antwoord op deze vraag geldt mijns inziens ook voor de NMA wanneer zij onder verwijzing naar de communautaire rechtspraak het begrip ‘één enkele inbreuk’ toepast.

hiervoor beschreven uitgangspunten – mijns inziens vijf.⁵⁵

Vanzelfsprekend ziet de eerste bewijsopdracht op de deelname van de betrokken onderneming aan in ieder geval één van de regelingen of gedragingen die de Commissie beschouwd als onderdeel van het kartel. Het gaat om de bewijslast met betrekking tot het objectieve feit van plegen of medeplegen.

Ten tweede is het aan de Commissie om aan tonen dat de mededingingsregelingen en gedragingen – waaraan de deelname van de betrokken onderneming is bewezen – als overeenkomst of o.a.f.g. onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet vallen.⁵⁶ Om in deze bewijsopdracht te slagen moet de Commissie deze kunnen kwalificeren als een ‘inbreuk naar strekking’ of ‘inbreuk naar gevolg’. Van de Commissie wordt in dat verband ten minste verwacht dat zij rekening houdt met het concrete kader waarbinnen de regelingen en gedragingen effect sorteren, in het bijzonder met de economische en juridische context.⁵⁷

De derde bewijsopdracht heeft betrekking op de kwalificatie van de bewezen mededingingsregelingen en -gedragingen als één enkele inbreuk. De Commissie moet aantonen dat alle mededingingsregelingen en -gedragingen die zij heeft vastgesteld *één gemeenschappelijk doel* hebben in de betekenis die het Gerecht daaraan heeft gegeven in het arrest *BASF*. Meer concreet moet de Commissie aantonen dat sprake is van een gemeenschappelijk subjectief streven van de ondernemingen dat van toepassing is op alle verschillende mededingingsregelingen en gedragingen. Daarbij blijft het echter niet. De Commissie moet ook aantonen dat de verschillende mededingingsregelingen en gedragingen nauw met elkaar verbonden zijn. Met andere woorden, de Commissie moet de eenheid van het gedrag aantonen. In dat licht moet de Commissie – indachtig het arrest *BASF* – rekening houden met de objectieve kenmerken van de verschillende gedragingen, zoals de relevante markten waarop de gedragingen zich afspeelden, de deelnemers, de inhoud en de wijze van uitvoering en coördinatie.⁵⁸

De vierde bewijsopdracht van de Commissie ziet op de kennis van de onderneming van het algemene plan of de overkoepelende overeenkomst. De Commissie moet (bij gebrek aan bewijs van deelname aan alle bestanddelen of expliciete aanvaarding van het algemene plan) in overeenstemming met de bewijsregel in onder andere het

arrest *Buchmann* aantonen dat de onderneming wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat de mededingingsregelingen of -gedragingen – waaraan zij heeft deelgenomen – deel uitmaakten van een algemeen plan, alsook dat dit algemene plan alle bestanddelen van het kartel dekte. Tot slot moet de Commissie mijns inziens bewijzen dat de betrokken onderneming (1) de onrechtmatige gedragingen van de andere ondernemingen kende of redelijkerwijs kon voorzien en (2) bereid was het risico ervan te aanvaarden. Deze vijfde toets mag mijns inziens niet verward worden met de vierde toets. De vierde toets ziet op de kennis van het algemene plan terwijl de vijfde betrekking heeft op de kennis van het gedrag van de andere kartellisten. De vijfde toets is dan ook het sluitstuk van de bewijsvoering.

Slotopmerkingen

Gelet op het voorgaande blijkt dat de Commissie (alsook de NMa) op een aantal punten in een gunstigere bewijspositie zit wanneer zij uitgaat van één enkele inbreuk. Zo hoeft de Commissie niet elke afzonderlijke gedraging binnen een kartel *a priori* te kwalificeren als overeenkomst of o.a.f.g. Daarnaast hoeft zij niet te kunnen bewijzen dat een onderneming bij elke handeling binnen een kartel betrokken is. Dergelijke bewijsconstructies worden in het commune strafrecht niet snel geaccepteerd.⁵⁹ Dat zou neerkomen op een schending van de bewijsregels en het grondrechtelijk vermoeden van onschuld. Dat de Commissie zulke bewijsconstructies niettemin mag toepassen vloeit voort uit de opvatting dat zij het kartelverbod op effectieve wijze moet kunnen handhaven, zonder daarbij gehinderd te worden door te hoge bewijshorden.⁶⁰

Toch zijn in de communautaire rechtspraak wel voorwaarden gesteld aan het gebruik van het begrip ‘één enkele inbreuk’. Afhankelijk van de feiten zullen de Commissie en de NMa – zoals in de vorige paragraaf is toegelicht – meerdere horden moeten nemen alvorens zij een onderneming (mede)verantwoordelijk mogen houden voor een geheel kartel. Daarbij worden per horde eisen gesteld aan de bewijsmiddelen alsmede aan de bewijswaardering en motivering. Aan deze eisen is niet zomaar voldaan.

Zo is het niet toegestaan om verschillende inbreuken samen te voegen op basis van een te algemeen geformuleerd

55. Vgl. D. Bailey, ‘Single, Overall Agreement in EU Competition Law’, *CMLRev* 2010, p.473-508.

56. Zie *Anic*, punt 135.

57. Zie recent *Mobiele Operators*, punt 43. Zie nog recenter HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P en C-519/06P, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, n.n.g., punt 58.

58. Voor het belang van een zorgvuldige analyse van de objectieve criteria op basis waarvan de Commissie kan nagaan of al dan niet sprake was van één enkele inbreuk zie Commissie Beschikking 15 september 2005, zaak COMP/38.337, *PO/Garen*, randnr. 264-267. In deze beschikking kwam de Commissie op objectieve gronden, waaronder (1) het verschil in deelnemers, (2) het gebrek aan algemene coördinatie van de verschillende regelingen en (3) het verschil in product- en geografische markten, tot de conclusie dat sprake was van drie verschillende inbreuken in plaats van één enkele inbreuk. In het arrest *Amann & Söhne* heeft het Gerecht de beoordeling van de Commissie bevestigd.

59. Een voorbeeld waarbij dergelijke bewijsconstructies in meerdere of mindere mate wel worden aangenomen is de deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 140 Wetboek van Strafrecht.

60. Zie hierover de treffend geformuleerde conclusie van advocaat-generaal Vesterdorf van 10 juli 1991 in onder meer zaak T-1/89, *Rhône-Poulenc/Commissie*, *Jur.* 1991, p. II-951: ‘Het is alleen maar zo, dat de betrokken rechtsorde geen overdreven gedetailleerde beschrijving en bewijsvoering vereist in gevallen waarin zulks zelden mogelijk zal zijn en waarin de vermoedelijke daders zich zelf in een zodanige situatie hebben gebracht, dat een zekere verlichting van de bewijslast niet bezwaarlijk moet worden geacht. Anders zou de Commissie waarschijnlijk in een groot aantal gevallen reeds op voorhand van rechtsvervolgving moeten afzien, namelijk indien het bestaan van een verboden kartel buiten kijf staat, doch onmogelijk gedetailleerd kan worden bewezen in hoeverre elke onderneming afzonderlijk aan de verboden gedragingen heeft meegewerkt. Hierdoor zou artikel 85 aanzienlijk aan effectiviteit inboeten.’

leerde definitie van het gemeenschappelijk doel; denk daarbij aan doelstellingen als ‘het beperken van de normale mededinging’ of ‘het stabiliseren van marktverhoudingen’. Het is immers inherent aan iedere mededingingsbeperkende gedraging dat zij in algemene zin een dergelijk oogmerk heeft. Tevens dient een zorgvuldig onderzoek naar en een evenwichtig oordeel over de feiten plaats te vinden om te kunnen concluderen dat sprake is van nauw verbonden gedragingen. Lukraak gebruik van het begrip om een bepaald kartelgedrag te beschrijven is derhalve niet toegestaan.

Ook moeten de Commissie en de NMa nagaan of sprake is van een *Buchmann*-kartel. Indien dat het geval is, mogen de Commissie en de NMa niet zomaar aannemen dat een onderneming kennis had van het algemene plan van een kartel, omdat de bi- of multilaterale regelingen waaraan zij heeft deelgenomen hetzelfde doel hadden als het algemene plan.⁶¹ De Commissie en de NMa moeten genoegzaam aantonen dat een onderneming kennis had of had moeten hebben van dat plan. Overigens, is het naar mijn mening onvoldoende om deze kennis te bewijzen aan de hand van mondelinge verklaringen van clementieverzoekers. Dergelijke verklaringen hebben onvoldoende objectieve waarde.

Een ander valkuil die de Commissie en de NMa mijns inziens moeten vermijden bij de bewijsvoering is het gebruik van de klassieke cirkelredenering om het algemene plan of de overkoepelende overeenkomst van alle kartelnemers te deduceren uit de individuele mededingingsbeperkende gedragingen en tegelijkertijd aan te nemen dat de individuele mededingingsbeperkende gedragingen een uiting zijn van het algemene plan.⁶² Het algemene plan moet mijns inziens kunnen worden aangetoond op basis van direct schriftelijk bewijs, dat wil zeggen bewijs dat los staat van de interpretatie van de connectie tussen verschillende mededingingsbeperkende gedragingen.⁶³

Kort samengevat geldt dat de enkele inbreuk een belangrijk wapen is in de strijd tegen langdurige en complexe kartels. Maar voor elk wapen geldt dat de gebruiker daarmee voorzichtig moet omgaan. Gelet op hetgeen ik in dit artikel heb beschreven is lichtvaardig gebruik van het begrip ‘één enkele inbreuk’ zeker vanwege de vergaande consequenties daarvan niet toegestaan. De Commissie en de NMa kunnen op objectieve gronden verschillende inbreuken vaststellen en verschillende procedures inleiden.⁶⁴ Alvorens te beginnen, dienen de Commissie en de NMa kortom eerst op basis van de objectieve kenmerken van de gedragingen te bezinnen of sprake is van één enkele inbreuk. Dat zou mijns inziens ook getuigen van verstandig beleid. Hopelijk draagt dit artikel daar een klein steentje aan bij.

61. Zie bijvoorbeeld *Cimenteries*, punten 4109 en 4112.

62. Zie voor een vergelijkbare discussie over dit onderdeel arrest *BPB*.

63. *Cimenteries*, punten 4116 en 4118. Zie ook *PVC-II*, punten 582 en 590.

64. Hiervoor is reeds gewezen op arrest *Amann & Söhne*. Zie ook GvEA 15 juni 2005, gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 and T-91/03, *Tokai Carbon e.a./Commissie, Jur.* 2005, p. II-00010, punt 124 en GvEA 27 september 2006, zaak T-43/02, *Jungblunzauer/Commissie, Jur.* 2006, p. II-3435, punten 308-314.