

# Arrest Aalberts

## Vernietiging boetes in het koperfittingskartel

Mr. A.M. Huijts\*

Het *Aalberts*-arrest van het Gerecht betreft een beroep van Aalberts Industries en haar dochtervennootschappen Simplex en Aquatis tegen de beschikking van de Europese Commissie van 20 september 2006 waarin de Commissie aan dertig vennootschappen binnen elf concerns een totale boete van 314,7 miljoen euro oplegde voor deelname aan het koperfittingskartel in de periode van 1988 tot 2001 en voor sommige ondernemingen zelfs tot 2004.<sup>1</sup>

Aalberts komt succesvol op tegen de constatering van de Commissie dat haar dochters Simplex en Aquatis na de inspecties van de Commissie in maart 2001 de inbreuk zouden hebben voortgezet. Aangezien Aalberts de dochtervennootschappen pas in augustus 2002 heeft overgenomen en een vrijwaring heeft bedongen van de verkoper voor boetes van vóór de overname, betekent dit arrest dat Aalberts in deze kartelzaak geen boete verschuldigd is.

*GvEA 24 maart 2011, zaak T-385/06, Aalberts Industries, Comap SA en Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co. KG/Commissie, n.n.g.*

## Feiten

Het koperfittingskartel bestond in de periode tussen 1988 en maart 2001 (het moment dat de Commissie inspecties uitvoerde bij de betrokken bedrijven) uit regelmatige multilaterale en bilaterale contacten tussen concurrerende producenten, met het doel de fittingenmarkt kunstmatig te beïnvloeden, in het bijzonder met betrekking tot prijzen. Op pan-Europese bijeenkomsten bespraken de *CEOs* en *salesmanagers* van de betrokken ondernemingen strategie en prijsbeleid voor een aantal landen. De producenten implementeerden deze afspraken op bijeenkomsten over één of een klein aantal natio-

nale gebieden. Tot slot waren er bilaterale discussies. Volgens de Commissie leidden de prijsdiscussies over het algemeen tot afspraken over een prijsverhoging en de manier waarop die zou worden geïmplementeerd.

De Commissie raakte op de hoogte van het kartel door een clementiemelding van Mueller Industries in januari 2001. Hierop voerde de Commissie in maart 2001 inspecties uit bij de betrokken ondernemingen. In 2003 en 2004 diende een tweede groep ondernemingen een clementiemelding in. De informatie van clementiemedelers FRA.BO wekte de aandacht van de Commissie voor het feit dat de inbreuk door sommige ondernemingen zou zijn voortgezet na de inspecties, in de periode 2003-2004. Uiteindelijk heeft de Commissie aan de betrokken ondernemingen boetes opgelegd voor de deelname aan een enkele, complexe en voortdurende inbreuk die plaatsvond tussen 1988 en 2001, aangevuld met verhoogde boetes voor enkele van deze ondernemingen, omdat zij de overtreding zouden hebben voortgezet na de inspecties van de Commissie in maart 2001. De totale boete bedroeg 314,7 miljoen euro.

Onder de beboete ondernemingen bevonden zich Aalberts Industries (Aalberts) en haar dochters Aquatis France SAS (Aquatis)<sup>2</sup> en Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co (Simplex). Aalberts staat aan het hoofd van een groep ondernemingen die onder andere actief is in de productie en distributie van fittingen en is genoteerd aan de Amsterdamse beurs. Aquatis en Simplex zijn in augustus 2002 onderdeel geworden van de Aalberts groep, als gevolg van de overname van de 'Yorkshire Fittings Group' van concurrent IMI, een van de ondernemingen uit de tweede groep clementiemedelers.

Volgens de Commissie hadden Aquatis en Simplex in de periode van 31 januari 1991 tot 22 maart 2001 als leden van de IMI groep en van 25 juni 2003 tot 1 april 2004 als leden van de Aalberts groep aan het kartel deelgenomen. Aalberts zelf zou in de periode van 25 juni 2003 tot 1 april 2004 aan de inbreuk hebben deelgenomen. Aan

\* Mr. A.M. Huijts is advocaat bij Houthoff Buruma in Brussel.

1. Beschikking van de Commissie van 20 september 2006, zaak COMP/38.121, *Fittingen*, Pb. EU 2007, L 283/63.

2. Nu genaamd Comap SA.

Aalberts werd een boete opgelegd van 100,8 miljoen euro, waarvan hoofdelijk met Aquatis 55,15 miljoen euro en eenzelfde bedrag hoofdelijk met Simplex. Tevens werd aan IMI een boete opgelegd van 48,3 miljoen euro, waarvoor Simplex en Aquatis beide hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Tot slot werden Simplex en Aquatis hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een additionele boete van 2,04 miljoen euro, waarvoor noch IMI, noch Aalberts verantwoordelijk was. Volgens de Commissie konden zij niet profiteren van de clementiekorting van IMI. Nu hun boete voor de periode dat ze onder IMI vielen uitsteeg boven de boete van IMI na clementiekorting dienden Simplex en Aquatis het verschil te vergoeden ( $50,34 - 48,3 = 2,04$  miljoen).

Aalberts, Simplex en Aquatis (hierna: verzoekers) voeren in beroep bij het Gerecht voor zover hier relevant aan dat aansprakelijkheid voor de inbreuk onterecht aan Aalberts is toegerekend, dat er geen inbreuk op (het toenmalige) artikel 81 EG-Verdrag (nu: art. 101 VWEU) was en dat verzoekers niet deelnamen aan de enkele, complexe en voortdurende inbreuk.

## Arrest van het Gerecht

Het Gerecht begint zijn beoordeling met de tweede grief. Met de tweede grief richten verzoekers zich tegen het oordeel van de Commissie dat Simplex en Aquatis aan de inbreuk deelnamen in de periode van 25 juni 2003 tot 1 april 2004.

### Simplex

Ten aanzien van Simplex was het bewijs van de Commissie voor deelname tussen juni 2003 en april 2004 beperkt: aantekeningen betreffende een telefoongesprek tussen een medewerker van Simplex en een medewerker van FRA.BO (een van de andere deelnemers aan het kartel) en een verklaring over een gesprek op een handelsbeurs in Essen (Duitsland), beide in 2004.

Het Gerecht herhaalt de vaste rechtspraak dat de Commissie voldoende precies en consistent bewijs moet aandragen.<sup>3</sup> Elke twijfel bij de gerechten van de Europese Unie dient ten voordele van de beboete onderneming te werken.<sup>4</sup> Niet ieder bewijselement van de Commissie hoeft echter ten aanzien van ieder aspect van de inbreuk aan deze criteria te voldoen. Het volstaat als het bewijs in zijn geheel aan dit vereiste voldoet.<sup>5</sup> Tot slot herhaalt het Gerecht dat het normaal is dat bewijs in de context van een kartel meestal slechts fragmentarisch en mager zal zijn, aangezien bijeenkomsten in het geheim worden gehouden en gerelateerde documentatie tot een minimum beperkt blijft. In de meeste zaken moet het bewijs van een inbreuk dus worden afgeleid van een aantal toe-

valligheden en aanwijzingen die tezamen genomen en in afwezigheid van een plausibele verklaring bewijs vormen van een inbreuk van het mededingingsrecht.<sup>6</sup> Verklaringen voortvloeiende uit een clementiemelding spelen een belangrijke rol, aangezien zij voor de clementiemelder aanzienlijke risico's meebrengen.<sup>7</sup> Een erkenning van een onderneming die ervan wordt verdacht een inbreuk te hebben gepleegd, die wordt bestreden door verscheidene ondernemingen die vergelijkbaar beschuldigd zijn, kan niet voldoende bewijs vormen van een inbreuk door deze laatstgenoemde ondernemingen, tenzij ondersteund door ander bewijs.<sup>8</sup>

Verzoekers hebben niet bestreden dat de bijeenkomsten en (telefonische) besprekingen hebben plaatsgevonden. Dit staat dan ook in de onderhavige procedure vast. De vraag is echter of de gedragingen die na de inspecties van de Commissie plaatsvonden, kunnen worden gekwalificeerd als mededingingsbeperkend.

Het Gerecht komt reeds bij behandeling van de tweede grief tot de conclusie dat dit ten aanzien van Simplex niet bewezen is. De Commissie beriep zich ten bewijze van een inbreuk tussen juni 2003 en april 2004 slechts op bewijs uit 2004, namelijk het telefooncontact tussen FRA.BO en Simplex en de bijeenkomst op de beurs in Essen. Op een lijst met telefoongesprekken tussen FRA.BO en concurrenten die FRA.BO bij haar clementiemelding had overgelegd kwam Simplex niet voor. Bovendien bleek FRA.BO bij haar clementiemelding verscheidene handgeschreven aantekeningen door elkaar te hebben gehaald. De Commissie had geen rekening gehouden met de onduidelijkheid die daardoor was ontstaan en had dit ook niet opgehelderd in haar antwoord op de punten van bezwaar, ondanks dat verzoekers de Commissie op de onduidelijkheden hadden gewezen. Uiteindelijk was er alleen schriftelijk bewijs van een telefoongesprek met en/of over Simplex in de agenda van mevrouw P. van FRA.BO. Hieruit werd echter niet duidelijk wie de persoon was die besloot tot een prijsverhoging. Dit had volgens het Gerecht ook bijvoorbeeld de onafhankelijke importeur van Simplex kunnen zijn. Het contact met een medewerker van Simplex was daarmee het onderwerp van slechts één handgeschreven aantekening, die bovendien voor meerdere interpretaties vatbaar was. Het contact zou dus een geïsoleerd incident kunnen zijn geweest.

Het tweede bewijsmiddel tegen Simplex (contact tussen concurrent IBP en Simplex op de beurs in Essen) was slechts gebaseerd op de herinnering van de heer Ha., die beweerde dat medewerkers van Simplex hem hadden gevraagd wat IBP ten aanzien van prijsverhogingen zou doen. Deze bewering werd betwist door de betrokken medewerkers van Simplex. Het Gerecht overweegt dat

3. HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83, *CRAM en Rheinzink/Commissie*, Jur. 1984, p. 1679, punt 20.  
4. GvEA 25 oktober 2005, zaak T-38/02, *Groupe Danone/Commissie*, Jur. 2005, p. II-4407, punt 215.  
5. GvEA 8 juli 2004, gevoegde zaken T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, *JFE Engineering e.a./Commissie*, Jur. 2004, p. II-2501, punt 180.

6. HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00 en C-219/00, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, Jur. 2004, p. I-213, punt 55-57; en HvJ EG 25 januari 2007, gevoegde zaken C-403/04 P en C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie*, Jur. 2007, p. I-729, punt 51.  
7. *JFE Engineering e.a./Commissie*, punt 205 en 211 en *Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie*, punt 103.  
8. *JFE Engineering e.a./Commissie*, punt 219.

de Commissie geen aanvullend bewijs had aangevoerd, terwijl verzoekers als aanvullend bewijs aantoonde dat Simplex reeds vóór de handelsbeurs een prijsverhoging had doorgevoerd die ook al aan haar klanten was meegegeeld. Simplex zou derhalve geen dringende redenen hebben om naar de voornemens van IBP te vragen. Het Gerecht ziet voorts geen aanleiding om aan te nemen dat de algemene opmerking van de heer Ha. betekent dat er een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zou zijn. De informatie verstrekt door de heer Ha. kon ook niet als commercieel gevoelig worden aangemerkt. In lijn met de hiervoor kort besproken rechtspraak concludeert het Gerecht dat niet is bewezen dat het contact tussen IBP en Simplex mededingingsbeperkend van aard was. Dientengevolge is niet bewezen dat Simplex heeft deelgenomen aan een enkele, complexe en voortdurende inbreuk in de periode na de inspecties van de Commissie.

### Aquatis

De vermeende deelname van Aquatis aan de inbreuk behandelt het Gerecht inhoudelijk in de context van de derde grief, de stelling dat de Commissie het bestaan van een enkele, complexe en voortdurende inbreuk die voortduurde na de inspecties in maart 2001 niet heeft bewezen, dat de Commissie geen objectief verband tussen het gedrag van Aquatis en een beperkend totaalplan ('overall restrictive scheme') heeft aangetoond en dat de Commissie niet heeft getoond dat Aquatis op de hoogte was of had moeten zijn van een dergelijk totaalplan.

De Commissie had de deelname van Aquatis aan het kartel na maart 2001 uitsluitend gebaseerd op haar aanwezigheid bij vijf bijeenkomsten van de Logistiekcommissie van FNAS<sup>9</sup> en bij een telefonische bespreking die eveneens in het kader van FNAS plaatsvond. Het bewijs van de Commissie dat sprake was van een mededingingsbeperkende overeenkomst bestond bovendien slechts uit notulen opgesteld door een vertegenwoordiger van de Logistiekcommissie van FNAS die niet waren ondertekend door de aanwezige vertegenwoordigers van de aan de bijeenkomst deelnemende bedrijven. Volgens het Gerecht moet eerst worden gezien of het gedrag dat de vermeende inbreuk vormde na de inspecties van maart 2001 kan worden gezien als een voortzetting van de enkele, complexe en voortdurende inbreuk van vóór de inspecties. Zo ja, dan rijst de vraag of de deelname van Aquatis aan de FNAS-vergaderingen onderdeel vormt van deze inbreuk.

Wanneer verschillende gedragingen onderdeel uitmaken van een 'totaalplan', omdat het doel van deze gedragingen is om de mededinging op de gemeenschappelijke markt te verstoren, kan de Commissie verantwoordelijkheid voor die gedragingen toerekenen op basis van deelname aan de inbreuk gezien in zijn geheel.<sup>10</sup> Voor de aanwezigheid van dit mededingingsverstoringende doel volstaat een algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de relevante markt niet. Een invloed

op de mededinging is immers inherent aan iedere gedraging die onder artikel 101lid 1 VWEU valt. Om gedragingen die op verschillende momenten plaatsvonden als enkele en voortdurende inbreuk aan te kunnen merken, moet worden vastgesteld of ze complementair zijn, in die zin dat ieder van de gedragingen bedoeld is om een of meer gevolgen van het normale patroon van mededinging het hoofd te bieden en of ze door interactie bijdragen aan het bereiken van de mededingingsbeperkende gevolgen die de verantwoordelijken beoogden.<sup>11</sup>

De Commissie moet volgens vaste jurisprudentie aantonen dat de onderneming de intentie had met haar eigen gedrag bij te dragen aan de algemene doelen die alle deelnemers nastreefden en dat de onderneming op de hoogte was van de daadwerkelijke gedragingen die gepland of reeds uitgevoerd werden door de andere deelnemers, of dat de onderneming dit redelijkerwijs had kunnen voorzien, en bereid was het risico te nemen.<sup>12</sup> Tot slot is irrelevant of de onderneming niet aan alle aspecten van een kartel deelnam. Die factor moet pas in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van de hoogte van de boete.<sup>13</sup>

Het Gerecht overweegt dat in casu de structuur van het kartel na maart 2001 concreet was veranderd. Zo was de organisatie van het kartel relatief flexibel, in essentie bestaande uit *ad hoc* bilaterale contacten. Er was geen pan-Europese coördinatie meer en dus ook geen nationale implementatie van deze afspraken. Het aantal deelnemers was teruggelopen van negen naar vier en het aantal betrokken landen van dertien tot vijf.<sup>14</sup> Het doel van de onderlinge afstemming bleef echter hetzelfde: prijsafstemming met betrekking tot fittingen. Dat een kartel door periodes van meer of mindere activiteit gaat, wil volgens het Gerecht niet zeggen dat het kartel ten einde is gekomen. In algemene zin kon de Commissie derhalve concluderen dat het kartel na maart 2001 had voortgeduurd en dat sprake was van een enkele, complexe en voortdurende inbreuk. De vraag is daarmee of Aquatis door deel te nemen aan de bijeenkomsten van de FNAS-werkgroep en in het bijzonder de besprekingen over de kosten van de introductie van nieuwe verpakkingen van fittingen, deelnam aan deze inbreuk.

Volgens het Gerecht bestond de inbreuk (na maart 2001) uit drie elementen: bilaterale contacten, contacten op een handelsbeurs en contacten in de context van FNAS-bijeenkomsten om prijzen af te stemmen. Aquatis nam slechts deel aan een van deze drie elementen, de FNAS-bijeenkomsten. Deze deelname is volgens het Gerecht niet voldoende om aan te tonen dat Aquatis deelnam aan de enkele, complexe en voortdurende inbreuk, tenzij Aquatis wist of had moeten weten dat haar gedrag onderdeel was van een totaalplan en dat dit

9. Fédération Française des Négociants en Appareils Sanitaires, Chauffage, Climatisation et Canalisations.

10. *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 258.

11. GvEA 12 december 2007, gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05, *BASF en UCB/Commissie*, Jur. 2007, p. II-4949, punten 179-181.

12. HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92, *Commissie/Anic Participazioni*, Jur. 1999, p. I-4125, punt 87.

13. *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 86.

14. Duitsland, Griekenland, Spanje, Frankrijk en Italië.

plan bovendien alle elementen van het kartel omvatte.<sup>15</sup> Ter onderbouwing hiervan verwees de Commissie slechts naar het feit dat Aquatis deelnam aan het kartel tussen 1991 en maart 2001. Dat is volgens het Gerecht niet voldoende om aan te tonen dat Aquatis opnieuw lid was geworden van het kartel.

Ten eerste geldt dat Aquatis haar deelname aan het kartel heeft gestopt na de inspecties door de Commissie in maart 2001. Er is geen reden om aan te nemen dat Aquatis wist van de voortzetting van het kartel door IBP, Comap en FRA.BO. Voorts valt volgens het Gerecht moeilijk in te zien hoe de bijeenkomsten van de FNAS-werkgroep waar werd gesproken over nieuwe verpakkingen verband houdt met het kartel zoals dat vóór maart 2001 bestond. Het feit dat sommige producenten de betrokken kosten bespraken verandert dat niet. Ook oordeelt het Gerecht dat eventuele collusie op de FNAS-bijeenkomsten niet pan-Europees in reikwijdte was, aangezien ze alleen op de Franse markt betrekking hadden. Aangezien er voorts geen bewijs is dat erop wijst dat ze werden gehouden door de andere karteldeelnemers als raamwerk om prijsafspraken te maken, geldt dat niet is komen vast te staan dat Aquatis redelijkerwijs had kunnen weten dat deze bijeenkomsten onderdeel waren van een bredere inbreuk die onderdeel was van een totaalplan.

### Uitspraak

Voor alle verzoekers wordt de boete verband houdende met de periode na maart 2001 dan ook vernietigd. De eerste grief, onrechtmatigheid van de toerekening aan Aalberts, komt derhalve niet aan de orde, aangezien de boete reeds is vernietigd. Het Gerecht vernietigt eveneens de additionele boete van 2,04 miljoen waarvoor Aquatis en Simplex hoofdelijk aansprakelijk zijn, aangezien deze ‘op een onjuiste bevinding is gebaseerd’.

## Commentaar

### Toerekening

Hoewel het Gerecht geen expliciete uitspraak hoeft te doen over de rechtmatigheid van de toerekening van de overtreding aan Aalberts, bevat de uitspraak wel degelijk een impliciete bevestiging van de vaste rechtspraak over toerekening bij opvolging van de onderneming.<sup>16</sup> Indien de rechtspersoon die de activiteiten van de inbreukmakende onderneming heeft overgenomen de inbreuk voortzet, kan de Commissie deze rechtspersoon mede aansprakelijk houden voor de inbreuk. Elke rechtspersoon is in een dergelijk geval aansprakelijk voor de periode van de inbreuk waarin zij via een onderneming

waarin de relevante activiteiten zijn ondergebracht aan het kartel heeft deelgenomen.<sup>17</sup> Dit geldt ook voor de aansprakelijkheid van de voormalige en de huidige moederonderneming.<sup>18</sup> In het onderhavige geval kon uiteindelijk niet worden bewezen dat Simplex en Aquatis na de inspecties – en daarmee na de overname door Aalberts – hadden deelgenomen aan de inbreuk. In lijn met de vaste rechtspraak op dit punt wordt aan Aalberts dan ook geen boete opgelegd, maar blijft de boete voor IMI wel in stand.<sup>19</sup>

De toerekening speelt eveneens een rol bij enkele opmerkingen van het Gerecht over het 10 procent-plafond.<sup>20</sup> De Commissie had in deze zaak de boetes voor Aquatis en Simplex in de periode dat zij onder IMI vielen opgeteld bij de boetes voor de periode dat zij onder Aalberts vielen en had vervolgens op dit totaalbedrag het 10 procent-plafond voor Aalberts toegepast. Onder verwijzing naar het *Tokai Carbon e.a./Commissie*-arrest merkt het Gerecht echter op dat wanneer een onderneming is gesplitst in twee ondernemingen op het moment waarop de beschikking wordt genomen, elke geadresseerde het recht heeft dat plafond individueel op zich te laten toepassen. Nu het beroep van Aalberts volledig gericht was tegen de beboeting van Aquatis en Simplex voor de periode na de inspecties van de Commissie en de additionele boete van 2,04 miljoen euro, is in deze zaak niet aangevoerd dat de Commissie onterecht het 10 procent-plafond van Aalberts heeft toegepast voor het aan IMI toegerekende onderdeel van de inbreuk van Aquatis en Simplex. Toch lijkt het erop dat dit tot een lagere boete had kunnen leiden.<sup>21</sup> Na raadpleging van het arrest van het Gerecht inzake *IMI* blijkt dat dit in die zaak eveneens niet is aangevoerd.<sup>22</sup> Desalniettemin doet een onderneming die na overname van een vennootschap wordt geconfronteerd met een beboeting van deze vennootschap er goed aan te controleren of het 10 procent-plafond correct is toegepast.

### Clementiemelding bij fusie en overname

De besproken opvolgings- en toerekeningsregels hebben ook gevolgen voor clementieaanvragen en -kortingen. Als een dochter op het moment dat de voormalige moeder een clementieaanvraag doet niet langer deel uitmaakt van de groep van de voormalige moeder, kan die dochter niet profiteren van een clementiekorting, ook al bevat de clementiemelding (slechts) informatie over de dochter. Op zichzelf is dit een logsich gevolg van de toepassing van de toerekeningsregels. Evenwel geldt dat een onderneming die een andere onderneming over-

15. *Commissie/Anic Parecipazioni*, punt 83 en GvEA 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, 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, *Cimentieres CBR e.a./Commissie*, Jur. 2000, p. II-491, punten 4027 en 4112.

16. Zie hierover meer uitgebreid: I.W. VerLoren van Themaat en M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010/3, p. 93 e.v.

17. GvEA 16 november 2000, zaak C-279/89P, *Cascades/Commissie*, Jur. 2000, p. II-9693, punten 78-79.

18. Zie o.a. Rb. Rotterdam 19 juni 2009, zaaknr. AWB 08/2411 MEDED-T1, LJN BI8766.

19. GvEA 24 maart 2011, zaak T-378/06, *IMI e.a./Commissie*, n.n.g.

20. Punt 125 van de *Aalberts*-uitspraak.

21. Zie punt 766-777 van de bestreden beschikking.

22. Bij de boete voor IMI zelf was immers wel degelijk rekening gehouden met haar eigen boeteplafond. Tot dit plafond was IMI hoofdelijk aansprakelijk met Aquatis en Simplex. Toepassing van het boeteplafond van IMI op de totale boete van Aquatis en Simplex zou derhalve niet tot een ander eindresultaat hebben geleid.

neemt er goed aan doet voorafgaand aan de overname grondig te onderzoeken of er mogelijkheden zijn voor een eigen clementiemelding. Het zou immers kunnen dat de koper na de overname wordt geconfronteerd met een clementiemelding van de voormalige moeder. Voor een eigen clementiemelding is het dan al te laat: de voormalige moeder heeft in de meeste gevallen reeds alle waardevolle informatie over de dochtermaatschappij overgelegd. In casu had Aalberts zich door middel van een vrijwaring ingedekt tegen overtredingen van Simplex en Aquatis die vóór de overname (augustus 2002) hadden plaatsgevonden. Een dergelijke vrijwaring volstaat echter niet als de inbreuk wordt voortgezet en had Aalberts niet geholpen als het Gerecht de boete voor de inbreuk in 2003 en 2004 in stand had gelaten.

### Onschuldpresumptie

Het Gerecht hoeft in deze uitspraak niet in te gaan op de opmerkingen van verzoekers dat toepassing door de Commissie van het concept van een enkele, complexe en voortdurende inbreuk in deze zaak in strijd is met de onschuldpresumptie.<sup>23</sup> Verzoekers zijn van mening dat het begrip ‘enkele, complexe en voortdurende inbreuk’ een uitzondering vormt op de regel dat de Commissie de exacte manier waarop een onderneming deelnam aan een kartel moet aantonen. De toepassing van dit begrip in de onderhavige zaak zou leiden tot een situatie waarin iedere combinatie van ogenschijnlijk onafhankelijke contacten tussen concurrenten kan worden behandeld als een enkele, complexe en langdurige inbreuk.

Dit roept de vraag op wanneer een combinatie van ogenschijnlijk onafhankelijke contacten tussen concurrenten een ‘enkele, complexe en langdurige inbreuk’ vormt. Volgens het Gerecht zou dat in deze zaak in ieder geval zo zijn als Aquatis aan alle drie de elementen van de inbreuk na maart 2001 zou hebben deelgenomen. Het Gerecht merkt op dat eveneens sprake is van deelname door Aquatis aan de inbreuk als zij wist of had moeten weten dat haar gedrag onderdeel was van een totaalplan dat alle elementen van het kartel omvatte. In dit kader overweegt het Gerecht dat alleen als vastgesteld kan worden dat Aquatis op de hoogte was van het bestaan van de andere twee elementen van het kartel, haar deelname aan de overeenkomst over de Franse markt gezien kan worden als het uiten van haar deelname aan de inbreuk. Bovendien moet de Commissie aantonen dat de onderneming de intentie had met haar eigen gedrag bij te dragen aan de algemene doelen die alle deelnemers nastreefden<sup>24</sup> en moet worden vastgesteld of de verschillende elementen complementair zijn.<sup>25</sup> Uiteindelijk kent het Gerecht aan deze laatste intentie- of complementariteitstoets echter geen zelfstandig belang toe. Aansprakelijkheid van Aquatis lijkt namelijk slechts af te hangen van het feit of zij wist of had behoren te weten van de overige elementen van de inbreuk.

23. Punt 73 van de Aalberts-uitspraak.

24. *Commissie/Anic Participazioni*, punt 87.

25. *BASF en UCB/Commissie*, punt 179-181, waaruit een complementariteits- of intentievereiste lijkt te volgen.

Het Aalberts-arrest is niet de eerste keer dat het Gerecht geen zelfstandige waarde toekent aan de intentie- en complementariteitvoorwaarde, althans deze als vervuld ziet als wordt voldaan aan de vereisten van de aanwezigheid van een totaalplan, een gemeenschappelijk doel en het feit dat de onderneming wist of had moeten weten dat haar gedrag onderdeel was van een geheel plan dat alle elementen van het kartel omvat.<sup>26</sup> Het *nulla poena sine lege*-beginsel zou dan gerespecteerd worden, door bij de boeteberekening rekening te houden met de eigen inbreuk van de onderneming in kwestie (via de factoren relevante omzet en duur).

Het *nulla poena sine lege*-beginsel is echter niet hetzelfde als de onschuldpresumptie. Het beroep van verzoekers op de onschuldpresumptie ziet dan ook op het feit dat een onderneming pas schuldig kan zijn aan deelname aan een enkele, complexe en voortdurende overtreding, als haar schuld volgens de wet wordt bewezen (art. 6 lid 2 EVRM). Met *BASF en UCB/Commissie* leek het Gerecht de intentie van de onderneming om bij te dragen aan de overige elementen van de enkele, complexe en voortdurende inbreuk deel te laten uitmaken van de bewijsvraag. Wellicht dient het *BASF en UCB/Commissie*-arrest gezien zijn context – in die zaak was sprake van verschillende doelstellingen die met verschillende methoden werden nagestreefd<sup>27</sup> – te worden gezien als een vreemde eend in de bijt. Het Hof van Justitie lijkt in *Commissie/Anic Participazioni* en *Aalborg Portland e.a./Commissie* echter eveneens te impliceren dat de Commissie niet alleen de wetenschap van de onderneming moet aantonen, maar ook de intentie van de onderneming om met haar eigen gedrag bij te dragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers.<sup>28</sup>

Een dergelijk intentie- of complementariteitsvereiste lijkt de onschuldpresumptie te respecteren. Met zijn huidige aanpak lijkt het Gerecht aan dit vereiste een ondergeschikt belang toe te kennen. Het is de vraag of dit toetsing aan de onschuldpresumptie zou kunnen doorstaan.

### Relevantie voor de Nederlandse praktijk

Ook de NMa maakt geregeld gebruik van het begrip ‘voortdurende inbreuk’.<sup>29</sup> De constatering dat sprake is van een voortdurende inbreuk biedt de NMa onder andere de mogelijkheid om de boete te verhogen vanwege de duur van de inbreuk. Bovendien gaat bij een voortdurende inbreuk de vervaltermijn pas lopen wanneer aan die inbreuk een einde is gekomen, hetgeen de NMa een aanzienlijk tijdsvoordeel oplevert.

26. Zie o.a. GvEA 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank e.a./Commissie*, punt 193; GvEA 19 mei 2010, zaak T-21/05, *Chalkor/Commissie*, n.n.g., punt 91 en GvEA 28 april 2010, zaak T-446/05, *Amann & Söhne en Cousin Filterie/Commissie*, n.n.g., punt 92-95. In dit laatste arrest ziet het Gerecht de aanwezigheid van een ‘totaalplan’ als doorslaggevend.

27. *BASF en UCB/Commissie*, punt 209.

28. Zie *Commissie/Anic Participazioni*, punt 87 en *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 83.

29. Zie bijv. zeer recent het besluit van 21 april 2011 in zaak 6109, *Caraat*.

Voor zover er een intentie- of complementariteitstoets voortvloeit uit de hiervoor besproken uitspraken, lijkt die vooralsnog geen rol te hebben gespeeld bij besluiten van de NMa waarin een voortdurende inbreuk werd geconstateerd. Dit kan ermee te maken hebben dat deze toets slechts een rol speelt wanneer sprake is van een enkele, complexe en voortdurende inbreuk waar sommige ondernemingen niet bij alle elementen van die inbreuk betrokken waren. De NMa is net zozeer gebonden aan de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM als de Commissie. Waar de NMa derhalve een boete wenst op te leggen voor een enkele, complexe en voortdurende inbreuk met verschillende niveaus van betrokkenheid bij de karteldeelnemers zou zij derhalve met artikel 6 lid 2 EVRM rekening moeten houden.