

# Aansprakelijkheid moeder en recidive

Rechter eist zorgvuldigheid bij toepassen mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip

Mr. P. van den Berg en mr. A. Pliego Selie\*

Europese rechter fluit de Europese Commissie terug bij het aansprakelijk stellen van moederverenootschappen voor kartelinbreuken door dochters en bij het verhogen van boetes wegens recidive.

*HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, Elf Aquitaine/Commissie, n.n.g.*

*GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06, Edison/Commissie, n.n.g.*

*GvEA 13 juli 2011, zaak T-39/07, Eni/Commissie, n.n.g.*

*GvEA 13 juli 2011, gevoegde zaken T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 en T-154/07, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e.a./Commissie, n.n.g.*

*GvEA 14 juli 2011, zaak T-189/06, Arkema/Commissie, n.n.g.*

*GvEA 15 september 2011, zaak T-234/07, Koninklijke Grolsch/Commissie, n.n.g.*

## Inleiding

Een van de meest terugkomende onderwerpen in het mededingingsrecht is de toepassing van het ondernemingsbegrip. Ondernemingen zijn de normadressaten van het mededingingsrecht, maar kunnen niet worden aangesproken wanneer het aankomt op het opleggen van sancties. Een mededingingsrechtelijke onderneming is namelijk ‘elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.’<sup>1</sup> Bij een economische entiteit valt geen boete te innen. Daarvoor dienen één of meer juridische entiteiten te worden geïdentificeerd. Een mededingingsrechtelijke onderneming kan bestaan uit één of meer vennootschappen. In de regel zal een onderneming in het kader van de vaststelling van een inbreuk

op het mededingingsrecht in ieder geval bestaan uit de vennootschap die ‘feitelijk’ betrokken is geweest bij de inbreuk. Voor zover deze vennootschap tijdens de inbreuk niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde, maar beslissende invloed op haar werd uitgeoefend door één of meer andere vennootschappen – bijvoorbeeld een moederverenootschap – vormt zij tezamen met deze andere vennootschappen één economische eenheid en derhalve één mededingingsrechtelijke onderneming. Op grond hiervan kunnen de vennootschappen gezamenlijk worden aangesproken voor de inbreuk op het mededingingsrecht, hetgeen kan leiden tot gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid voor bestuurlijke boetes. Dit volgt uit het arrest *Akzo Nobel* van het Hof van Justitie uit 2009.<sup>2</sup>

Wanneer een mededingingsautoriteit een inbreuk op het mededingingsrecht wil vaststellen en een boete op wil leggen, staat veelal ter discussie welke vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de inbreuken van ondernemingen. Dit wordt binnen het mededingingsrecht ook wel aangeduid als toerekening van de inbreuk. Mededingingsautoriteiten hebben bij een inbreuk op het Europese mededingingsrecht enige beoordelingsruimte bij de vaststelling van de aan te spreken vennootschappen.

De Europese Commissie heeft van die beoordelingsruimte veelvuldig gebruik gemaakt, door in verscheidene kartelzaken een moederverenootschap (ook wel: ‘moeder’) mede aansprakelijk te stellen voor een inbreuk die ‘feitelijk’ door een andere dochtervennootschap (ook wel: ‘dochter’) is begaan. Voorts heeft de Commissie forse boeteverhogingen opgelegd wegens recidive, op basis van de overweging dat de inbreukmaker behoorde tot een mededingingsrechtelijke onderneming die in het verleden al eens was beboet voor overtreding van artikel 101 VWEU (het kartelverbod) of artikel 102 VWEU (misbruik van een economische machtspositie), zonder

1

\* Mr. P. van den Berg is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Mr. A. Pliego Selie is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

1. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, Jur. 1991, p. I-1979, punt 21.

2. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel/Commissie*, Jur. 2009, p. I-8237, punt 58 e.v. Zie voor een uitgebreide analyse van deze uitspraak I.W. Verloren van Themaat en M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010/3, p. 90-95.

dat betrokkenheid van dezelfde (moeder)vennootschap bij beide inbreuken uiteengezet werd in de boetebeschikkingen.

Het (mede) aanspreken van een moedervernootschap door de Commissie kan meerdere doeleinden dienen. In de eerste plaats kan daarmee de maximale boete die kan worden opgelegd aanzienlijk stijgen. De boete is beperkt tot 10 procent van de jaaromzet van de mededingingsrechtelijke onderneming.<sup>3</sup> Als de moeder onderdeel vormt van dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming, kan de omzet van de moeder worden meegenomen in de berekening van het boetemaximum, zodat onder omstandigheden veel hogere boetes kunnen worden opgelegd. Voorts biedt aansprakelijkheid van de moeder de Commissie meer mogelijkheden de boete te verhalen. Een derde voordeel voor de Commissie is dat er meer mogelijkheden zijn om de boete te verhogen als gevolg van recidive, namelijk wanneer de moeder of een andere dochter van de moeder eerder een inbreuk heeft begaan of wanneer dat in de toekomst alsnog gebeurt. Daarnaast kan onder omstandigheden de vermenigvuldigingsfactor voor vaststelling van de boete worden verhoogd voor ondernemingen die een bijzonder hoge omzet hebben.<sup>4</sup> Ook kan de Commissie hiermee gedupeerden faciliteren bij het aansprakelijk stellen en verhalen van schade in civiele zaken (*follow on damage claims*). Ofschoon dergelijke civiele schadezaken worden beheerst door nationaal recht, kan een beschikking van de Commissie het eenvoudiger maken voor een benadeelde partij om zijn schade te verhalen. Op grond van artikel 16 van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen nationale rechters in schadevergoedingsprocedures naar aanleiding van een kartelbeschikking van de Commissie immers geen beslissingen nemen die in strijd zijn met een door de Commissie gegeven kartelbeschikking. Derhalve staat de onrechtmatige gedraging van alle door de Commissie aansprakelijk gestelde vennootschappen in beginsel vast, zodat een benadeelde partij zich kan beperken tot het aantonen van causaliteit en schade. Indien de Commissie meerdere vennootschappen als inbreukmaker heeft aangewezen, kan dit de verhaalsmogelijkheden vergroten.

Ten slotte stelt de mogelijkheid van aansprakelijkstelling van een moedervernootschap de Commissie in staat ook vennootschappen aan te spreken die een inbreukmakende dochter ten tijde van de initiëring van de handhavingprocedure inmiddels van de hand hebben gedaan, maar daarover tijdens (een deel van) de periode van de inbreuk wel zeggenschap hadden. Een (voormalige) moeder van een inbreukmakende dochter zal derhalve doorgaans een belang hebben om aansprakelijkheid te ontlopen. Dat is echter niet altijd het geval. Onder omstandigheden kan een boete *hoger* uitvallen wanneer de moeder niet aansprakelijk wordt gehouden. Dat kan aan de orde zijn wanneer een moedervernootschap twee

dochters heeft die, bijvoorbeeld in verschillende geografische markten, beide hebben deelgenomen aan eenzelfde kartelinbreuk en daar een separate boete voor krijgen opgelegd.

In een aantal arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie die in deze bijdrage worden behandeld, worden boetebeschikkingen van de Commissie vernietigd op het punt van aansprakelijkheid van moedervernootschappen en/of boeteverhoging wegens recidive, op grond van het oordeel van de Unierechter dat de Commissie het zichzelf te gemakkelijk heeft gemaakt bij het toepassen van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip. De relatieve vrijheid die de Commissie geniet bij het bepalen van de geadresseerden van een beschikking en het bepalen van boeteverhogingen, wordt gelimiteerd door zorgvuldigheids- en motiveringsvereisten en de rechten van verdediging, aldus de Unierechter.

Behoudens ten aanzien van recidive, nopen de arresten niet tot de conclusie dat de materiële normen met betrekking tot het ondernemingsbegrip wezenlijk zijn aangescherpt en dat de Commissie daarom minder mogelijkheden zou hebben om aansprakelijkheid van de moeder vast te stellen.<sup>5</sup> Wel heeft voor zowel aansprakelijkheid van een moeder als recidive een aanscherping plaatsgevonden van de eisen die aan de inhoud van een boetebeschikking worden gesteld. De arresten en de implicaties voor de handhavingspraktijk komen in dit artikel aan bod.

## Aansprakelijkheid moedervernootschappen

In *Akzo Nobel* is het in de praktijk zeer belangrijke bewijsvermoeden neergelegd dat, wanneer een moeder (nagenoeg) het volledige aandelenkapitaal van de dochter in bezit heeft, de moeder in beginsel beslissende invloed kan uitoefenen op de dochter en een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de moeder die invloed in de praktijk heeft uitgeoefend.<sup>6</sup> Als gevolg van dit vermoeden hoeft de Commissie geen bewijs te leveren dat de moeder in de praktijk de beslissende invloed heeft uitgeoefend. Hieruit volgt dat materieel gezien voor toerekening van een kartelboete niet voldoende is dat de moeder invloed *kan* uitoefenen op haar dochter, maar dat vereist is dat zij dat *daadwerkelijk* heeft gedaan. Dit vermoeden zal worden aangeduid als de *Akzo Presumptie*.

3. Art. 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003, Pb. EG 2001, L 1/1.

4. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 23 lid 2 onder a Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, Pb. EG 2006, C210/2, punt 30.

5. Zie voor een analyse die meer materiële consequenties lijkt te trekken uit deze arresten: S. Molin, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2011, nr. 4/5, p. 108-117.

6. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel/Europese Commissie*, Jur. 2009, p. I-8237, punt 60. Het is inmiddels duidelijk dat het vermoeden ook geldt als de moeder nagenoeg het volledige aandelenkapitaal bezit. In het arrest GvEA 30 september 2009, zaak T-174/05, *Elf Aquitaine/Commissie*, Jur. 2009, p. II-183, volstond 98 procent. Dit is in hoger beroep (impliciet) bevestigd in de te bespreken uitspraak HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, n.n.g.

De moeder kan door middel van tegenbewijs trachten aan te tonen dat zij ondanks haar aandelenbezit in de praktijk geen beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van haar dochter, maar dat deze in ieder opzicht autonoom heeft geopereerd.

Volgens het Hof van Justitie is het bewijsvermoeden onder meer gelegitimeerd doordat een onderneming zelf beter in staat kan zijn om relevant bewijs te vergaren.<sup>7</sup> Daartegenover staat dat de praktijk tot dusver aantoont dat het zeer moeilijk is de Akzo Presumptie te weerleggen. De Commissie heeft zich daarmee een sterke juridische positie verworven bij het aanspreken van moedervennootschappen. De te behandelen arresten gaan over een aantal gevallen waarin de Commissie nochtans van een koude kermis thuiskwam door op de Akzo Presumptie te vertrouwen zonder aan motiveringsvereisten te voldoen. De motiveringsplicht van de Commissie volgt uit artikel 296 VWEU, dat – voor zover hier relevant – bepaalt dat rechtshandelingen van de Europese instellingen met redenen worden omkleed. Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting tot motivering van een individuele beschikking tot doel, de rechter in staat te stellen de wettigheid van de beschikking te toetsen, en de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist.<sup>8</sup> Dit dient ertoe dat belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen om hun rechten te verdedigen en de Unierechter zijn toezicht kan uitoefenen.<sup>9</sup> Het volstaat dat de motivering volgt uit de context waarin de handeling is vastgesteld, en uit het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.<sup>10</sup> Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk en rechtens in de motivering worden gespecificeerd.<sup>11</sup>

Specifiek binnen het kader van boetebeschikkingen op grond van artikel 101 VWEU heeft het Gerecht overwogen dat indien de vraag rijst aan wie de inbreuk moet worden toegerekend, de beschikking

‘een toereikende motivering [dient te] bevatten ten aanzien van alle adressaten, in het bijzonder van degenen die volgens de bewoordingen van deze beschikking voor de inbreuk aansprakelijk zijn. Zo moet een dergelijke beschikking bij aansprakelijkstelling van een moedermaatschappij voor het inbreukmakend gedrag van haar dochter omstandig de redenen ter rechtvaardiging van de toerekenbaarheid van de inbreuk aan deze onderneming uiteenzetten’.<sup>12</sup>

Een boetebeschikking dient kortom voldoende inzichtelijk te maken op welke gronden de Commissie tot het oordeel heeft kunnen komen een vennootschap aan te spreken. Deze motivering mag niet achteraf, na uitvaardiging van de boetebeschikking, worden verschaft.<sup>13</sup> Alleen op die manier kunnen de aangesproken vennootschappen zich daartegen op behoorlijke wijze verweren en kan de Unierechter zijn rechterlijk toezicht uitoefenen.

### Arrest *Grolsch*: Commissie bepaalt aansprakelijkheid verkeerd

Koninklijke Grolsch N.V. (Grolsch) heeft zich recent van een forse boete – bijna 32 miljoen euro – ontdaan dankzij een onnauwkeurige benadering door de Commissie, die door het Gerecht werd afgestraft.<sup>14</sup> De Commissie had Grolsch beboet wegens betrokkenheid bij de inbreuk die zij had vastgesteld op de Nederlandse biermarkt. In beroep tegen de beschikking (de Bierbeschikking<sup>15</sup>) voerde Grolsch – primair en kort gezegd – aan dat het bewijs van de Commissie niet op haarzelf zag, maar op haar dochtervennootschap Grolsche Bierbrouwerij Nederland B.V. (GBN).

Allereerst voert het Gerecht een bewijswaardering uit en constateert het dat het bewijs dat specifiek tegen Grolsch is gericht te mager is om te kunnen concluderen dat zij rechtstreeks aan het kartel heeft deelgenomen, zoals de Commissie in de Bierbeschikking had vastgesteld. Het waren in hoofdzaak werknemers van GBN die bij de litigieuze gedragingen betrokken waren. Derhalve kon niet worden vastgesteld dat Grolsch ‘zelfstandig’ aan de inbreuk had deelgenomen.<sup>16</sup>

Vervolgens beziet het Gerecht of kan worden geaccepteerd, zoals de Commissie ter terechtzitting had aangevoerd, dat de twee Grolsch-vennootschappen één enkele mededingingsrechtelijke onderneming vormden en dat deze mededingingsrechtelijke onderneming aan de inbreuk had deelgenomen.<sup>17</sup> In feite betoogt de Commissie hiermee dat zij ingevolge de Akzo Presumptie rechtstreeks zou mogen doorpakken naar de moedervennootschap zonder de economische, organisatorische en juridische banden tussen moeder en dochter in de beschikking toe te lichten. Dit gaat het Gerecht een aantal stappen te ver. Het constateert dat de Commissie heeft nagelaten de redenen aan te geven op grond waarvan zij meende Grolsch aansprakelijk te kunnen stellen voor het feit dat haar dochtervennootschap GBN betrokken was bij het kartel (dat wil zeggen de economische, organisatorische en juridische banden tussen Grolsch en GBN).<sup>18</sup> De Bierbeschikking rept hier niet over. Hiermee heeft de Commissie niet alleen niet voldaan aan de door haarzelf in de beschikking gehanteerde

7. HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, n.n.g., punt 70.

8. HvJ EG 28 juni 2005, zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, *Jur.* 2005, p. I-05425, punt 462.

9. HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-6857, punt 96.

10. Zaak C-156/98, *Duitsland/Commissie*, punt 97.

11. HvJ EG 2 december 2009, zaak C-89/08, *Commissie/Ierland e.a.*, *Jur.* 2009, p. I-11245, punt 77.

12. GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06, *Edison/Commissie*, n.n.g., punt 89.

13. Zie op dit punt het hierna te bespreken arrest GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06, *Edison/Commissie*, n.n.g.

14. GvEA 15 september 2011, zaak T-234/07, *Koninklijke Grolsch/Commissie*, n.n.g.

15. Beschikking van de Commissie van 18 april 2007 in zaak COMP/B-2/37.766, *Nederlandse biermarkt*.

16. *Koninklijke Grolsch/Commissie*, punten 42-72.

17. *Koninklijke Grolsch/Commissie*, punt 75.

18. *Koninklijke Grolsch/Commissie*, punten 84-88.

bewijsmaatstaf ten aanzien van de vaststelling van de betrokken ondernemingen,<sup>19</sup> maar tevens verzaakt te voldoen aan het motiveringsvereiste:

‘Na haar gelijkstelling van verzoekster en de Grolsch-groep heeft de Commissie evenwel nagelaten om de redenen aan te geven waarom zij verzoekster aansprakelijk stelt voor het feit dat haar dochteronderneming betrokken was bij het kartel.’<sup>20</sup>

Volgens het Gerecht heeft de Commissie hiermee Grolsch de mogelijkheid ontzegd haar aansprakelijkheid te betwisten en is het Gerecht zelf niet in staat gesteld dienaangaande zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen.<sup>21</sup> Dit formele gebrek wordt de Commissie fataal.

De Commissie lijkt zich er in de Bierbeschikking ten aanzien van Grolsch wel erg gemakkelijk van af te hebben gemaakt. Het is goed mogelijk dat de Commissie deze zaak had gewonnen bij het Gerecht, indien zij alleen maar had vermeld in haar punten van bezwaar<sup>22</sup> dat Grolsch tijdens de inbreuk 100 procent van de aandelen hield in GBN en als zodanig daarmee een mededingingsrechtelijke onderneming vormde. Op grond daarvan had de Commissie de Akzo Presumptie kunnen hanteren en beide vennootschappen, of uitsluitend Grolsch, aansprakelijk kunnen stellen voor de inbreuk. Het niet naleven van de motiveringsvereisten die verbonden zijn aan toepassing van de Akzo Presumptie, leidend tot afwezigheid van een dragende motivering voor boeteoplegging aan Grolsch, kan terecht op weinig genade rekenen.

#### Arrest Edison: Commissie weerlegt argumenten onvoldoende

Ook in het arrest *Edison* van 16 juni 2011 leidt een gebrekkige motivering van de Commissie tot gegrondverklaring van het beroep. De Italiaanse vennootschap Edison SpA (Edison) was in beroep gegaan tegen de boete die haar door de Commissie was opgelegd in verband met betrokkenheid bij het waterstofperoxide en natriumperboraat kartel.<sup>23</sup> Edison was aansprakelijk gesteld voor de inbreuk van haar voormalige dochtervennootschap Ausimont. Tot 20 december 2000 was het volledige aandelenkapitaal van Ausimont in handen van Edison. Tussen december 2000 en mei 2002 hield Edison een meerderheid van de aandelen en vervolgens is Ausimont verkocht aan Solvay.

In de beschikking van de Commissie wordt Edison als moedervenootschap geacht tussen 12 mei 1995 en 31 december 2000 aan de inbreuk deel te hebben genomen, als gevolg van het in handen hebben van het volledige kapitaal van Ausimont. De boete voor Edison wordt met een factor 1,5 verhoogd, vanwege haar hoge omzet. Deze factor wordt niet toegepast op Ausimont, omdat de vennootschap ten tijde van de uitvaardiging van de boetebeschikking inmiddels is verkocht. Voorts wordt de boete met 50 procent verhoogd wegens recidive, resulterend in een uiteindelijk boetebedrag van ruim 58 miljoen euro.

De Commissie heeft de aansprakelijkheid van Edison vastgesteld onder toepassing van de Akzo Presumptie en heeft aangegeven dat Edison dit vermoeden niet heeft weerlegd.<sup>24</sup> Gedurende de administratieve procedure heeft Edison argumenten ingebracht in een poging het vermoeden te weerleggen.<sup>25</sup> Zo heeft zij verklaard dat Edison SpA slechts een niet-operationele holding is van een gediversifieerde groep.<sup>26</sup> Edison wees erop dat de holdingactiviteit geen betrokkenheid bij het beheer van de dochters inhield, daar de zeggenschap daarover was beperkt tot verificatie van de financiële resultaten via interne en externe controles.<sup>27</sup> Edison wees voorts op bijzondere omstandigheden van de financiële crisis binnen de groep, als gevolg waarvan het bestuur van de groep zich gedurende enkele jaren richtte op terugtrekking uit niet-strategische activiteiten van de groep, onder meer om een faillissement te voorkomen.<sup>28</sup> Die periode ging gepaard met volledige autonomie van dochtervennootschappen, waarvan activiteiten niet-strategisch werden beschouwd. Dit betrof onder meer Ausimont. Edison gaf daarnaast aan dat Ausimont over alle voor een autonoom beheer nodige structuren en diensten beschikte en notulen van Edison en Ausimont niet verwezen naar instructies van Edison. Ter onderbouwing heeft Edison enkele schriftelijke bewijsstukken overlegd, waaronder correspondentie met derden, notulen van vergaderingen van de raad van bestuur en overige interne documenten.<sup>29</sup>

Edison stelt in beroep dat de Commissie haar motiveringsplicht heeft geschonden, door in de beschikking niet uiteen te zetten waarom haar argumenten onvoldoende waren voor het weerleggen van de Akzo Presumptie. In de beschikking noemt de Commissie enkele aanvullende feiten en overwegingen waaruit volgt dat Ausimont zich niet autonoom gedroeg. Ten aanzien van de argumenten ingebracht door Edison merkt zij uitsluitend op dat deze ‘onvoldoende zijn om de argumenten van de Commissie te weerleggen.’<sup>30</sup>

19. Zie punt 397 van de Bierbeschikking: ‘(...) bepaald, welke natuurlijke of rechtspersoon de onderneming exploiteerde op het tijdstip waarop de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.’

20. *Koninklijke Grolsch/Commissie*, punt 86.

21. *Koninklijke Grolsch/Commissie*, punten 89-91.

22. De punten van bezwaar is het document van de Commissie waarmee een onderneming formeel in staat van beschuldiging wordt gesteld. Het is daarmee het officiële begin van de sanctieprocedure.

23. GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06, *Edison/Commissie*, n.n.g. Het beroep richtte zich op de beschikking van de Commissie van 3 mei 2006 in zaak COMP/F/38.620, *Waterstofperoxide en natriumperboraat*. De Commissie legde Edison een geldboete van 58,125 miljoen euro op, waarvoor Ausimont – nu Solvay Solexis geheten – tot een bedrag van 25,619 miljoen euro hoofdelijk en gezamenlijk aansprakelijk is gesteld.

24. *Edison/Commissie*, punt 59.

25. *Edison/Commissie*, punt 59.

26. *Edison/Commissie*, punt 62.

27. *Edison/Commissie*, punt 63.

28. *Edison/Commissie*, punt 64.

29. *Edison/Commissie*, punten 66-68.

30. Beschikking van de Commissie van 3 mei 2006 in zaak COMP/F/38.620, *Waterstofperoxide en natriumperboraat*, punt 422.

De argumenten worden hiermee volgens het Gerecht niet inhoudelijk besproken.<sup>31</sup> Hiervoor wordt de Commissie op de vingers getikt door het Gerecht. Het Gerecht stelt dat de argumenten van Edison niet kunnen worden geacht ‘betekenis te missen voor de beoordeling van de autonomie van Ausimont.’ De argumenten betroffen namelijk niet uitsluitend het feit dat Edison een *holding* vormde, maar hadden ook betrekking op ‘een geheel van bijzondere omstandigheden die ten tijde van de inbreuk de betrekkingen tussen de betrokken ondernemingen kenmerkten.’<sup>32</sup> Hierbij acht het Gerecht van belang dat Edison niet uitsluitend algemene stellingen poneerde, maar voorts ondersteunend bewijs had overgelegd, te weten

‘gedetailleerde informatie over de werking van de holding samen met verklaringen van de bestuurders van de betrokken ondernemingen, correspondentie met derden en een aantal interne documenten van de betrokken ondernemingen uit de inbreukperiode.’<sup>33</sup>

De Commissie had de argumenten derhalve in de beschikking moeten behandelen en dienaangaande een standpunt moeten innemen.<sup>34</sup> Deze verplichting vloeit volgens het Gerecht voort uit de overweging dat de Akzo Presumptie weerlegbaar moet zijn.<sup>35</sup>

Noemenswaardig is dat de door de Commissie in de beschikking beschreven aanvullende argumenten ter onderbouwing van de stelling dat Ausimont niet autonoom opereerde, het niet behandelen van de argumenten van Edison volgens het Gerecht niet kan legitimeren.<sup>36</sup> Naar ons oordeel betekent dit in feite dat hoe sterk de eigen argumenten van de Commissie ook zijn, er op haar steeds een formele plicht rust om betekenisvolle argumenten van de adressant voldoende te behandelen. Het Gerecht concludeert dat de Commissie geen ‘omstandig standpunt’ heeft ingenomen over het bewijs ter weerlegging van de Akzo Presumptie, zodat de beschikking op dit onderdeel ontoereikend is gemotiveerd.<sup>37</sup> Als gevolg daarvan acht het Gerecht zich niet in staat om de gegrondheid van de beschikking op dit punt te toetsen.<sup>38</sup>

Volgens het Gerecht kan het ontbreken van motivering niet in de loop van het geding worden verholpen, voor zover het gaat over de toetsing van de beschikking aangaande de aansprakelijkstelling voor de betrokken inbreuk door de Commissie. Daarbij kan – anders dan in het geval van de beoordeling van de boetehoogte – geen extra informatie in aanmerking worden genomen tijdens de beroepsfase.<sup>39</sup> De beschikking wordt derhalve vernietigd.

31. *Edison/Commissie*, punt 71.

32. *Edison/Commissie*, punten 72-73.

33. *Edison/Commissie*, punt 75.

34. *Edison/Commissie*, punt 76.

35. *Edison/Commissie*, punt 77.

36. *Edison/Commissie*, punt 85.

37. *Edison/Commissie*, punt 87.

38. *Edison/Commissie*, punt 88.

39. *Edison/Commissie*, punten 90-93.

## Arrest Elf Aquitaine: Hof van Justitie volgt lijn Gerecht

Door middel van een beschikking heeft de Commissie moedervennootschap Elf Aquitaine (Elf) aansprakelijk gesteld voor een kartelinbreuk begaan door dochtervennootschap Arkema SA (Arkema) in de markt voor monochloorazijnzuur.<sup>40</sup> De boete bedraagt 45 miljoen euro. Volgens de Commissie resulteerde het feit dat Elf 98 procent van de aandelen in Arkema hield in de conclusie dat beide ondernemingen deel uitmaakten van dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming. In beroep heeft het Gerecht de gronden van Elf verworpen. Op 29 september 2011 heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in hoger beroep: de beschikking wordt vernietigd, als gevolg van het verzuimen van de motiveringsplicht door de Commissie. Het Hof van Justitie lijkt hierbij eenzelfde beoordelingskader toe te passen als het Gerecht in de tot dusver besproken arresten.

Gedurende de procedure heeft Elf aangevoerd dat zij slechts een zuivere holdingvennootschap is, in een groep die wordt gekenmerkt door een gedecentraliseerde aansturing van dochters. Bovendien waren de activiteiten van Arkema niet onderworpen aan enige instructie van Elf en heeft Arkema haar moeder niet op de hoogte gehouden met betrekking tot haar marktactiviteiten. De dochter is bevoegd contracten te sluiten zonder voorafgaande toestemming van Elf, is financieel autonoom en heeft haar juridische strategie autonoom bepaald. Ten slotte heeft Elf aangevoerd dat de perceptie van derden de autonomie van Arkema onderstreept.<sup>41</sup>

De Commissie heeft deze argumenten niet geadresseerd in de beschikking. Het Hof van Justitie karakteriseert de behandeling van de argumenten in de beschikking als ‘repetitief’ en ‘in het geheel niet uitgewerkt’. Voor het Hof van Justitie valt niet te toetsen of de Commissie 98 procent aandeelhouderschap op zichzelf voldoende achtte voor de aansprakelijkheid van Elf – ongeacht de merites van de door Elf ingebrachte argumenten – of dat de Commissie de argumenten van Elf inhoudelijk niet overtuigend vond.<sup>42</sup>

Voorts constateert het Hof van Justitie dat bij een eerdere inbreuk van de dochter,<sup>43</sup> Elf niet gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk is gehouden, terwijl daar vanuit het perspectief van Elf geen objectieve structuurwijzigingen aan ten grondslag kunnen liggen.<sup>44</sup> De Commissie heeft derhalve geen consistente benadering gekozen en dit onderstreept de noodzaak voor aanvullende motivering.

40. HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, n.n.g. Het hoger beroep was gericht tegen het arrest van het GvEA 30 september 2009, zaak T-174/05, *Elf Aquitaine/Commissie*, *Jur.* 2009, p. II-183. Dit beroep was gericht tegen de beschikking van de Commissie van 19 januari 2005 in zaak COMP/E-1/37.773, *MCAA*. Vanwege naamswijzigingen wordt de dochter ook aangeduid als Elf Atochem SA en Atofina SA.

41. HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09P, *Elf Aquitaine/Commissie*, punt 160.

42. Zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, punt 168.

43. Beschikking van de Commissie van 10 december 2003 in zaak COMP/E-2/37.857, *Organische peroxides*.

44. Zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, punt 166.

Het Hof van Justitie noemt een aantal aanvullende bijzondere overwegingen. Als gevolg van het aansprakelijk stellen van Elf, heeft de Commissie een hogere vermenigvuldigingsfactor gebruikt voor de berekening van de basisboete, waardoor de uiteindelijke boete veel hoger is uitgevallen dan het geval zou zijn geweest wanneer de boete uitsluitend aan de dochter zou zijn opgelegd. De boete is Elf opgelegd op de enkele grondslag van een ‘vermoeden dat Elf Aquitaine aansprakelijk is voor de handelingen van haar dochteronderneming’. Dit vermoeden komt niet noodzakelijkerwijs overeen met de Akzo Presumptie die betrekking heeft op het vermoeden van daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed.<sup>45</sup> Ten slotte is Elf pas formeel in kennis is gesteld van de mogelijkheid dat zij aansprakelijk zou worden gehouden in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar, vier jaar na aanvang van het onderzoek van de Commissie.<sup>46</sup>

Het Hof van Justitie vernietigt de beschikking op grond van een schending van de motiveringsplicht. Hierbij is niet inzichtelijk of en in hoeverre de hiervoor beschreven aanvullende overwegingen een beslissende rol hebben gespeeld. Het is naar ons oordeel onzeker of in de afwezigheid van de verzwarende omstandigheden het Hof van Justitie de beschikking eveneens had vernietigd.

#### Arrest Arkema: niet alle argumenten hoeven door de Commissie te worden geadresseerd

Arkema was eveneens betrokken in de zaak van het waterstofperoxide- en natriumperboraatkartel. In deze zaak bedroeg de boete 78,663 miljoen euro waarvoor Arkema's directe moederverenootschap Elf en indirecte moederverenootschap Total SA gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor 65,1 miljoen respectievelijk 42 miljoen euro. Ofschoon het arrest dezelfde beschikking betreft als het hiervoor beschreven arrest *Edison* en het dezelfde kamer van het Gerecht is die de beroepsprocedure heeft behandeld, slaagt Arkema er in dit geval niet in om de beschikking te laten vernietigen als gevolg van een motiveringsgebrek met betrekking tot de aansprakelijkheid van de moeders.<sup>47</sup>

Gedurende de administratieve procedure heeft Arkema onder meer beargumenteerd dat de aanwijzing van de leden van de raad van bestuur door moeder Elf Aquitaine op zich geen uitoefening van een daadwerkelijke zeggenschap bewees en dat zij haar commercieel beleid volledig autonoom bepaalde.<sup>48</sup> Voorts droeg Arkema aan dat de leiding van moeders Total en Elf Aquitaine nooit was betrokken bij de inbreuk en dat de zeggenschap zich beperkte tot het verstrekken van machtigingen voor de belangrijkste investeringen.<sup>49</sup>

Deze argumenten worden door de Commissie niet inhoudelijk geadresseerd in de beschikking. Niettemin resulteert dit volgens het Gerecht *niet* in de conclusie

dat de Commissie haar motiveringsplicht heeft geschonden:

‘De beknoptheid van de motivering van de bestreden beschikking op dit punt is overigens gerechtvaardigd doordat verzoeksters betoog bestond uit eenvoudige beweringen en niet was gestaafd door concreet bewijsmateriaal inzake haar gestelde marktautonomie.’<sup>50</sup>

In *Edison* waren wel specifieke bewijsstukken overgelegd ter onderbouwing van de stellingen, waaronder correspondentie met derden en interne documenten. Verder was het Gerecht van oordeel, dat de Commissie in de bestreden beschikking slechts ten overvloede had gewezen op de omstandigheid dat de moeder verantwoordelijk was voor de aanwijzing van de leden van de raad van bestuur. Nu dit geen dragend argument was, behoeft de Commissie ook niet in te gaan op de argumenten van Arkema op dit punt.<sup>51</sup>

Deze uitspraak is een waarschuwing voor ondernemingen die op grond van het arrest *Edison* allerlei argumenten op tafel zouden willen leggen ter weerlegging van de Akzo Presumptie. Het verweer behoeft alleen serieus te worden geadresseerd door de Commissie indien het voldoende uitgewerkt is en vergezeld gaat van concrete bewijsstukken. Indien de onderneming volstaat met *prima facie* niet-overtuigende en niet-onderbouwde argumenten, terwijl de moederverenootschap (bijna) 100 procent van het aandeelkapitaal van een inbreukmakende dochter houdt, kan de Commissie naar ons oordeel ook op grond van deze uitspraken volstaan met een enkele verwijzing naar de Akzo Presumptie om aansprakelijkheid van een moederverenootschap vast te kunnen stellen.

In de resterende twee te bespreken arresten, wordt door het Gerecht een boeteverhoging wegens recidive ongedaan gemaakt. Ook in deze arresten valt op dat de Unierechter van oordeel is dat de Commissie te onzorgvuldig heeft gehandeld. De onzorgvuldigheid is bij deze arresten echter niet ingebed in de motiveringsplicht, maar in de rechten van verdediging en de ongerechtvaardigde verhoging van de boete.

## Recidive

Recidive is in het boetebeleid van de Commissie<sup>52</sup> aangemerkt als een boeteverhogende omstandigheid die kan

50. *Arkema/Commissie*, punt 97.

51. *Arkema/Commissie*, punt 100.

52. In het boetebeleid van de NMa is eveneens in de mogelijkheid voorzien om de boete te verhogen – met 100 procent – wegens recidive (art. 13 lid 2 Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14079). De NMa heeft hieraan toepassing gegeven in het Besluit RvB NMa van 29 oktober 2010 in zaken 6494 en 6836 – *Limburgse bouwzaken 1 en 2*, waarin de basisboete van een bouwonderneming met 100 procent werd verhoogd, omdat zij in het kader van de bouwfraude-affaire al eens door de NMa was beboet.

45. Zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, punt 166.

46. Zaak C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Commissie*, punt 166.

47. GvEA 14 juli 2011, zaak T-189/06, *Arkema/Commissie*, n.n.g.

48. *Arkema/Commissie*, punt 88.

49. *Arkema/Commissie*, punt 88.

leiden tot een boeteverhoging van maximaal 100 procent.<sup>53</sup> Aan de orde dient te zijn dat een onderneming een identieke of soortgelijke inbreuk pleegt of voortzet nadat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat de onderneming in strijd met de materiële mededingingsregels heeft gehandeld.<sup>54</sup> Bij het vaststellen van boeteverhogende factoren zoals recidive geniet de Commissie beoordelingsruimte.<sup>55</sup>

### Arrest *ThyssenKrupp*: schending van de rechten van verdediging

Met betrekking tot de hantering van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip bij de vaststelling van recidive heeft een fundamentele koerswijziging plaatsgevonden op grond van het arrest *ThyssenKrupp*.<sup>56</sup> Dit arrest betreft een appèl tegen een kartelbeschikking van de Commissie met betrekking tot de liften- en roltrapensector (de Liftenbeschikking).<sup>57</sup> Een van de beroepsgronden richtte zich tegen het oordeel van de Commissie dat de basisboete van een aantal vennootschappen, die – volgens de Commissie – onderdeel uitmaakten van de ThyssenKrupp-groep, met 50 procent diende te worden verhoogd wegens recidive. Het betrof de vennootschap ThyssenKrupp AG en een aantal van haar (indirecte) dochtervennootschappen in Duitsland, Luxemburg, Nederland en België. De in totaal aan deze vennootschappen opgelegde boete bedroeg bijna 480 miljoen euro. De Commissie was van oordeel dat deze vennootschappen, als mededingingsrechtelijke onderneming, in 1998 al eens door de Commissie waren beboet wegens kartelgedragingen in een zaak die betrekking had op legeringstoelag.<sup>58</sup> De Commissie had in die beschikking (de Legeringstoelagbeschikking) boetes opgelegd aan ThyssenKrupp Stainless GmbH (TKS) en Acciai Speciali Terni SpA (AST).<sup>59</sup> De moedervernootschappen van TKS en AST waren niet medeaansprakelijk gehouden.<sup>60</sup> TKS en AST waren niet betrok-

ken in de liften- en roltrappenzaak, zodat geen enkele in de Liftenbeschikking aangesproken vennootschap eerder was beboet. Volgens de Commissie stond dit echter niet in de weg aan het vaststellen van recidive. In de Liftenbeschikking overweegt zij:

[E]r is sprake van recidive wanneer een onderneming die in een vroegere beschikking van de Commissie verantwoordelijk is gesteld, vervolgens verantwoordelijk wordt gesteld voor eenzelfde soort inbreuk, ook al is deze laatste in een andere activiteitensector gepleegd of heeft zij betrekking op een ander product. Volgens [de boeterichtsnoeren van de Commissie] vormt recidive door dezelfde onderneming(en) een verzwarende omstandigheid. Het begrip “onderneming” omvat alle juridische entiteiten binnen dezelfde groep die hun marktgedrag niet zelfstandig bepalen.<sup>61</sup>

De Commissie wijst vervolgens naar het standaardarrest voor recidive, *Michelin II*. In dat arrest heeft het Gerecht bevestigd dat recidive ook kan worden gepleegd door een entiteit die voor 100 procent in handen is van een moedervernootschap, die de zeggenschap heeft over een andere entiteit die voor een eerdere inbreuk is veroordeeld.<sup>62</sup> In de beschikking die aanleiding gaf voor dat arrest had de Commissie een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 102 VWEU aan Manufacture Française de Pneumatiques Michelin.<sup>63</sup> De Commissie overwoog daarbij dat zij de onderneming Michelin reeds eerder een boete had opgelegd, in 1981. In die eerdere beschikking had de Commissie, eveneens wegens misbruik, een boete opgelegd aan N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin.<sup>64</sup>

In *Michelin II* stond vervolgens ter discussie of de overtredingen wel begaan waren door dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming – eerste vereiste voor recidive – nu in de twee *Michelin*-zaken verschillende vennootschappen betrokken waren. Het Gerecht beantwoordde deze vraag bevestigend, overwegend dat het heeft weten vast te stellen (door tijdens de beroepsprocedure een schriftelijke vraag te stellen) dat het aandelenkapitaal van beide beboete vennootschappen (indirect) voor meer dan 99 procent werd gehouden door dezelfde moedervernootschap, te weten Compagnie Générale des Établissements Michelin. Het Gerecht vervolgt dat derhalve ‘in redelijkheid de conclusie [kan] worden getrokken’ dat de dochtervennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen.<sup>65</sup> Op grond daarvan zouden de vennootschappen tezamen een onderneming vormen en had de Commissie ‘indien zij dit had

53. Zie voor een uitgebreide kritische analyse van de toepassing van recidive door de Commissie, M. Barness en G. Wolff, ‘Cartel Recidivism in the Mirror of EU Case Law’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2, nr. 5, p. 423-440.

54. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 23 lid 2 onder a Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, punt 28.

55. GvEA 25 oktober 2005, zaak T-38/02, *Groupe Danone/Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-4407, punten 37 en 38.

56. GvEA 13 juli 2011, gevoegde zaken T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 en T-154/07, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e.a./Commissie*, n.n.g.

57. Beschikking van de Commissie van 21 februari 2007 in zaak COMP/E-1/38.823, *Liften en roltrappen*.

58. *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e.a./Commissie*, punt 299.

59. Beschikking van de Commissie van 21 januari 1998 in zaak IV/35.814, *Legeringstoelag*. Art. 1 van deze beschikking, voor zover daarin TKS aansprakelijk werd gesteld voor de door Thyssen Stahl gepleegde inbreuk, is door het Gerecht nietig verklaard (GvEA 13 december 2001, gevoegde zaken T-45/98 en T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless en Acciai Speciali Terni/Commissie*, *Jur.* 2001, p. II-3757. Daarop heeft de Commissie een gewijzigde beschikking vastgesteld (Beschikking van de Commissie van 20 december 2006 in zaak COMP/F/39.234, *Legeringstoelag*). In deze beschikking heeft de Commissie TKS opnieuw aansprakelijk gesteld voor het gedrag van Thyssen Stahl.

60. ThyssenKrupp AG zou volgens de Commissie van die moeders de economische en rechtsopvolgster zijn.

61. Beschikking van de Commissie van 21 februari 2007 in zaak COMP/E-1/38.823, *Liften en roltrappen*, punt 697.

62. GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie*, *Jur.* 2003, p. II-4071, punt 290.

63. Beschikking van de Commissie van 20 juni 2001 in zaak COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*.

64. Beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981 in zaak IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug/Nederlandsche Banden Industrie Michelin*.

65. *Michelin/Commissie*, punt 290.

gewild' de boetes aan dezelfde moederverenootschap kunnen opleggen.<sup>66</sup> In dat licht bezien achtte het Gerecht het acceptabel dat de Commissie Michelin had aangemerkt als recidivist.

Terug naar *ThyssenKrupp*. Ofschoon de appellerende vennoetschappen a priori eveneens relevante (indirecte) concernrelaties zouden kunnen hebben met de vennoetschappen die betrokken waren in de Legeringstoelagbeschikking, acht het Gerecht dit deze keer niet doorslaggevend. Uit de Legeringstoelagbeschikking blijkt volgens het Gerecht in de eerste plaats dat de Commissie alleen een aantal dochtervennoetschappen aansprakelijk heeft gesteld voor de geconstateerde inbreuk en niet eveneens hun respectieve moederverenootschappen. Deze moederverenootschappen zijn evenmin gehoord tijdens de administratieve procedure die tot de vaststelling van de eerdere beschikking heeft geleid.<sup>67</sup> Verder heeft de Commissie in de Liftbesikking niet vastgesteld dat de eerder beboete vennoetschappen onderdeel zouden uitmaken van een van de in de Liftbesikking betrokken ondernemingen. Er is daarom niet aangetoond dat het dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming betreft die de twee inbreuken heeft gepleegd.<sup>68</sup>

De stelling van de Commissie dat ThyssenKrupp AG in aanloop naar de Liftbesikking de mogelijkheid had te betwisten dat zij een mededingingsrechtelijke onderneming vormde met de vennoetschappen die in de Legeringstoelagbeschikking waren beboet, vindt in het licht van de rechten van de verdediging geen ingang bij het Gerecht. Het Gerecht kiest er daarbij voor een principieel standpunt in te nemen. Het constateert dat als algemene regel geldt dat een vennoetschap geen boete kan worden opgelegd indien zij niet eerst punten van bezwaar heeft ontvangen. Derhalve heeft ook te gelden, aldus het Gerecht, dat de Commissie geen recidive kan vaststellen van een vennoetschap op basis van een vroegere inbreuk waarvoor haar niet bij beschikking een sanctie is opgelegd noch punten van bezwaar zijn toegezonden. In dat geval heeft die vennoetschap immers in de eerdere zaak niet de gelegenheid gekregen te betwisten dat zij een mededingingsrechtelijke onderneming vormt met andere vennoetschappen. Een sterk vermoeden dat eenzelfde mededingingsrechtelijke onderneming kan worden aangenomen, is derhalve niet genoeg. Er moet reeds een keer zijn vastgesteld dat de moederverenootschap een overtreding heeft begaan, wil de Commissie recidive van de moederverenootschap kunnen vaststellen.<sup>69</sup>

De benadering van de Commissie resulteert in een schending van de rechten van verdediging, specifiek de

66. *Michelin/Commissie*, punt 290.

67. *ThyssenKrupp Liftbesikking Ascenseurs e.a./Commissie*, punt 314.

68. *ThyssenKrupp Liftbesikking Ascenseurs e.a./Commissie*, punt 315.

69. *ThyssenKrupp Liftbesikking Ascenseurs e.a./Commissie*, punten 317-322. Het Gerecht hanteert overigens in punten 317 en 318 de term 'onderneming', waar 'vennoetschap' meer op zijn plaats zou zijn. Dat het Gerecht wel degelijk bedoelt dat een vennoetschap – en niet de economische eenheid – al eens moet zijn beboet om in een tweede zaak ten aanzien van die vennoetschap recidive vast te kunnen stellen, blijkt uit punt 322.

rechten van de door middel van de Liftbesikking beboete moederverenootschap, aangezien die vennoetschap ten aanzien van de eerdere boete opgelegd door de Commissie onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om zich te verweren. Een schending van het motiveringsbeginsel speelt hier niet. Het leidt tot een totale boeteverlaging van 160 miljoen euro.

De uitspraak van het Gerecht lijkt gestoeld op een overtuigende redenering. Toch is zij opmerkelijk, omdat het Gerecht welbewust afwijkt van de *Michelin II*-lijn. Waar het Gerecht in *Michelin II* een zeer praktische aanpak voorstond, laat het Gerecht nu duidelijk het belang van rechtszekerheid en respectering van de rechten van verdediging prevaleren boven de (handhavings)belangen van de Commissie. In *Michelin II* vond het Gerecht het immers geen enkel probleem dat de moederverenootschap in de Michelin-groep in de eerdere zaak niet aansprakelijk was gehouden. De (impliciet aangenomen) band op grond van de beslissende invloed die zij in beide beboete dochtervennoetschappen hield was voldoende. Deze vrijheid voor de Commissie is door *ThyssenKrupp* in betekende mate beknot.

#### Arrest *Eni*: de Commissie stelt ten onrechte recidive vast

Op dezelfde dag als *ThyssenKrupp* heeft het Gerecht een ander, minder revolutionair, maar niettemin interessant arrest gewezen: *Eni*,<sup>70</sup> in een zaak die aangespannen was tegen een kartelbeschikking in de rubbersector (*de Rubberbeschikking*).<sup>71</sup> *Eni SpA* verzette zich onder meer tegen de vaststelling van recidive door de Commissie.<sup>72</sup> Net als in *Michelin II* en *ThyssenKrupp* was aan de orde dat *Eni SpA*, als vennoetschap, nimmer beboet was door de Commissie wegens kartelgedragingen. Het Gerecht constateert in de eerste plaats dat de Commissie in de Rubberbeschikking tot de conclusie komt dat *Eni SpA* recidivist zou zijn, omdat de onderneming 'EniChem' reeds zou zijn bestraft voor kartelgedrag in zowel de polypropyleenzaak<sup>73</sup> als de PVC II-zaak.<sup>74</sup> 'EniChem', zo stelt het Gerecht vervolgens vast, is in de Rubberbeschikking gedefinieerd als elke vennoetschap in het bezit van *Eni SpA*.<sup>75</sup> Het Gerecht merkt vervolgens in algemene zin op dat de Commissie, wanneer zij zich op het begrip mededingingsrechtelijke onderneming wil beroepen, gedetailleerde en nauwkeurige gegevens ter ondersteuning van haar stelling dient aan te dragen.<sup>76</sup> Met andere woorden: als de Commissie de boete van een vennoetschap wil verhogen wegens recidive, omwille van het feit dat die vennoetschap onderdeel uitmaakt

70. GvEA 13 juli 2011, zaak T-39/07, *Eni/Commissie*, n.n.g.

71. Beschikking van de Commissie van 29 november 2006 in zaak COMP/F/38.638, *Butadieenrubber en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber*.

72. Het Gerecht volgt een gelijklopende lijn in het arrest *Polimeri*, eveneens een appel naar aanleiding van de Rubberbeschikking (GvEA 19 november 2011, zaak T-59/07, *Polimeri Europa/Commissie*, n.n.g.).

73. Beschikking van de Commissie van 23 april 1986 in zaak IV/31.149, *Polypropyleen*.

74. Beschikking van de Commissie van 27 juli 1994 in zaak IV/31.865, *PVC*.

75. *Eni/Commissie*, punt 167.

76. *Eni/Commissie*, punt 166.



van een mededingingsrechtelijke onderneming die in het verleden de fout is ingegaan, zal zij – ingevolge het motiveringsvereiste – precies uiteen dienen te zetten op grond waarvan zij meent dat in beide zaken één en dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming betrokken is. Dit heeft de Commissie volgens het Gerecht ten aanzien van Eni SpA nagelaten. Het Gerecht acht de definitie van de onderneming ‘EniChem’, zoals toegepast bij de vaststelling van recidive, onnauwkeurig omdat niet duidelijk is uit welke vennootschappen die in de polypropyleen- en PVC II-zaken bedoelde mededingingsrechtelijke onderneming bestond.<sup>77</sup> Het Gerecht acht het in dat kader niet relevant dat de Commissie er tijdens de beroepsprocedure op heeft gewezen dat de vennootschappen die de Commissie in de polypropyleen- en PVC II-zaak aansprakelijk had gesteld, volledig werden beheerst door Eni SpA. In dit verband wijst het Gerecht erop dat de Commissie dit niet alleen niet heeft onderbouwd, maar ook – en wellicht vooral – dat deze onderbouwing niet is opgenomen in de Rubberbeschikking.<sup>78</sup> Het Gerecht stelt dat de nauwkeurigheid van de Commissie extra van belang is aangezien de ontwikkelingen in structuur en zeggenschapsverhoudingen binnen de Eni-groep bijzonder ingewikkeld waren.<sup>79</sup> De door het Gerecht gewenste ‘voldoende gedetailleerde en nauwkeurige informatie over de evolutie van de vennootschappen die Eni SpA in haar bezit had vóór de bij de bestreden beschikking bestrafte inbreuk’ treft het Gerecht ook niet elders in de Rubberbeschikking aan. Eni SpA’s boete wordt daarom verlaagd van 272,25 tot 181,5 miljoen euro.

## Gevolgen voor de handhavingspraktijk en conclusies

### Aansprakelijkheid moedervervenootschappen

De arresten *Grolsch*, *Edison* en *Elf Aquitaine* lijken geen betekenis te hebben voor de materiële toets met betrekking tot de Akzo Presumptie en aansprakelijkheid van moedervervenootschappen. Het Gerecht geeft geen oordeel over de gegrondheid van de argumenten die door de ondernemingen zijn ingebracht. Het constateert uitsluitend dat het geen onderschikte argumenten betreft en dat zij daarom dienden te worden geadresseerd in de beschikking. De vernietiging van de Commissiebeschikkingen is derhalve het gevolg van motiveringsgebreken. Er is een aanzienlijke kans dat de beschikkingen in stand

waren gebleven wanneer de Commissie de argumenten van verzoeksters in haar beschikkingen had besproken. De arresten bieden dan ook niet noodzakelijkerwijs aanknopingspunten voor het in andere zaken van tafel krijgen van de Akzo Presumptie, wanneer de Commissie wel voldoet aan haar motiveringsplicht. Het arrest *Arkema* toont aan dat niet alle argumenten van een moeder-vennootschap tegen de Akzo Presumptie door de Commissie hoeven te worden geadresseerd, wanneer deze niet zijn onderbouwd met bewijsstukken. In *Grolsch* heeft de Commissie de Akzo Presumptie op onzorgvuldige wijze toegepast.

De Akzo Presumptie zal vermoedelijk onverminderd belangrijk blijven in de handhavingspraktijk van de Commissie. In het vervolg zal de Commissie zeer secuur omgaan met argumenten die ter weerlegging van het bewijsvermoeden worden gevoerd tijdens de administratieve procedure. Zolang zij die argumenten voldoende en inhoudelijk adresseert in de beschikking, lijkt er vooralsnog geen reden om te menen dat de materiële toets met betrekking tot aansprakelijkheid van moeders is aangescherpt. Een meer optimistische conclusie vanuit het perspectief van de rechten van verdediging zou zijn dat het tot voorheen onneembaar lijkende bastion van de Akzo Presumptie wellicht enige voorzichtigte scheurtjes begint te vertonen.

### Recidive

De arresten *ThyssenKrupp* en *Eni* beperken de mogelijkheden voor de Commissie om bij toekomstige inbreuken de boete voor recidive te verhogen, voor zover de adres-sant geen vennootschap is die bij een eerdere inbreuk aansprakelijk was gesteld. Moedervervenootschappen van groepen waarbij in het verleden uitsluitend een dochter is beboet, zien het risico op potentiële aansprakelijkheid bij een nieuwe inbreuk derhalve afnemen. Wij menen dat het Gerecht terecht tot het oordeel is gekomen dat een vennootschap onder alle omstandigheden de mogelijkheid moet hebben gehad zich gedurende de administratieve procedure te verweren tegen (gezamenlijke) aansprakelijkheid, alvorens recidive in beeld zou kunnen komen. De uitspraken vormen een prikkel voor de Commissie om in het vervolg de werkingssfeer van de aansprakelijkheid dicht te smeren. Vermoedelijk zal zij geen geval onbenut laten om voor zover praktisch mogelijk een moeder eveneens aansprakelijk te stellen, zelfs als dat in eerste instantie geen of beperkte gevolgen heeft. De Commissie verzekert daarmee dat zij zich bij een toekomstige overtreding kan beroepen op recidive van de moeder.

De behandelde arresten zullen naar onze verwachting eveneens op de Nederlandse handhavingspraktijk invloed hebben. De NMa en de Nederlandse rechter zijn bij (de toetsing van) de toepassing van de nationale mededingingsregels niet gebonden aan de motiverings-eisen en andere formele eisen die door de Unierechter worden gesteld aan de Commissie. Nochtans is de praktijk van zowel de NMa als de Nederlandse rechter dat op deze gebieden wel aansluiting wordt gezocht bij de

77. *Eni/Commissie*, punten 167-169.

78. *Eni/Commissie*, punt 169. De Commissie is overigens niet gehouden om in haar punten van bezwaar nauwkeurig aan te geven in welke beschikkingen een onderneming al eerder is beboet en op welke zij zich wil baseren om in de bestreden beschikking recidive vast te kunnen stellen. Indien de Commissie zich baseert op een beschikking die zij niet opvoerde in de punten van bezwaar, is dit geen inbreuk op de rechten van verdediging (GvEA 14 juli 2011, zaak T-343/08, *Arkema France/Commissie*, n.n.g., punt 61).

79. *Eni/Commissie*, punt 170.

Unierechtelijke jurisprudentie.<sup>80</sup> Derhalve valt te verwachten dat de NMa de uitspraken ter harte zal nemen door zorgvuldig(er) in te gaan op argumenten van ondernemingen ter weerlegging van de Akzo Presumptie en door de Thyssen-lijn aan te houden bij beoordeling van recidive.

80. Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, AWB 08/1143 MEDED - T1, LJN BK1215 en Besluit D-G NMa van 23 oktober 2003. *Van der Made/Rendac*, punten 16 en 17.