

# Gelijke behandeling bij toerekening kartelinbreuken

Mr. S.C.H. Molin\*

In *Alliance One*<sup>1</sup> stelt het Hof van Justitie voor het eerst vast dat de Europese Commissie bij de toerekening van kartelinbreuken niet met twee maten mag meten.<sup>2</sup> Dit arrest is van fundamenteel belang voor de beschikkingspraktijk van de Commissie alsook voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten.

*HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 en C-14/11, Alliance One*

24

## Inleiding

De wijze van toerekening aan moedervennootschappen van kartelinbreuken begaan door dochtervennootschappen is door de jaren heen onderwerp geweest van een groot aantal arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht.<sup>3</sup> Daarbij werden het instrumentarium en de mogelijkheden voor de Commissie om toe te rekenen aan moedervennootschappen in de regel steeds verruimd. Aan een moedervennootschap die beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van een dochtervennootschap kan een inbreuk van die dochtervennootschap worden toegerekend (*AEG*<sup>4</sup>). Als het gaat om een 100 procent-dochtervennootschap is er een

weerlegbaar vermoeden dat een dergelijke invloed door de moedervennootschap is uitgeoefend (*AEG en Stora*<sup>5</sup>), waarbij geen nadere bewijslevering van daadwerkelijke uitoefening is vereist (*Akzo Nobel*<sup>6</sup>). Dat vermoeden geldt ook in gevallen waarin de moedermaatschappij indirect, via tussenliggende vennootschappen, het volledige kapitaal houdt in de inbreuk makende dochtervennootschap (*General Quimica*<sup>7</sup>). Het Hof van Justitie heeft voorts bepaald dat onder commercieel beleid dient te worden verstaan het commerciële beleid in ruime zin (waaronder beslissingen over ondernemingsplannen/-strategie, investeringen, capaciteiten, financiering etc.) en dat niet vereist is dat de moedervennootschap betrokken is geweest bij beslissingen inzake de relevante producten in kwestie (*Akzo Nobel*).

Deze ontwikkelingen brengen mee dat de lasten voor de Commissie bij toerekening van kartelinbreuken aanzienlijk zijn verlicht, met name bij 100 procent-dochtervennootschappen. Vorig jaar werd de Commissie in een aantal zaken voor het eerst door het Gerecht en het Hof van Justitie teruggedrukt omdat de Commissie tegenbewijs dat de moedervennootschap had aangevoerd wat al te eenvoudig terzijde had geschoven (zaken *Portielje, L'Air Liquide, Edison, Elf Aquitaine*<sup>8</sup>). In *Grolsch*<sup>9</sup> bepaalde het Gerecht voorts dat de Commissie de toerekening van eigen gedragingen van een vennootschap en de toerekening van gedragingen wegens de uitoefening van zeggenschap niet over één kam mag scheren. Daarmee maakte het Gerecht duidelijk dat er ook grenzen zijn aan de toepassing van het bewijsvermoeden. De wijze waarop de Commissie zich bij toerekening kan bedienen van het instrumentarium dat haar daartoe is

\* Mr. S.C.H. Molin is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

1. HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 en C-14/11, *Alliance One*, n.n.g. Dit arrest betreft een hoger beroep tegen het arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010, zaak T-24/05, voortkomend uit een beroep tegen de beschikking van de Europese Commissie van 20 oktober 2004 in COMP/38.238 – *Spanish Raw Tobacco*.

2. Voor enkele recente overzichtsartikelen over de inhoud en ontwikkeling van de leer inzake toerekening van kartelinbreuken wordt verwezen naar P. van den Berg en A. Pliego Selie, 'Aansprakelijkheid moeder en recidive – rechter eist zorgvuldigheid bij toepassen mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip', *NTER* 2012/1, en S.C.H. Molin, 'Uitoefening van beslissende invloed: aansprakelijkheid moedervennootschappen voor inbreuken groepsmaatschappijen', *AM* 2011/4-5.

3. Conclusie A-G Kokott, 12 januari 2012, gevoegde zaken C-628/10 en C-14/11, par. 5.

4. HvJ EG 25 oktober 1983, zaak C-107/82, *AEG/Commissie*, *Jur.* 1982, 01549.

5. HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-09925.

6. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97-08, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, *Jur.* 2009, p. I-08237.

7. HvJ EU 20 januari 2011, zaak C-90/09, *General Quimica*, *Jur.* 2011, p. I-0001.

8. GvEA 16 juli 2011, zaak T-208/08, *Portielje/Commissie*, n.n.g.; GvEA 16 juni 2011, zaak T-185/06, *L'Air Liquide/Commissie*, n.n.g.; GvEA 16 juni 2011, zaak T-196/06, *Edison/Commissie*, n.n.g.; HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09, *Elf Aquitaine/Commissie*, n.n.g.

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

aangereikt, is met het huidige arrest in *Alliance One* opnieuw begrensd: de Commissie is verplicht binnen eenzelfde procedure een en dezelfde wijze van toerekening te hanteren; het hanteren van verschillende methodes is niet toegestaan, ook al zijn die methodes op zichzelf rechtmatig en in overeenstemming met de door het Hof van Justitie geformuleerde criteria.

## Samenvatting casus

De zaak betrof een kartel tussen vier tabakverwerkende bedrijven in Spanje: World Wide Tobacco España SA (WWTE), Agroexpansión SA (Agroexpansión), Tabacos Españoles SL (Taes) en Compañía española de tabaco en rama SA. De eerste drie bedrijven maakten ieder deel uit van grotere Amerikaanse concerns.

De aandelen in WWTE werden aanvankelijk gezamenlijk gehouden door Trans-Continental Leaf Tobacco Corp. Ltd. (TCLT) en de president van WWTE en twee van zijn families. Na enig moment werden nagenoeg alle aandelen in WWTE gehouden door TCLT, een 100 procent-dochtervennootschap van Standard Commercial Tobacco Company Inc. (SCTC), op haar beurt een 100 procent-dochtervennootschap van Alliance One International Inc. (AOI). Zij werden alle gerekend tot de zogenoemde Standard-groep.

Agroexpansión was een 100 procent-dochtervennootschap van Intabex Netherlands B.V. (Intabex), een 100 procent-dochtervennootschap van Dimon Inc. (Dimon).

Taes was een 100 procent-dochtervennootschap van Universal Leaf Tobacco Co. Inc. (Universal Leaf), een 100 procent-dochtervennootschap van Universal Corp. (Universal).

Voor de toerekening had de Commissie gekozen voor de 'dubbele grondslag'-methode. De zaak speelde in de periode na *Stora* waarin er onduidelijkheid bestond over de vraag of de Commissie zich bij toerekening in geval van 100 procent-dochtervennootschappen uitsluitend kon baseren op het bewijsvermoeden dat beslissende invloed was uitgeoefend door de moedervennootschap of dat tevens vereist was dat er aanvullende indicaties waren dat deze invloed daadwerkelijk was uitgeoefend. Totdat het Hof van Justitie in *Akzo Nobel* verduidelijkte dat de Commissie zich in zo'n geval kan beperken tot het bewijsvermoeden, koos de Commissie er uit veiligheid voor om naast het bewijsvermoeden ook bewijs te leveren van daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed (de dubbelegrondslagmethode), zo ook in deze zaak.

De dubbelegrondslagmethode hanterend, kwam de Commissie tot de conclusie dat de inbreuk van Taes niet kon worden toegerekend aan Universal Leaf en Universal omdat naast hun 100 procent-aandeelhouderschap niet was gebleken van daadwerkelijke uitoefening van

beslissende invloed.<sup>10</sup> Om dezelfde reden werd de inbreuk van Agroexpansión niet toegerekend aan Intabex (overigens wel aan Dimon). Het 100 procent-aandeelhouderschap van Universal Leaf, Universal en Intabex was dus niet voldoende om de inbreuken gepleegd door hun dochtervennootschappen aan hen toe te rekenen. De inbreuk van WWTE werd toegerekend aan TCLT, SCTC en AOI. Anders dan bij SCTC en AOI had de Commissie echter bij TCLT niet aangetoond dat zij daadwerkelijk beslissende invloed had uitgeoefend over WWTE. Wat betreft de periode waarin TCLT nagenoeg alle aandelen hield in WWTE bepaalde het Gerecht dat de Commissie zich voor toerekening aan TCLT niet uitsluitend kon baseren op het bewijsvermoeden omdat zij dat bij andere partijen ook niet had gedaan en aldus, in strijd met het gelijkheidsbeginsel, met verschillende maten zou meten.

## Gelijkheidsbeginsel vs. legaliteitsbeginsel

De Commissie stelde zich op het standpunt dat het haar vrij zou staan in een procedure verschillende methodes van toerekening te hanteren zolang deze maar voldoen aan de inhoudelijke vereisten gesteld in de rechtspraak. Indien de Commissie een inbreuk toerekent aan een moedervennootschap in overeenstemming met de in de rechtspraak geformuleerde vereisten, dan zou uit het legaliteitsbeginsel volgen dat die moedervennootschap niet met een beroep op het gelijkheidsbeginsel aan aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen op de grond dat de Commissie niet heeft toegerekend aan een andere moedervennootschap in een vergelijkbare positie, aldus de Commissie.

Daar is het Hof van Justitie het niet mee eens. De Commissie is gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling, neergelegd in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarnaar expliciet wordt verwezen in de considerans van Verordening 2003/1/EG (par. 37). Uiteraard moet de Commissie zich houden aan de door het Hof van Justitie geformuleerde inhoudelijke vereisten voor toerekening maar dat ontslaat haar niet van de verplichting tevens het gelijkheidsbeginsel te respecteren. Ten aanzien van methodes voor boeteberekening had het Hof van Justitie in eerdere zaken al overwogen dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet door de

10. De Commissie sprak in sommige delen van de beschikking overigens over 'no indication (...) of any material involvement (...) in the facts being considered in this Decision' (COMP/38.238 – *Spanish Raw Tobacco*, par. 376). Dat was een onhandige formulering, nu daadwerkelijke betrokkenheid van een moedervennootschap bij de overtreding geen vereiste is om te kunnen toerekenen. Gelet op de context en andere delen van de beschikking (waar de Commissie wel de correcte formulering hanteerde) doelde de Commissie volgens het Hof van Justitie hiermee echter op de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed (HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 en C-14/11, *Alliance One*, r.o. 133).

toepassing van verschillende berekeningsmethodes mag worden gediscrimineerd tussen de ondernemingen in een procedure (*Weig*<sup>11</sup>). In lijn daarmee bepaalt het Hof van Justitie nu dat gelet op de grote invloed die toerekening van een inbreuk van een dochtervennootschap aan een moedervennootschap kan hebben op het bedrag van de boete dat aan de onderneming kan worden opgelegd, hetzelfde geldt ten aanzien van toerekening, namelijk dat het de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, op grond van het gelijkheidsbeginsel niet is toegestaan binnen het door de rechtspraak vastgestelde kader verschillende methodes te hanteren om in een zaak vast te stellen of moedervennootschappen aansprakelijk moeten worden gesteld voor de door hun dochtervennootschappen begane inbreuken.<sup>12</sup>

Wat betreft de invloed op de boete die kan worden opgelegd, doelt het Hof van Justitie waarschijnlijk op de maximumhoogte van 10 procent van de omzet van de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar. Indien een inbreuk kan worden toegerekend aan de moedervennootschap geldt het plafond van 10 procent voor de volledige concernomzet van de onderneming waartoe de moedervennootschap en dochtervennootschap behoren. Kan de inbreuk niet worden toegerekend aan de moedervennootschap, dan geldt het plafond slechts voor de omzet van de inbreuk makende dochtervennootschap. In dat geval kan het plafond al snel worden bereikt. Maar ook bijvoorbeeld bij de toepassing van de vermenigvuldigingsfactor voor afschrikwekkende werking bij het berekenen van de basisboete, en bij een beroep van een onderneming op haar onvermogen tot betalen, kan de toerekening van belang zijn.<sup>13</sup> Voorts is het belang van wel of niet toerekenen groot in geval de dochtervennootschap inmiddels is verkocht. In dat geval maakt wel of niet toerekenen voor de voormalige moedervennootschap veelal het verschil tussen het wel of niet hoeven dragen van een boete.

Wanneer de Commissie eenmaal kiest voor een specifieke methode voor toerekening in een bepaalde procedure, dan is zij – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – dus op grond van het gelijkheidsbeginsel verplicht om dezelfde methode te hanteren voor alle bij die procedure betrokken ondernemingen. Het vereiste van gelijke behandeling ziet op de kwalitatieve maatstaf, de bewijsstandaard, en dus niet op de door de Commissie in aanmerking genomen feiten of de door haar gebruikte bewijsmiddelen. Het gelijkheidsbeginsel brengt niet met zich dat de Commissie bij elke onderneming op grond van hetzelfde type feiten of hetzelfde soort bewijsmiddelen (clementieverklaringen, documenten etc.) aantoonst dat beslissende invloed is uitgeoefend.<sup>14</sup> Dat een moedervennootschap beslissende invloed heeft uitge-

oefend op een dochtermaatschappij, of in zijn algemeenheid dat een moedervennootschap en dochtervennootschap deel uitmaken van één onderneming kan immers uit verschillende feitencomplexen blijken en op verschillende wijzen worden aangetoond. Vereist is slechts dat de Commissie daarbij dezelfde maatstaf hanteert. Het motiveringsbeginsel vereist voorts dat de Commissie in de beschikking uiteenzet op welke wijze deze maatstaf is toegepast op de verschillende betrokken ondernemingen, zodat is na te gaan waarom toepassing van de maatstaf in het ene geval wel tot toerekening leidt en in het andere geval niet; de Commissie kan daar niet pas in de procedure bij het Gerecht mee aankomen.<sup>15</sup>

Het Hof van Justitie legt ten slotte uit dat het gelijkheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel elkaar hier niet bijten. Indien de Commissie voor een bepaalde methode kiest en deze in overeenstemming is met de in de rechtspraak gestelde criteria voor toerekening – en dus rechtmatig is – dan kan de uniforme toepassing daarvan op alle betrokken ondernemingen in de desbetreffende procedure geen onrechtmatigheid opleveren, en is er dus geen sprake van strijd met het legaliteitsbeginsel zoals de Commissie had betoogd.<sup>16</sup>

De aanpak van de Commissie in deze zaak vertoont gelijkenis met de aanpak van de NMa in de zaak *Meel*.<sup>17</sup> In het primaire besluit in deze zaak had de NMa de inbreuken van de verschillende ondernemingen kennelijk toegerekend aan de uiteindelijke moedervennootschappen van de desbetreffende ondernemingen, met uitzondering van de onderneming Meneba, ten aanzien waarvan de NMa niet had toegerekend aan de uiteindelijke moedervennootschap Bencis, zonder dit te motiveren in het besluit. De Adviescommissie wees erop dat deze aanpak een schending van het gelijkheidsbeginsel met zich kan brengen, maar de NMa meende van niet: 'De Raad stelt voorop dat ook al is niet toegerekend aan Bencis, terwijl dit wel tot de mogelijkheden behoorde, het gelijkheidsbeginsel nog niet met zich brengt dat ook andere ondernemingen hiervan zouden moeten profiteren.'<sup>18</sup> Net als de Commissie miskent de NMa hier dat ten aanzien van alle ondernemingen betrokken in dezelfde procedure dezelfde maatstaf voor toerekening dient te worden gehanteerd, en dat de motiveringsplicht met zich brengt dat uit het besluit dient te blijken welke maatstaf is gehanteerd en hoe deze is toegepast op de betrokken ondernemingen.

## Conclusie

Het arrest van het Hof van Justitie in *Alliance One* is van aanzienlijk belang. Het Hof van Justitie heeft uitsluitend

11. HvJ EG 16 november 2000, zaak C-280/98, *Weig/Commissie*, Jur. 2000, p. I-09757.

12. *Alliance One*, r.o. 59.

13. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23 lid 2 onder a Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *Pb. EU* 2006, C 210, p. 2-5, par. 30 en 35.

14. *Alliance One*, r.o. 60. Zie ook *Alliance One*, conclusie A-G Kokott, par. 56.

15. *Alliance One*, r.o. 79.

16. *Alliance One*, r.o. 63, en *Alliance One*, conclusie A-G Kokott, par. 61-64.

17. De NMa paste in deze zaak naast art. 6 Mw ook art. 101 VWEU toe en is daarom op grond van art. 51 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gebonden aan het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 20 en 21 Handvest.

18. Zaak 6306, *Meel* – besluit op bezwaar van 14 maart 2012, par. 86.

gegeven op de fundamentele vraag naar de rol van het gelijkheidsbeginsel in het leerstuk van de toerekening van kartelinbreuken. Anders dan de Commissie tot nu toe van mening was, is het haar niet toegestaan verschillende methodes voor toerekening te hanteren ten aanzien van ondernemingen die betrokken zijn bij dezelfde procedure, ook al zijn die methodes ieder voor zich rechtmatig. Terecht, want het hanteren van verschillende maatstaven voor toerekening kan relatief aanzienlijke verschillen teweegbrengen in de boetes die kunnen worden opgelegd aan ondernemingen die bij hetzelfde kartel betrokken zijn. Het wel of niet (kunnen) toerekenen speelt een cruciale rol, niet alleen bij de berekening van de basisboete, maar ook bij het bepalen van de maximale boete die kan worden opgelegd aan een onderneming. Indien aan de concernbanden van moeder- en dochtervennootschap inmiddels een einde is gekomen, zal het wel of niet toerekenen voor de voormalige moedervernootschap in de praktijk zelfs het verschil betekenen tussen het wel of niet hoeven dragen van een boete. De vraag of wordt toegerekend aan een moedervernootschap is dus van grote betekenis, en het hanteren van verschillende maatstaven kan leiden tot verschillende uitkomsten voor ondernemingen die zich in een vergelijkbare positie bevinden. Dat is onwenselijk, niet in de laatste plaats omdat het hier gaat om met elkaar concurrerende ondernemingen. Met dit arrest van het Hof van Justitie is duidelijk dat dit niet alleen onwenselijk maar ook onrechtmatig is. Waar het instrumentarium en de beoordelingsvrijheid van de Commissie bij het toerekeningsleerstuk door de jaren heen voornamelijk is uitgebreid, kan dit arrest gezien worden als een belangrijke beperking daarop.