

# De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van het mededingingsrecht: ontwikkelingen in de jaren 2011 en 2012

Mr. E. Oude Elferink en mr. E.L.H. Mattioli\*

In dit artikel worden enkele belangrijke ontwikkelingen besproken die zich in de jaren 2011 en 2012 aan het Hof van Justitie van de Europese Unie hebben voorgedaan op het terrein van het mededingingsrecht. Nu er op de Kirchberg in de genoemde periode meer dan 160 beschikkingen en arresten zijn geproduceerd, gaat het om een selectie van de interessantste thema's.

## Statistieken

Het Hof van Justitie is productief geweest in de 'verslagperiode'.<sup>1</sup> De statistische gegevens betreffende 2012 zijn nog niet publiek, maar in 2011 is het op dat moment hoogste aantal zaken ooit afgedaan. Het ging om 544 zaken, waarvan er negentien betrekking hadden op het mededingingsrecht (staatssteun niet inbegrepen). De gemiddelde duur van procedures voor het Hof van Justitie lag, ongeacht de aard van de procedure, op maximaal twintig maanden. Deze goede cijfers zijn deels te danken aan de bestuurlijke kwaliteiten van de president van het Hof van Justitie, Skouris. Hij is in 2012 voor de vierde keer voor een periode van drie jaar verkozen tot *primus inter pares*.

Het Gerecht presteerde ook goed, althans voor zover het betrof het aantal afgedane zaken. In 2011 zijn in totaal 714 zaken afgewikkeld, waarvan honderd op het mede-

dingingsrechtelijk gebied. In die laatste categorie van zaken lag de gemiddelde duur in 2011 echter op ongeveer vier jaar, terwijl het met de snelheid van afhandeling van zaken van andere aard niet veel beter was gesteld. Mede gelet op de toenemende influx van zaken<sup>2</sup> is aan de zijde van het Hof van Justitie de vaststelling gedaan dat maatregelen ten behoeve van de verhoging van productie onvermijdelijk zijn. Daarom is aan de Raad het controversiële voorstel gedaan om het aantal leden van het Gerecht uit te breiden tot 39.<sup>3</sup> De pogingen van Denemarken en Cyprus om dit voorstel in hun hoedanigheid van voorzitter van de Raad tot formeel besluit te verheffen, zijn op niets uitgelopen.<sup>4</sup> Ook Ierland zou momenteel te maken hebben met een politieke blokkade waar het betreft de beslissing welke lidstaten voor hoe lang een tweede rechter voor het Gerecht mogen leveren.<sup>5</sup>

## Onderneming en ondernemersvereniging

De toepassing van artikel 101 VWEU en 102 VWEU valt of staat met de vraag of sprake is van handelen van een onderneming of een ondernemersvereniging. Deze

159

\* Mr. E. Oude Elferink en mr. E.L.G. Mattioli zijn beiden advocaat bij CMS te Brussel.

1. Jaarverslag 2011 van het Hof van Justitie, <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/)>. Zie voor een overzicht ook Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU 2011', *TMP* 2012/1, p. 21-32 en Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU eerste helft 2012', *TMP* 2012/6, p. 223-233.

2. Ter illustratie: in 2011 zijn er 722 zaken aanhangig gemaakt ten opzichte van 522 in 2007.

3. Brief van 28 maart 2011 van Skouris aan de voorzitter van de Raad van de Europese Unie, Martonyi.

4. Zie onder andere het artikel op M-Lex van 30 november 2012 'EU Presidency makes last attempt to reform General Court bench', <[www.mlex.com/EU/content.aspx?ID=293806](http://www.mlex.com/EU/content.aspx?ID=293806)>, en het artikel van 28 december 2012 'Comment: reform of General Court bench slips down EU agenda', <[www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=301245](http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=301245)>.

5. Zie onder andere het artikel op M-Lex van 7 maart 2013 'EU talks on extra judges are "deadlocked", UK Minister says', <[www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=327630](http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=327630)>.

begrippen hebben in de verslagperiode de nodige aandacht gekregen van het Hof van Justitie. Belangrijk is in de eerste plaats de prejudiciële uitspraak in *Compass-Datenbank*.<sup>6</sup> Daarin gaat het om de rechtsvraag of als een ondernemingsactiviteit kan worden aangemerkt de exploitatie door de Oostenrijkse overheid van een databank met gegevens afkomstig uit de Oostenrijkse variant van het Handelsregister, het zogenoemde Firmenbuch. Het Hof van Justitie overweegt dat het op wettelijke grondslag verzamelen van de gegevens ten behoeve van het Firmenbuch tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort. Ook het publiek toegankelijk maken van deze gegevens is, ongeacht de vorm waarin dat gebeurt, geen economische activiteit aangezien het niet kan worden gescheiden van de activiteit van openbare aard. Het verzamelen van gegevens zou namelijk ieder nut verliezen als daarop geen openbaarmaking kan volgen. Aan de vaststelling dat geen sprake is van een economische activiteit doet niet af dat de Oostenrijkse overheid voor verstrekking van de gegevens uit het Firmenbuch een vergoeding vraagt. Deze vergoeding is namelijk bij wet vastgesteld, en wordt niet direct of indirect door de betrokken instantie bepaald. Dat Oostenrijk zich voor zijn beroep op de bescherming van de databank baseert op het intellectuele-eigendomsrecht en niet op bepalingen van publiekrecht, doet evenmin terzake.

In *AG2R Prévoyance*<sup>7</sup> weigert de onderneming Beaudout toe te treden tot het stelsel van aanvullende vergoeding van zorgkosten dat door AG2R voor de Franse ambachtelijke bakkerijsector wordt beheerd. De verwijzende rechter vraagt of en in hoeverre de regeling van verplichte aansluiting bij dat stelsel en, in het bijzonder, de door de overheid verbindend verklaarde aansluitingsovereenkomst zich met artikelen 101 VWEU en 102 VWEU verhouden. Het Hof van Justitie beslist allereerst dat de laatstgenoemde overeenkomst buiten de reikwijdte van artikel 101 VWEU valt aangezien zij in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners is gesloten ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden. Daaraan doet niet af dat de aansluitingsovereenkomst, anders dan die voorwerp was van de zaak *Albany*,<sup>8</sup> niet voorziet in de mogelijkheid van vrijstelling. Dat artikel 101 VWEU geen toepassing vindt, betekent volgens het Hof van Justitie dat evenmin plaats is voor aanwending van de nuttig effect doctrine. De vraag of AG2R als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden aangemerkt, rijst bij de toepassing van artikelen 102 VWEU en 106 VWEU. Het Hof van Justitie overweegt dat het gaat om een privaatrechtelijke rechtspersoon zonder winstoogmerk die als doel heeft het verzekeren van het risico van persoonschade als gevolg van ongeval en ziekte. Omdat AG2R verplicht is alle werknemers van aangesloten ondernemingen te verzekeren tegen een uniforme bij-

drage, is sprake van een organisatie met een sociaal doel en een hoge solidariteitsgraad. Het Hof van Justitie betwijfelt echter of de mate van overheidstoezicht volstaat om de organisatie buiten het toepassingsbereik van de mededingingsregels te plaatsen. Doorslaggevend zijn in dat verband enerzijds de omstandigheden waarin AG2R voor het beheer is aangewezen en anderzijds de onderhandelingsmarge waarover dat orgaan beschikte met betrekking tot de modaliteiten van de aanstelling. De verwijzende rechter dient op basis van die factoren te beoordelen of AG2R in concurrentie treedt op de markt voor de door haar aangeboden voorzieningen.

Dat ook buiten de (semi-)publieke sfeer de vraag kan rijzen of de betrokken partijen ondernemingen zijn in de zin van artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU bewijst de zaak *Gosselin Group e.a./Commissie*<sup>9</sup> maar weer eens. Het betreft een beroep tegen de kartelbeschikking van de Europese Commissie in de zaak *Internationale verhuisdiensten*. Daarin zijn Gosselin Group en haar aandeelhoudster de Stichting Administratiekantoor Portielje (hierna: Portielje) als een economische eenheid aangemerkt en hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een inbreuk op artikel 101 VWEU. Dat het twee verschillende entiteiten betreft kon volgens de Commissie niet afdoen aan het feit dat hun marktgedrag als een eenheid mocht worden aangemerkt. Het Gerecht ontkent dat niet, maar overweegt dat de Commissie de begrippen onderneming en economische eenheid heeft verward. Een moederonderneming van een entiteit die een inbreuk op artikel 101 VWEU heeft gepleegd kan nooit een sanctie opgelegd krijgen wanneer zij zelf geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht is. Portielje kwalificeert niet als zodanig nu zij niet opereert op een markt van goederen of diensten. De stichting houdt louter fiduciair aandelen die voorheen in handen waren van de familiale aandeelhouders en die niet op de markt kunnen worden aangeboden. Portielje heeft zich volgens het Gerecht tijdens de inbreuk ook niet direct of indirect beziggehouden met het bestuur van Gosselin Group. Dit criterium, dat hier op instigatie van de Commissie voor het eerst in een kartelzaak wordt toegepast,<sup>10</sup> vertoont gelijkenis met het criterium van de uitoefening van beslissende invloed dat bij de toerekening van inbreuken aan moederondernemingen wordt gehanteerd. Een belangrijk onderscheid is echter dat hier geen weerlegbaar vermoeden van deelneming aan het bestuur geldt. Dat bijna het volledige kapitaal van Gosselin Group ten tijde van de inbreuk in handen was van Portielje en dat de drie belangrijkste bestuursleden van Portielje tevens de belangrijkste bestuursleden van Gosselin Group waren, volstaat onder die omstandigheden niet om aan te nemen dat Portielje als onderneming heeft geopereerd. De beschikking wordt daarom nietig verklaard voor zover zij is gericht aan Portielje. Daarbij moet worden aangetekend dat advocaat-generaal Kokott

6. HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, *Compass-Datenbank*, n.n.g.

7. HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-437/09, *AG2R Prévoyance*, Jur. 2011, p. I-973.

8. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Albany e.a.*, Jur. 1999, p. I-5751.

9. GvEA 16 juni 2011, gevoegde zaken T-208/08 en T-209/08, *Gosselin Group en Stichting Administratiekantoor Portielje/Commissie*, Jur. 2011, p. II-3639.

10. Deze maatstaf is eerder gehanteerd in HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, Jur. 2006, p. I-289.

in het kader van de thans aanhangige hogere voorziening heeft laten weten deze redenering van het Gerecht af te keuren.<sup>11</sup>

Ten slotte is noemenswaardig het arrest in *MasterCard e.a./Commissie*.<sup>12</sup> De beschikking in deze zaak is gericht aan MasterCard Inc. en twee dochterondernemingen. Deze drie entiteiten, gezamenlijk aangeduid als de ‘betalingsorganisatie MasterCard’, zijn aangemerkt als een ondernemersvereniging die concurrentieverstorende afwikkelingstarieven voor betalingstransacties heeft toegepast. De Commissie heeft zich die opvallende kwalificatie veroorloofd omdat MasterCard aanvankelijk een ondernemersvereniging was en omdat haar beursgang gedurende de periode van de inbreuk geen invloed zou hebben gehad op de factoren die voor de kwalificatie doorslaggevend waren. De betrokken banken, die naar verondersteld mag worden voor de beursgang leden van de ondernemersvereniging waren, zijn toezicht blijven houden en hebben ook na de beursgang dezelfde belangen als de betalingsorganisatie gehad. Interessant is dat de betalingsorganisatie MasterCard en de indirect betrokken banken tijdens de administratieve procedure met deze kwalificatie hebben ingestemd en het ook geen voorwerp van hun rechtstreeks beroep hebben gemaakt. Op het eerste gezicht unilaterale handelingen van een onderneming zijn daarmee toch binnen de reikwijdte van artikel 101 VWEU komen te vallen.

## Mededingingsbeperking

Het arrest *MasterCard e.a./Commissie* is ook in een ander opzicht van belang. Het onderscheidt zich namelijk van andere kartelzaken doordat de aanname van een mededingingsbeperking daarin aan grondige rechterlijke controle wordt onderworpen. De betalingsorganisatie MasterCard heeft een internationaal betaalsysteem geëxploiteerd met vijf grote groepen spelers: MasterCard zelf, de consumenten, de handelaren, de banken die de betaalkaarten uitgeven (hierna: de emittenten) en de banken die handelaren werven voor het aannemen van betaalkaarten (hierna: de wervende banken). De netwerkregels van MasterCard voorzagen erin dat de wervende banken voor iedere betaalkaartverrichting multilaterale *fall-back* afwikkelingsvergoedingen (MFA’s)<sup>13</sup> betaalden aan de emittenten. De wervende banken op hun beurt rekenden handelaren een *merchant service charge* (MSC) aan. Volgens de Commissie heeft MasterCard artikel 101 VWEU geschonden door de grondslag voor de prijs van de MSC’s te verhogen en aldus feitelijk een minimumtarief voor de MSC’s vast te leggen. In het kader van de beoordeling van het beroep van Mas-

terCard stelt het Gerecht onder verwijzing naar de rechtspraak over nevenrestricties eerst vast dat de MFA’s niet objectief noodzakelijk waren voor de verwezenlijking van de betaalkaartverrichtingen. Het Gerecht gaat daarbij niet zover dat het mogelijke alternatieven voor de werking van het systeem beoordeelt. Dit vraagt een afweging van de eventuele voordelen van de MFA’s en dat kan uitsluitend onderdeel van het onderzoek op grond van artikel 101 lid 3 VWEU zijn. Het Gerecht oordeelt vervolgens dat hier sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen. Zonder de MFA’s zouden de wervende banken op bilaterale basis afwikkelingsvergoedingen met de handelaren moeten zijn overeengekomen, hetgeen hun concurrentiepositie zou kunnen aantasten. In het kader van de beoordeling of de Commissie de toepasselijkheid van artikel 101 lid 3 VWEU had moeten erkennen, is het Gerecht terughoudend omwille van de ‘ingewikkelde economische analyse’. Het herinnert eraan dat de ‘verbetering’ waarover de eerste voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU spreekt, niet samenvalt met ieder voordeel dat partijen voor hun productie of distributie aan de overeenkomst ontleen. Bijgevolg heeft de Commissie terecht geen rekening gehouden met de bijdrage van het MasterCard-systeem in zijn geheel aan de technische en economische vooruitgang. Doorslaggevend was of er als gevolg van de MFA’s specifieke, aanzienlijke objectieve voordelen bestonden. Het Gerecht oordeelt van niet en bekrachtigt de beschikking van de Commissie.<sup>14</sup>

In *Football Association Premier League*<sup>15</sup> gaat het om de verlening van exclusieve uitzendrechten voor Premier League voetbalwedstrijden op territoriale basis. De omroeporganisaties die uitzendrechten van de Football Association Premier League (FAPL) verwerven, dienen te waarborgen dat het publiek hun uitzendingen niet kan ontvangen buiten het gebied waarvoor zij een licentie hebben. Horecagelegenheden gebruiken in voorkomend geval echter buitenlandse decodeerapparatuur om toegang te krijgen tot de wedstrijden via een in een andere lidstaat uitgezonden satellietkanaal waarvan het abonnement goedkoper is. In het kader van geschillen over de bestrijding van deze praktijk, overweegt het Hof van Justitie in prejudicieel verband dat een licentieovereenkomst in beginsel een exclusief uitzendrecht mag bevatten. Een dergelijke overeenkomst, die wordt gesloten met één licentiehouder voor één of meer lidstaten, heeft in beginsel geen mededingingsbeperkende strekking. Dit ligt anders als de overeenkomst feitelijk het herstel beoogt van de barrières tussen nationale markten. Het Hof van Justitie oordeelt dat daarvan in deze zaak sprake is gezien de aanvullende verplichtingen die de exclusieve licentieovereenkomsten aan de rechthebbenden opleggen. Daarbij wordt in het bijzonder verwezen naar

11. Conclusie van A-G Kokott van 29 november 2012 in zaak C-440/11P, *Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje e.a.*, n.n.g.

12. GvEA 24 mei 2012, zaak T-111/08, *MasterCard e.a./Commissie*, n.n.g.

13. De MFA’s zijn van toepassing op grensoverschrijdende kaartbetalingen en worden alleen geïnd wanneer er tussen een emitterende en een wervende bank geen specifieke bilaterale afspraken over deze vergoedingen zijn.

14. MasterCard heeft een hogere voorziening ingesteld en argumenteert, onder andere, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van de vermeende beperking van de mededinging. Het gaat om zaak C-382/12 P, *MasterCard, Inc e.a./Commissie*.

15. HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *Football Association Premier League e.a.*, n.n.g.

de verplichting om geen decodeerapparatuur aan te bieden voor het gebruik buiten het door de licentieovereenkomst bestreken grondgebied. Dat betekent dat de licentieovereenkomsten in kwestie een mededingingsrechtelijke strekking hebben.

## Eén enkele en voortdurende inbreuk

Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben zich in 2011 en 2012 veelvuldig gebogen over zogenoemde enkele en voortdurende inbreuken op artikel 101 VWEU. De Commissie vertoont doorgaans een ongebreideld enthousiasme bij de toepassing van dit concept, aangezien daaraan allerhande praktische en juridische voordelen zijn verbonden. In dit licht is vermeldenswaardig het arrest in *Quinn Barlo e.a./Commissie*.<sup>16</sup> Het Gerecht fluit de Commissie daarin terug in verband met haar oordeel dat Quinn Barlo heeft genomen aan een enkele en voortdurende inbreuk in de methacrylaatsector voor drie producten: (1) PMMA-vormmassa, (2) massieve PMMA-platen en (3) sanitaire PMMA-artikelen. Quinn Barlo heeft erkend aan een mededingingsbeperkende overeenkomst met betrekking tot massieve PMMA-platen te hebben deelgenomen, maar zou voor het overige geen betrokkenheid bij het kartel hebben gehad. De sanitaire PMMA-artikelen produceert zij bijvoorbeeld in het geheel niet. Het Gerecht overweegt dat die laatste omstandigheid niet in de weg staat aan de vaststelling van deelname aan de enkele en voortdurende inbreuk, maar dat daarvoor anderzijds evenmin volstaat het enkele gegeven dat de overeenkomst waaraan de onderneming heeft deelgenomen hetzelfde doel had als het algemene kartel. De onderneming in kwestie moet bij haar deelname aan de ene gedraging hebben geweten, of in elk geval hebben moeten weten, dat haar deelname paste in een algemeen kartel. Het bewijs voor die wetenschap aan de zijde van Quinn Barlo heeft de Commissie in de betreffende kartelbeschikking niet geleverd.

In *Commissie/Verhuizingen Coppens*<sup>17</sup> heeft de Commissie een enkele en voortdurende inbreuk vastgesteld waartoe drie gedragingen behoorden: (1) het vaststellen van prijzen voor internationale verhuisdiensten in België, (2) een afspraak over commissies en (3) een overeenkomst over het gebruik van zogenoemde schaduwbestekken. In eerste instantie heeft het Gerecht<sup>18</sup> geoordeeld dat Coppens aan de derde gedraging had meegedaan, maar niet op de hoogte was of redelijkerwijs had kunnen zijn van de andere activiteiten van de betrokken ondernemingen. Hoewel de enkele deelname aan het systeem van schaduwbestekken volgens het Gerecht op

zich een inbreuk op artikel 101 VWEU vormde, vernietigde het de beschikking voor zover deze tot Coppens was gericht. Daarmee kwam de boete voor de onderneming geheel te vervallen. In reactie op de hogere voorziening van de Commissie overweegt het Hof van Justitie dat het Gerecht op grond van artikel 264 eerste alinea VWEU de beschikking alleen nietig had mogen verklaren indien gedeeltelijke nietigverklaring van die beschikking de kern ervan zou hebben gewijzigd. Nu dat laatste niet het geval is, had het Gerecht moeten concluderen dat de Coppens niet aansprakelijk had mogen worden gesteld voor de enkele en voortdurende inbreuk, maar uitsluitend voor de overeenkomst met betrekking tot de schaduwbestekken. De beschikking van de Commissie had uitsluitend nietig moeten worden verklaard voor zover het andere dan de aan Coppens verweten gedragingen betrof. Niet onbelangrijk is dat het Hof van Justitie daarbij heeft verondersteld dat Coppens tijdens de administratieve procedure in staat was gesteld verweer te voeren ten aanzien van iedere verweten gedraging afzonderlijk.

## Toerekening van inbreuken aan moederondernemingen

De toerekening van inbreuken op de mededingingsregels aan moederondernemingen die niet direct bij die inbreuken betrokken zijn, heeft de academische gemoe-deren in 2011 en 2012 onverminderd beziggehouden.<sup>19</sup> Dat hangt samen met de ongekende hoos van uitspraken over dit onderwerp en, meer in het bijzonder, over de toepassing van het zogenoemde weerlegbare vermoeden van de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed op een inbreukmakende dochteronderneming. Het is duidelijk dat ondernemingen na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Akzo Nobel e.a./Commissie*<sup>20</sup> uit 2009 de toerekening van inbreuken aan moederondernemingen niet als een gegeven hebben aangemerkt en in Luxemburg hevige verzet zijn blijven voeren. Hier wordt een aantal uitspraken belicht dat zich van de grijze massa onderscheidt.

Het belang van de zaak *General Química e.a./Commissie*<sup>21</sup> is enerzijds gelegen in de bevestiging door het Hof van Justitie dat het weerlegbaar vermoeden niet alleen van toepassing is indien een rechtstreekse band tussen de inbreukmakende dochteronderneming en de moederonderneming bestaat. Het bewijsrechtelijke instrument kan door de Commissie net zo goed worden ingezet

16. GvEA 30 november 2011, zaak T-208/06, *Quinn Barlo e.a./Commissie*, n.n.g.

17. HvJ EU 6 december 2012, zaak C-441/11P, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, n.n.g.

18. GvEA 16 juni 2011, zaak T-210/08, *Verhuizingen Coppens/Commissie*, *Jur.* 2011, p. II-03713.

19. Zie onder andere F. Muller en S. Verschuur, 'Over moeder en dochters. Het weerlegbaar vermoeden in de praktijk', *M&M* 2011/6, S. Kenne-pohl, 'Toerekening kartelinbreuk aan moeder in strijd met de onschuld-presumptie', *TPM* 2012/4, S.G.J. Smallegange en L.L. Bremmer, 'Kartels en concernverhoudingen: extra zorgplicht voor moeders?', *Onderne-ming en Financiering* 2012/4.

20. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, *Jur.* 2009, p. I-8237.

21. HvJ EU 20 januari 2011, zaak C-90/09P, *General Química e.a./Commissie*, *Jur.* 2011, p. I-1.

indien slechts een middellijk verband bestaat in de vorm van een tussenvennootschap. Anderzijds onderstreept het Hof van Justitie dat bij de beantwoording van de vraag of een moederonderneming het vermoeden heeft weerlegd een hoge mate van zorgvuldigheid door de Commissie moet worden betracht.

Die boodschap herhaalt het Hof van Justitie in *Elf Aquitaine/Commissie*.<sup>22</sup> In deze zaak maakt het Hof van Justitie de aansprakelijkheid van Elf Aquitaine voor een inbreuk van dochteronderneming Atofina ongedaan. Het Gerecht heeft in eerste instantie miskend dat de Commissie onvoldoende aandacht had besteed aan de argumenten die de moederonderneming ter weerlegging van het vermoeden van invloed had aangevoerd. De Commissie had enkel een reeks van beweringen en ontkenningen in de beschikking opgevoerd, die repetitief waren en in het geheel niet waren uitgewerkt. Die maakten het voor de Unierechter onmogelijk om toezicht uit te oefenen. Hoewel de uitspraak in wezen een tik op de vingers voor de Commissie is, mag niet uit het oog worden verloren dat het Hof van Justitie hierin tevens iedere eventuele laatste twijfel over de rechtmatigheid van het weerlegbaar vermoeden lijkt weg te nemen. De stelling van Elf Aquitaine dat het weerlegbaar vermoeden *de facto* onweerlegbaar is en een *probatio diabolica* tot gevolg heeft, aanvaardt het Hof van Justitie bijvoorbeeld niet. Het enkele feit dat een entiteit in een gegeven geval geen bewijs overlegt dat het vermoeden van een daadwerkelijke beslissende invloed kan weerleggen, betekent niet dat het genoemde vermoeden in geen enkel geval kan worden weerlegd. Teleurstellend is dat het Hof van Justitie ook in dit arrest de mogelijkheid onbenut laat om toe te lichten onder welke omstandigheden weerlegging van het vermoeden wel gerealiseerd zou kunnen worden.

Dat de Commissie niet verplicht is om aansprakelijkheid van een moederonderneming op het weerlegbaar vermoeden te baseren, bevestigt het Hof van Justitie in de zaak *Alliance One International e.a./Commissie*.<sup>23</sup> Niets belet de Commissie om door middel van andere bewijselementen of van een combinatie van dergelijke elementen en het voormelde vermoeden aan te tonen dat de moederonderneming daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op een inbreukmakende dochteronderneming. Indien de Commissie in een zaak voor de zogenoemde dubbele grondslag opteert, dan dient die ten aanzien van alle bij de vastgestelde inbreuk betrokken ondernemingen echter consequent te worden toegepast. Het is in dat geval niet toegestaan ten aanzien van een individuele moederonderneming, voor de invloed waarvan toevallig geen aanvullende bewijselementen bestaan, de aansprakelijkheid uitsluitend op basis van het weerlegbaar vermoeden vast te stellen. Dat verdraagt zich namelijk niet met het beginsel van gelijke behandeling.<sup>24</sup> In dit licht

wijst het Hof van Justitie de hogere voorziening van de Commissie tegen het arrest van het Gerecht<sup>25</sup> af. De hogere voorziening van Alliance One, die zich beklaagde over het feit dat twee van haar dochterondernemingen aansprakelijk zijn gehouden voor de inbreuk van een gezamenlijke dochteronderneming, is hetzelfde lot beschoren. Het Hof van Justitie bevestigt dat de Commissie met voldoende bewijselementen heeft aangetoond dat de drie entiteiten in kwestie, die tot hetzelfde concern behoorden, als één onderneming mochten worden aangemerkt. Dat een van de moederondernemingen over een groter aandelenpakket beschikte dan de ander, deed daar niets aan af.

Hiermee is gemakkelijk de sprong gemaakt naar de interessante arresten<sup>26</sup> van het Gerecht in *EI du Pont de Nemours and Company e.a./Commissie*<sup>27</sup> en in *The Dow Chemicals Company/Commissie*.<sup>28</sup> Daarin gaat het om het besluit van de Commissie om twee moederondernemingen, de verzoeksters in de twee genoemde zaken, in een concentratieve *joint venture* hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de inbreuk op het kartelrecht door de betreffende *joint venture*. De mate van invloed van de moederondernemingen in de *joint venture* was, aldus de Commissie, vergelijkbaar met die van de invloed van moederondernemingen over dochterondernemingen binnen hetzelfde concern. Het Gerecht bevestigt dat de moederondernemingen gezamenlijk zeggenschap hebben uitgeoefend over de *joint venture* en iedere moederonderneming daarom geacht kon worden één enkele onderneming met de *joint venture* te hebben gevormd. Een belangrijke vraag is of overeenkomsten tussen een moederonderneming en 'haar' concentratieve *joint venture* nu buiten de reikwijdte van het kartelverbod vallen, of de analogie met een moeder- en dochteronderneming behorend tot hetzelfde concern met andere woorden ook in dat opzicht opgaat. De arresten bieden zonder meer een aanknopingspunt om dit aan te nemen, maar niet valt uit te sluiten dat de Commissie 'zover dan weer niet zou willen gaan'.

Ten slotte verdient het arrest van het Gerecht in *Commissie/Tomkins*<sup>29</sup> hier een vermelding. In haar kartelbeschikking in de zaak *Koperen Fittingen* stelde de Commissie Tomkins hoofdelijk aansprakelijk voor de inbreuk van haar dochteronderneming Pegler. Beide entiteiten stelden daarop afzonderlijk beroep in bij het Gerecht. Pegler verzette zich tegen de vaststelling van de inbreuk in de periode vóór 29 oktober 1993, terwijl Tomkins dat enkel deed voor de periode vóór 7 februari 1989. Het Gerecht oordeelt dat Tomkins moet profiteren van zijn besluit om de duur van de vastgestelde

22. HvJ EU 2 februari 2012, zaak C-404/11P, *Elf Aquitaine/Commissie*, n.n.g.

23. HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10P en C-14/11P, *Alliance One International e.a./Commissie*, n.n.g.

24. Zie over dit aspect van het arrest S.C.H. Molin, 'Gelijke behandeling bij de toerekening van kartelinbreuken', *NTER* 2013/1-2.

25. GvEA 9 september 2011, zaak T-25/06, *Alliance One International e.a./Commissie*, n.n.g.

26. Zie hierover E.H. Pijnacker Hordijk, 'Bespreking arresten van het Gerecht van 2 februari 2012 in de zaken T-76/08, DuPont Commissie en T-77/08, Dow/Commissie', *M&M* 2012/3.

27. GvEA 2 februari 2012, zaak T-76/08, *EI du Pont de Nemours e.a./Commissie*, n.n.g.

28. GvEA 2 februari 2012, zaak T-77/08, *Dow Chemicals Company/Commissie*, n.n.g.

29. GvEA 24 maart 2011, zaak T-382/06, *Tomkins/Commissie*, *Jur.* 2011, p. II-1157.

inbreuk van Pegler conform haar verzoek te bekorten. Daarbij is doorslaggevend de omstandigheid dat een afgeleide aansprakelijkheid van een moederonderneming nooit verder kan gaan dan die van de inbreukmakende dochteronderneming. Het Gerecht verlaagt de boetes van beide entiteiten. Dit is inmiddels bekrachtigd door het Hof van Justitie.<sup>30</sup>

## Verticalen

Een drietal uitspraken van het Hof van Justitie over mededingingsbeperkingen in verticaal verband moet hier worden belicht. Voor de exploitanten van een (selectief) distributiestelsel is in de eerste plaats van grote betekenis het arrest *Pierre Fabre*<sup>31</sup> over de verkoop van cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten. In haar distributievoorwaarden verplichtte Pierre Fabre de erkende distributeur om de producten enkel in ruimten te verkopen waarin een gediplomeerd apotheker werkzaam is. Dit vereiste sloot *de facto* elke vorm van verkoop via internet uit. Een beroep van de onderneming tegen een boete van de Franse mededingingsautoriteit is uitgemond in de prejudiciële vragen of dit *de facto* verbod (1) een zogenoemde *hardcore*-beperking vormde, (2) onder de groepsvrijstelling verticalen (Verordening 99/2790/EG)<sup>32</sup> viel en zo niet, (3) in aanmerking kon komen voor een individuele vrijstelling. Het Hof van Justitie overweegt dat contractbepalingen als de onderhavige er naar hun aard toe strekken de mededinging te beperken,<sup>33</sup> tenzij er sprake is van een legitiem vereiste. Hoewel het oordeel over de mededingingsbeperking nadrukkelijk aan de verwijzende rechter wordt overgelaten, vindt het Hof van Justitie naar analogie met rechtspraak over vrij verkeer van receptvrije geneesmiddelen en contactlenzen dat persoonlijk advies over de effecten van de cosmetica en verzorgingsproducten in kwestie niet noodzakelijk is en geen rechtvaardiging oplevert. De enkele noodzaak om het prestigieuze imago in stand te houden, vormt volgens het Hof van Justitie evenmin een rechtvaardigingsgrond.<sup>34</sup> Ten aanzien van de toepassing van de groepsvrijstelling verticalen overweegt het dat deze ingevolge artikel 4 onder c niet van toepassing is op overeenkomsten die de actieve of passieve verkoop beperkt aan eindgebruikers door de op het detailhandelniveau werkzame leden van een selectief

distributiestelsel. Dit dan wel zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn. Het Hof van Justitie hanteert op dit laatste punt een enge interpretatie; de 'plaats van vestiging' doelt slechts op verkooppunten waarin directe verkopen plaatsvinden. Een contractbepaling die *de facto* internetverkoop verbiedt, valt daarom niet binnen het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. Pierre Fabre zou volgens het Hof van Justitie nog wel in aanmerking kunnen komen voor een individuele vrijstelling, maar de verwijzende rechter heeft ook dat in zijn einduitspraak uitgesloten.<sup>35</sup>

De zaak *Auto 24*<sup>36</sup> betreft een vraag over de uitleg van Verordening 2000/1400/EG<sup>37</sup> die is opgekomen in een geschil aangaande de weigering van Jaguar om Auto24 (opnieuw) toe te laten tot het kwantitatieve selectieve distributiestelsel van Land Rover. De concrete vraag van de verwijzende Franse rechter was of het begrip 'gespecificeerde criteria' bedoeld in de verordening betekent dat 'een kwantitatief selectief distributiestelsel in de zin van de verordening slechts onder de vrijstelling kan vallen indien het berust op objectieve gerechtvaardigde criteria die eenvormig en zonder onderscheid worden toegepast op eenieder die om erkenning verzoekt'. Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag ontkennend. Bij kwantitatieve selectieve distributiestelsels moeten onder 'gespecificeerde criteria' worden verstaan criteria waarvan de precieze inhoud kan worden vastgesteld, maar welke niet noodzakelijkerwijs worden gepubliceerd. Hoewel deze uitspraak de groepsvrijstelling voor autodistributie betreft, heeft zij mogelijk een weerslag<sup>38</sup> op de interpretatie van het begrip 'selectief distributiestelsel' bedoeld in de reguliere groepsvrijstellingsverordening verticalen.<sup>39</sup>

Een oordeel over een mededingingsbeperking in verticaal verband buiten de prejudiciële context is door het Hof van Justitie geveld in de zaak *Activision Blizzard/Commissie*.<sup>40</sup> Dit arrest is onder andere van belang omdat daarin wordt bevestigd de beslissing van de Commissie om niet alleen een producent maar ook een distributeur te beboeten voor betrokkenheid bij een overeenkomst die de beperking van parallelhandel van Nintendo-producten beoogde. Dat is een belangrijk signaal.<sup>41</sup>

30. HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-286/11, *Commissie/Tomkins*, n.n.g.

31. HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, n.n.g.

32. Verordening (EG) nr. 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. EG* 1999, L 336/21 (Verordening 1999/2790/EG).

33. Merkwaardig is dat het Hof van Justitie het begrip *hardcore*-beperking gelijkstelt met een bepaling met een mededingingsbeperkende strekking. A-G Mazák zag dat anders in zijn conclusie van 3 maart 2011 in zaak C-439/09.

34. Ook hier wijkt het Hof van Justitie af van de conclusie van de A-G. Volgens deze laatste kan de bescherming van het imago wel een legitiem doel zijn, zolang de opgelegde criteria niet verdergaan dan objectief noodzakelijk is.

35. Cour d'appel de Paris, arrêt du 31 janvier 2013, n. 2008/23812.

36. HvJ EU 14 juni 2012, zaak C-158/11, *Auto24*, n.n.g.

37. Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb. EG* 2002, L 203/30 (Verordening 2002/1400/EG).

38. Zie over dit onderwerp M. Knapen, 'Auto 24 SARL tegen Jaguar Land Rover France SAS (Auto24/JLR)', *M&M* 2012/6.

39. Thans: Verordening (EU) nr. 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. EU* 2010, L 102/1 (Verordening 2010/330/EU).

40. HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-260/09P, *Activision Blizzard Germany/Commissie*, *Jur.* 2011, p. I-419.

41. Y. de Vries, 'Belemmering van de parallelhandel: wanneer is de distributeur het haasje?', *AM* 2011/4-5.

## Misbruik

De oogst aan arresten en beschikkingen met betrekking tot de toepassing van artikel 102 VWEU is allesbehalve schamel.<sup>42</sup> Het gaat om *TeliaSonera*,<sup>43</sup> *Solvay/Commissie*,<sup>44</sup> *Post Danmark*,<sup>45</sup> *Telefonica e.a./Commissie*,<sup>46</sup> *Spanje/Commissie*,<sup>47</sup> *Tomra Systems e.a./Commissie*<sup>48</sup> en *AstraZeneca e.a./Commissie*.<sup>49</sup> In *TeliaSonera* zet het Hof van Justitie uiteen wanneer de toepassing van een zogenoemde *price squeeze* door een verticaal geïntegreerde onderneming misbruik oplevert. Dat is het geval indien het verschil tussen de groothandelsprijzen en de *retail*-prijzen voor eindgebruikers negatief is, of ontoereikend ter dekking van de specifieke kosten van die de verticaal geïntegreerde onderneming dient te dragen voor het verlenen van de eigen *retail*-diensten aan eindgebruikers. In dat geval stelt het verschil een concurrent die even efficiënt is niet in staat om op *retail*-niveau met de tevens op groothandelsniveau dominante onderneming in concurrentie te treden. Het Hof van Justitie onderstreept dat een tariefpraktijk als in het geding slechts misbruik kan vormen wanneer zij een mededingingsverstoring effect op de markt heeft. Dit effect behoeft niet concreet te zijn. Het is voldoende dat er een mogelijk concurrentieverstoring effect wordt aangetoond dat de concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie van de betrokken markt kan verdrijven. Hoewel hier van een zekere halfslachtigheid sprake is, biedt deze overweging steun aan de zogenoemde *effects-based approach* die de Commissie momenteel in het kader van de handhaving van artikel 102 VWEU voorstaat.

Het belang van de beoordeling van economische gevolgen van gedragingen van dominante ondernemingen komt beter uit de verf in *Post Danmark*. In deze zaak draait het om de lage prijzen die Post Danmark op de markt voor de distributie van *direct mail* (prospectussen, lokale en regionale kranten) in rekening bracht aan drie belangrijke voormalige klanten van concurrenten. De hoogste rechter in Denemarken stelde de vraag of dat prijsbeleid tot misbruik kwalificeert, gegeven het feit dat Post Danmark niet het oogmerk had om een concurrent uit te schakelen. Het Hof van Justitie antwoordt dat Post Danmark ten aanzien van twee klanten hogere kosten in rekening heeft gebracht dan de gemiddelde totale

kosten. Dat heeft geen mededingingsrechtelijke gevolgen gehad. Ten aanzien van de derde klant overweegt het Hof van Justitie dat het beleid van Post Danmark niet als uitsluitingsmisbruik kan worden aangemerkt op de enkele grond dat de prijs voor deze klant lager was dan de gemiddelde totale kosten die aan de activiteit in kwestie kon worden toegerekend, maar hoger dan de gemiddelde incrementele kosten. Door de verwijzende rechter moet worden onderzocht of de gehanteerde prijs tot daadwerkelijk of waarschijnlijk gevolg had dat de betreffende concurrent ten nadele van de mededinging en de belangen van de consument zou worden uitgesloten.

Het arrest in *AstraZeneca e.a./Commissie* is om twee redenen noemenswaardig. In de eerste plaats geeft het Hof van Justitie daarin zijn zegen aan de eerste boete voor een inbreuk op artikel 102 VWEU in de farmaceutische sector. In de tweede plaats wordt bevestigd dat het misleiden van nationale instanties in het kader van procedures ter verkrijging van een verlenging van de duur van octrooien en van handelsvergunningen een vorm van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU is.<sup>50</sup>

## Effectiviteit rechterlijk toezicht

Geen twijfel bestaat over de vraag welke arresten van het Hof van Justitie in de ‘verslagperiode’ het meeste mededingingsrechtelijke stof hebben doen opwaaien.<sup>51</sup> Dat zijn de drie arresten van dezelfde datum in de zaken *KME Germany e.a./Commissie (industriële buizen)*,<sup>52</sup> *KME Germany e.a./Commissie (koperen leidingbuizen)*<sup>53</sup> en *Chalkor AE Epexergasais Metallon/Commissie*.<sup>54</sup> Daarin gaat het om de vraag of de mate van toezicht door het Gerecht op boetebesluiten van de Commissie zich verdaagt met het beginsel van effectieve rechtelijke bescherming dat is verankerd in artikel 47 van het Handvest (art. 6 EVRM). Het Hof van Justitie volgt partijen niet in hun betoog dat de beoordeling door het Gerecht van de berekening van de boetes in de aangevochten kartelbesluiten niet diepgaand genoeg is geweest. In dat verband stelt het Hof van Justitie vast dat effectief rechterlijk toezicht is verzekerd, nu de oprichtingsverdragen enerzijds voorzien in wettigheids-toezicht en anderzijds in de uitoefening van de volledige rechtsmacht door de Unierechter. Ten aanzien van het

42. Zie over de betreffende rechtspraak B.J.H. Braeken, ‘Het arrest *TeliaSonera*: geen economische invulling van het begrip prijsqueeze’, *NTER* 2011/5, M. Visser, ‘Recente jurisprudentie en de economische benadering van misbruik van machtspositie’, *TMP* 2012/5 en J. Fanoy, ‘Het arrest *Tomra*: kortingen en de “effects bases approach”’, (vooralsnog) geen gelukkig huwelijk’, *TMP* 2012/5.

43. HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, *Jur.* 2011, p. I-527.

44. HvJ EU 25 oktober 2011, zaak C-109/10P, *Solvay/Commissie*, n.n.g.

45. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10P, *Post Danmark*, n.n.g.

46. GvEA 29 maart 2012, zaak T-336/07, *Telefónica e.a./Commissie*, n.n.g.

47. GvEA 29 maart 2012, zaak T-398/07, *Spanje/Commissie*, n.n.g.

48. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10P, *Tomra e.a./Commissie*, n.n.g.

49. HvJ EU 6 december 2012, zaak C-457/10P, *AstraZeneca e.a./Commissie*, n.n.g.

50. Zie hierover E. Oude Elferink en R.N.A. Nieuwmeijer, ‘Het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *AstraZeneca*: een beoordeling “on the merits”’, *NTER* 2013/1-2.

51. Zie onder andere A.E. Beumer en C.J. van de Heyning, ‘Het EVRM en de handhaving in het mededingingsrecht, de zaak *Menarini* uitgelicht’, *M&M* 2012/1, R. Wesseling en M.H. van der Woude, ‘Over de rechtmatigheid en aanvaardbaarheid van de handhaving van het Europese kartelrecht’, *SEW* 2012/5 en L.Y.M. Parret, ‘Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel’, *NTER* 2012/5.

52. HvJ EU 8 december 2011, zaak C-272/09P, *KME Germany e.a./Commissie*, n.n.g.

53. HvJ EU 8 december 2011, zaak C-389/10P, *KME Germany e.a./Commissie*, n.n.g.

54. HvJ EU 8 december 2011, zaak C-386/10P, *Chalkor AE Epexergasais Metallon/Commissie*, n.n.g.

wettigheidstoezicht geldt dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties een beoordelingsmarge heeft, maar dat de Unierechter de interpretatie van de economische gegevens mag toetsen. Bovendien dient de Commissie een groot aantal factoren bij de bepaling van boetes in acht te nemen en heeft zij met het oog op transparantie richtsnoeren opgesteld. Een eventuele afwijking van die richtsnoeren brengt voor de Commissie een motiveringsplicht met zich mee. Het Hof van Justitie benadrukt dat de Unierechter zich voorts niet mag verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt. Ten aanzien van de volledige rechtsmacht overweegt het Hof van Justitie dat de Unierechter zijn beoordeling in de plaats kan stellen van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom kan intrekken, verminderen of vermeerderen. De redenering van het Hof van Justitie is moeilijk te volgen. In feite betreft het niet meer dan een aaneenschakeling van observaties met betrekking tot het rechterlijke toezicht, die geen duidelijke boodschap in zich bergen.

Op het punt van helderheid scoort beduidend beter het arrest van het EVA-Hof in de zaak *Posten Norge/ETA*.<sup>55</sup> Daarin buigt het EVA-Hof zich over een boete die de Europese Toezichthoudende Autoriteit (ETA) heeft opgelegd aan Posten Norge voor misbruik van een economische machtspositie. Het EVA-Hof, dat sterk is geïnspireerd door het arrest van het EHRM in de zaak *Menarini Diagnostics/Italië*,<sup>56</sup> is in twee opzichten stellig. In de eerste plaats stelt het vast dat in de misbruikzaak aan de orde was een ‘criminal charge of minor weight’ en dat artikel 6 EVRM eist dat een boetebesluit in ieder geval kan worden voorgelegd aan een onafhankelijk gerecht met volledige rechtsbevoegdheid. In de tweede plaats wordt overwogen dat indien een economische complexe analyse aan de vaststelling van de inbreuk ten grondslag ligt de rechter een zekere terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van het gewicht dat aan bepaalde factoren wordt toegekend. Niettemin oordeelt het EVA-Hof dat vernietiging van een boetebesluit moet volgen indien het niet de overtuiging heeft dat de conclusie van de ETA onjuist is.<sup>57</sup>

## Onderzoeksbevoegdheden Commissie

Opvallend is dat het Hof van Justitie zich in 2011 en 2012 meermaals heeft uitgesproken over de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden door de Commissie. In *Nexans Frankrijk e.a./Commissie*<sup>58</sup> gaat het om een inspectie op grond van artikel 20 lid 4 Verorde-

ning 2003/1/EG<sup>59</sup> op het kantoor van Nexans in verband met een vermoeden van deelname door deze onderneming aan een kartel op de markt voor stroomkabels. Volgens de inspectiebeschikking worden daaronder onder meer verstaan onderzeese en ondergrondse hoogspanningskabels. Het Gerecht beoordeelt of de Commissie zich heeft bezondigd aan een ‘*fishing expedition*’. Het onderzoekt in dat verband nauwkeurig of de Commissie op het moment van uitvaardiging van de inspectiebeschikking over voldoende ernstige aanwijzingen beschikte om een onderzoek naar alle activiteiten van verzoeksters op het gebied van stroomkabels te rechtvaardigen. Dit blijkt niet het geval. De clementiemelding waarop de Commissie haar onderzoek baseerde zag duidelijk alleen op ondergrondse en onderzeese hoogspanningskabels. Het Gerecht neemt bij zijn afweging in aanmerking dat de Commissie in concentratiebesluiten duidelijk aparte markten heeft afgebakend voor stroomkabels voor laag- en middenspanning enerzijds en stroomkabels voor ultrahoogspanning en hoogspanning anderzijds. In de zaak *Prysmian e.a./Commissie*,<sup>60</sup> die hetzelfde onderzoek van de Commissie betreft, komt het Gerecht tot dezelfde slotsom en wordt de inspectiebeschikking eveneens gedeeltelijk vernietigd.<sup>61</sup>

Niet zozeer de materiële, maar eerder de temporele reikwijdte van een onderzoeksdoel van de Commissie staat centraal in de zaak *Slovak Telekom/Commissie*.<sup>62</sup> De verzoekster in deze zaak is in 2009 onderwerp van onderzoek geworden in verband met een vermoeden van misbruik van haar economische machtspositie in de Slowaakse Republiek. Hoewel de Commissie erkende dat zij niet bevoegd was om artikel 102 VWEU toe te passen voor zover het betrof de periode vóór 1 mei 2004, strekten de verzoeken om inlichtingen zich niettemin tot de laatstgenoemde periode uit. Daartegen richt zich het bezwaar van Slovak Telekom. Het Gerecht overweegt dat inlichtingen in de zin van artikel 18 lid 1 Verordening 2003/1/EG noodzakelijk moeten zijn voor de verificatie van vermoedens van een inbreuk die het onderzoek rechtvaardigen en dat het aan de Commissie is om te beoordelen of dat het geval is. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat bepaalde gegevens betreffende de kostenstructuur van de onderneming in de periode voor de toetreding van de Slowaakse Republiek tot de Europese Unie noodzakelijk konden blijken te zijn voor de vaststelling of zij zich aan een onbillijke ‘*price squeeze*’ schuldig had gemaakt. Het verzoek om inlichtingen was daarom niet onevenredig. Niet onbelangrijk is dat het Gerecht nadrukkelijk in zijn oordeel betreft dat de Commissie daadwerkelijk inspanningen

55. EVA-Hof 18 april 2012, zaak E-15/10, *Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit EVA*.

56. EHRM 27 september 2001, zaak nr. 43509/05, *Menarini/Italië*.

57. Zie ook B. De la Serre, *A lesson on judicial review from the other European Court in Luxembourg*, Kluwer Competition Law Blog, 27 april 2012, <<http://kluwercompetitionlawblog.com>>.

58. GvEA 14 november 2012, zaak T-135/09, *Nexans France e.a./Commissie*, n.n.g.

59. Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EG* 2003, L 1/1.

60. GvEA 14 november 2012, zaak T-140/09, *Prysmian e.a./Commissie*, n.n.g.

61. Voor een bespreking van beide zaken: B. Nijs, ‘Onderzoeksbevoegdheden NMa en Europese Commissie begrensd door proportionaliteitsbeginsel’, *TMP* 2012/8.

62. GvEA 22 maart 2012, gevoegde zaken T-458/09 en T-171/10, *Slovak Telekom/Commissie*, n.n.g.



had verricht om de praktische last voor de onderneming zoveel mogelijk te beperken.

In de zaak *E.ON Energie/Commissie*<sup>63</sup> heeft de Commissie tijdens een inspectie in 2006 aan het einde van de eerste onderzoeksdag de kantoorruimte verzegeld waarin voor nader onderzoek geselecteerde documenten waren neergezet. Bij terugkeer trof de Commissie een verbroken zegel aan. Hoewel er geen document was verdwenen, heeft de Commissie de onderneming op 30 juni 2008 een boete van 38 miljoen euro opgelegd voor een inbreuk op artikel 23 lid 1 onder e Verordening 2003/1/EG. Die boete wordt door het Gerecht en door het Hof van Justitie bevestigd. Interessant is dat in de arresten bij de beantwoording van de vraag of de inbreuk is gepleegd de bewijsregels voor inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU analoog worden toegepast. Verder is belangrijk dat het Gerecht bij de bepaling van de hoogte van de boete voor het vergrijp drie factoren in aanmerking neemt: (1) de omstandigheid dat de verbreking van een zegel een bijzonder zware inbreuk is, (2) de grootte van E.ON Energie en (3) de noodzaak om een voldoende afschrikwekkende werking van de boete te garanderen. Ten aanzien van de laatste twee punten speelt voor het Gerecht enerzijds een rol dat 38 miljoen euro 0,14 procent van de jaaromzet van de onderneming vertegenwoordigde en anderzijds dat het boeteplafond voor een inbreuk op artikel 101 VWEU en 102 VWEU 10 procent van de concernomzet bedraagt. Het Hof van Justitie volgt het Gerecht ondanks de bezwaren die advocaat-generaal Bot in zijn conclusie heeft geuit.<sup>64</sup> Hij stuurde aan op vernietiging omdat het Gerecht een oordeel heeft geveld zonder duidelijkheid te hebben verkregen over de totale omzet van E.ON Energie en over het bedrag dat in het onderhavige geval als plafond voor de boete fungeerde (1 procent over de totale omzet over het afgelopen boekjaar).

## Bewijskracht verklaring clementieverzoeker

De geloofwaardigheid van een verklaring gedaan in het kader van een onderzoek door de Commissie wordt bepaald door verschillende factoren, zoals de oorsprong ervan, de omstandigheden waarin zij is opgesteld, de persoon tot wie de verklaring is gericht en de inhoud ervan. Indien een beschuldigde onderneming een verklaring van een andere onderneming betwist, kan die verklaring niet worden beschouwd als voldoende bewijs voor een inbreuk op artikel 101 VWEU, tenzij zij door andere bewijzen wordt gestaafd. Deze rechtsregels staan centraal in drie arresten uit de verslagperiode over verklaringen gedaan in het kader van clementieverzoeken.

63. HvJ EU 22 november 2012, zaak C-89/11P, *E.ON Energie/Commissie*, n.n.g.

64. Conclusie A-G Bot 21 juni 2012 in zaak C-89/11P, *E.ON Energie/Commissie*, n.n.g.

In de zaken *Aalberts/Commissie*<sup>65</sup> en *Solvay/Commissie*<sup>66</sup> oordeelt het Gerecht dat de belastende verklaring van clementieverzoeker(s) voldoende bewijskracht ontbeert.<sup>67</sup> In eerstgenoemde zaak vindt het Gerecht de tegengestelde verklaringen van verzoekster en concurrent even geloofwaardig. Door het gebrek aan bevestiging op basis van andere bewijsstukken, heeft de Commissie vermeend contact tussen concurrenten niet bewezen en vernietigt het Gerecht de beschikking voor deze tot Aalberts is gericht. Ook in *Solvay/Commissie* acht het Gerecht de bewoordingen van de clementieverklaring te algemeen en wordt de clementieverklaring onvoldoende ondersteund door andere bewijselementen.

In *Hitachi/Commissie*<sup>68</sup> toont het Gerecht zich van zijn minder kritische kant. Het erkent dat een zekere argwaan moet bestaan ten aanzien van vrijwillige verklaringen van deelnemers aan het kartel, aangezien zij geneigd kunnen zijn het belang van hun eigen bijdrage te bagatelliseren en dat van de anderen te overdrijven. Niettemin overweegt het Gerecht dat een clementieverzoek geen vertekend beeld geeft van de werkelijkheid, omwille van het zelfbeschuldigend karakter en de dreiging dat de Commissie de waarheid achterhaalt. In deze zaak oordeelt het Gerecht dat de betrokken verklaringen voldoende samenhangend en aannemelijk zijn en als bewijs voor het mededingingsbeperkende gedrag mochten dienen, zij het dat andere bewijselementen dit nog steeds moeten bevestigen. Getuigenissen van werknemers van de onderneming die zelf verklaringen aflegt, kunnen in dit verband niet worden beschouwd als 'andere bewijselementen'.

## Ne bis in idem

De zaak *Toshiba*<sup>69</sup> betreft een wereldwijd kartel op de markt voor gas-geïsoleerd schakelmateriaal in de periode tussen 1988 en 2004. De Commissie startte een onderzoek naar de gedragingen vóór de toetreding van Tsjechië tot de Europese Unie dat geen betrekking had op Tsjechië. Vier maanden later initieerde de Tsjechische mededingingsautoriteit een onderzoek naar het kartel dat op haar eigen grondgebied zou hebben bestaan. In beide gevallen leidde het onderzoek tot een boetebeschikking. In het kader van de beroepsprocedure die volgde op het besluit van de nationale mededingingsautoriteit zijn prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voorgelegd. De nationale rechter wenste onder andere te vernemen (1) of een onderzoek ingeleid door de Commissie na toetreding de betreffende toegetreden lidstaat voorgoed de bevoegdheid ontnemt om het natio-

65. GvEA 24 maart 2011, zaak T-385/06, *Aalberts Industries e.a./Commissie*, *Jur.* 2011, p. II-1223.

66. GvEA 16 juni 2011, zaak T-186/06, *Solvay/Commissie*, *Jur.* 2011, p. II-2839.

67. Zie ook S.C.H. Molin, 'Bewijswaarde clementieverklaringen – het arrest Aalberts', *M&M* 2011/5.

68. GvEA 12 juli 2012, zaak T-112/07, *Hitachi e.a./Commissie*, n.n.g.

69. HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, n.n.g.

nale mededingingsrecht toe te passen op inbreuken die vóór de toetreding zijn gepleegd en (2) over welke speelruimte de nationale mededingingsautoriteit beschikt om, gelet op het *ne bis in idem*-beginsel, het nationale mededingingsrecht toe te passen. Het Hof van Justitie beantwoordt het eerste onderdeel van de vraag ontkennend. Op basis van artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG worden nationale mededingingsautoriteiten weerhouden van de toepassing van het Unierecht en een deel van hun nationaal recht wanneer de Commissie een onderzoek begint.<sup>70</sup> Deze bevoegdheid wordt echter niet blijvend en definitief ontnomen. Zodra de Commissie de procedure beëindigt, al dan niet door het opleggen van een boete, worden de nationale mededingingsautoriteiten opnieuw bevoegd. In zijn antwoord op het tweede onderdeel van de vraag verwijst het Hof van Justitie naar de voorwaarden voor schending van *ne bis in idem* dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn.<sup>71</sup> Hier is niet voldaan aan de eerste voorwaarde bij de toepassing waarvan moet worden gekeken naar het type inbreuk, maar ook naar het gebied en de periode waarin de inbreuk gevolg had.<sup>72</sup> Met name in het licht van het feit dat de overtredingen geen territoriale overlap kenden, is dat op het eerste gezicht een juiste uitkomst.

## Herstelprocedures

168

Een aantal arresten in 2011 en 2012 zag op beschikkingen die ertoe deden om eerdere beschikkingen, waarin de Commissie procedurele waarborgen had miskend, te corrigeren. De uitspraak van het Gerecht in de zaak *Bolloré/Commissie*<sup>73</sup> betreft het kartel in *Zelfkopiërend papier*. De eerste beschikking waarin de Commissie dit kartel beboette, werd vernietigd in hoogste voorziening. Door een ondeugdelijke mededeling van punten van bezwaar was sprake van een schending van de rechten van verdediging waaraan volgens het Hof van Justitie de nietigheid van de betreffende beschikking moest worden verbonden. De Commissie heeft vervolgens een nieuwe beschikking analoog aan de eerste beschikking genomen. In het beroep tegen die beschikking werd aangevoerd dat het beginsel van onpartijdigheid was geschonden. De Commissie had in perscommuniqués haar vastberadenheid geuit om opnieuw de onderneming te beboeten en de nieuwe procedure hebben omschreven als een gewone ‘heropening’ van de oorspronkelijke procedure en niet als een nieuwe procedure. Voorts was het recht op een eerlijk proces niet geëerbiedigd doordat de leden

70. De delen van het nationale mededingingsrecht die van toepassing blijven, worden vermeld in art. 3 lid 2 en 3 Verordening 2003/1/EG.

71. HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P en C-219/00P, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, Jur. 2004, p. I-123.

72. Zie B. Van Bockel, ‘Bedenkingen over de uitlegging en toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel in het EU-mededingingsrecht’, *TMP* 2012/5 en G. Oosterhuis en A.M. Huijts, ‘Arrest Toshiba: toepassing *ne bis in idem*-beginsel in kartelzaken’, *NTER* 2012/8-9.

73. GvEA 27 juni 2012, zaak T-372/10, *Bolloré/Commissie*, n.n.g.

van de Commissie die de beslissing namen het verhoor niet bijwoonden. Het Gerecht oordeelt anders en verwerpt het beroep.

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Solvay/Commissie*<sup>74</sup> heeft een lange voorgeschiedenis. Op 19 december 1990 beboette de Commissie Solvay voor een inbreuk van zowel artikel 85 EEG-Verdrag als artikel 86 EEG-Verdrag. Solvay ging met succes in beroep tegen beide beschikkingen. Het Gerecht oordeelde dat de rechten van de verdediging waren geschonden. Solvay had tijdens de procedure onvoldoende toegang tot de documenten die dienstig hadden kunnen zijn voor het verweer. Bovendien was niet voldaan aan bepaalde vormvereisten. De hogere voorziening werd door het Hof van Justitie afgewezen in 2000. Zes maanden later heeft de Commissie twee nieuwe beschikkingen genomen, die het equivalent waren van de eerste beschikkingen. Solvay stelde daartegen opnieuw beroep in maar kreeg dit keer geen gelijk van het Gerecht.<sup>75</sup> Hoewel Solvay nog steeds geen toegang heeft verkregen tot bepaalde documenten, vindt het Gerecht dat deze omstandigheid Solvay niet heeft belet zich te verdedigen tegen de bezwaren van de Commissie. Het Hof van Justitie is het daar niet mee eens en verklaart zowel het arrest als de beschikking nietig. Het gaat in casu niet om enkele ontbrekende documenten, maar om een groot aantal dossiers die de Commissie in verband met een reeks van verhuizingen niet meer kon terugvinden en die essentiële stukken konden bevatten voor het verweer van de onderneming. Daarnaast vindt het Hof van Justitie dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het niet nodig was om Solvay te horen vóór de vaststelling van de tweede beschikking. Dit zou anders zijn indien de nietigverklaring van de eerste beschikking is gebaseerd op een procedurele fout, ook al is de nieuwe beschikking identiek. In casu schond de eerste beschikking echter procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging. De inleiding van een nieuwe administratieve procedure die de procedurele waarborgen respecteert, was hier op haar plaats geweest.

## Recidive

Het Gerecht heeft zich in een aantal arresten uitgesproken over de verhoging van boetes in verband met recidive. Daarbij speelde het begrip ‘economische eenheid’ een belangrijke rol. In *ThyssenKrupp/Commissie*<sup>76</sup> had de Commissie in de vroegere beschikkingen enkel de dochterondernemingen van ThyssenKrupp beboet, zonder de dochterondernemingen en ThyssenKrupp daarbij als een economische eenheid te identificeren. Bijgevolg oordeelt het Gerecht dat de vastgestelde inbreuken door ThyssenKrupp niet kunnen worden beschouwd als een

74. HvJ EU 25 oktober 2011, zaak C-109/10P, *Solvay/Commissie*, n.n.g.

75. GvEA 17 december 2009, zaak T-58/01, *Solvay/Commissie*, Jur. 2009, p. II-4781.

76. GvEA 13 juli 2011, gevoegde zaken T-144/07, T-147/04, T-150/07 en T-154/07, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Commissie*, n.n.g.

vorm van recidive. Daaraan doet niet af dat Thyssen-Krupp in beginsel aansprakelijk had kunnen worden gesteld op grond van het (weerlegbaar) vermoeden dat zij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefende op haar inbreukmakende dochterondernemingen. Ook in de zaken *ENI/Commissie*<sup>77</sup> en *Polimeri/Commissie*<sup>78</sup> beroept de Commissie zich op het begrip economische eenheid om de ondernemingen aansprakelijk te houden voor vergelijkbare inbreuken in het verleden. Het Gerecht maakt echter bezwaar tegen het feit dat de Commissie vaag blijft. De evolutie van de structuur van en zeggenschap over de betrokken ondernemingen is bijzonder ingewikkeld. Daarom had de Commissie alle details moeten aandragen die noodzakelijk zijn om het ondernemingsbegrip toe te passen. Nu zij dat niet heeft gedaan, verlaagt het Gerecht in beide zaken de boetes.

Het evenredigheidsbeginsel gebiedt enige beperking in de tijd wanneer de Commissie eerdere beboeting in aanmerking beoogt te nemen. In de zaak *Arkema/Commissie*<sup>79</sup> heeft de Commissie beschikkingen uit 1984, 1986 en 1994 in aanmerking genomen. De inbreukmakende gedragingen waarvoor Arkema in de bestreden beschikking werd beboet, herhaalden zich weer vanaf 1995. Het Gerecht is dan ook streng. De voortdurende overtreding van de mededingingsregels waarvoor de onderneming in eerdere beschikkingen werd beboet en de korte intervallen getuigen van een 'neiging om zich niet aan de mededingingsregels te houden' en de verhoging van de boete in verband met recidive is dan ook evenredig.

## Redelijke termijn

Het beginsel van redelijke termijn is verankerd in artikel 6 EVRM en maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces. Bij overschrijding van een redelijke duur van de administratieve en de gerechtelijke procedure kan dat leiden tot nietigheid van de boetebeschikking. Daarvoor is vereist dat de overschrijding van de redelijke termijn een schending van de rechten van verdediging oplevert. Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan kan het bedrag van de geldboete worden verlaagd bij wijze van billijke genoegdoening. Op die manier kan de onregelmatigheid – het overschrijden van de termijn – direct en doeltreffend worden verholpen. Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben zich vaak terughoudend opgesteld met betrekking tot het vaststellen van een schending van de redelijke termijn. Dat is niet anders in de hierboven al genoemde zaak *Bolloré/Commissie*.<sup>80</sup> Daarin argumenteerde Bolloré dat het tijdsverloop tussen het einde van de inbreuk en de tweede mededeling van punten van bezwaar, maar liefst veertien jaren, haar belette zich te verdedigen. Het Gerecht aanvaardt dat niet. Daarbij merkt het als irrelevant aan dat Bolloré het archief heeft

overgedragen na verkoop van haar inbreukmakende dochteronderneming in de periode tussen de inbreuk en de tweede mededeling van de punten van bezwaar. Een onderneming hoort, aldus het Gerecht, alle gegevens zorgvuldig bij te houden voor het natrekken van de activiteit van haar dochteronderneming teneinde met name bij gerechtelijke of administratieve procedures over het noodzakelijke bewijs tot verweer te kunnen beschikken.<sup>81</sup>

In de zaken *Heineken/Commissie*<sup>82</sup> en *Bavaria/Commissie*<sup>83</sup> heeft de Commissie zelf een forfaitaire boetevermindering met 100.000 euro toegekend vanwege de onredelijke duur van de administratieve procedure. Het Gerecht meent dat dit forfait niet in verhouding stond tot de hoogte van de opgelegde geldboete, die voor Heineken in ieder geval vóór de vermindering 219.375.000 euro bedroeg en voor Bavaria 22.850.000 euro. Daarom heeft het Gerecht een verlaging van 5 procent van de opgelegde boete toegepast. De hogere voorziening van Heineken volgens welke dit percentage niet adequaat was, wordt door het Hof van Justitie niet-ontvankelijk verklaard.<sup>84</sup> Het kan namelijk zijn oordeel niet uit billijkheidsoverwegingen in de plaats stellen van dat van het Gerecht, dat zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend. Bavaria stelde voor het Hof van Justitie dat de buitensporig lange administratieve procedure heeft geleid tot de toepassing van een aangescherpt boetebeleid in haar nadeel.<sup>85</sup> Het Hof van Justitie gaat ook daarin niet mee en merkt de verlaging van 5 procent als rechtmatig aan.

Overigens heeft het Hof van Justitie in de hierboven genoemde zaak *Solvay/Commissie*<sup>86</sup> de kans laten liggen om paal en perk te stellen aan de duur van administratieve en gerechtelijke procedures. In die zaak was de eerste boetebeschikking door de Commissie in 1990 uitgevaardigd en heeft het Gerecht eind 2009 voor de tweede maal een arrest gewezen. Met name gezien de buitenproportionele duur van de procedure voor het Gerecht heeft advocaat-generaal Bot in de betreffende zaak geconcludeerd dat een schending van de redelijke termijn aan de orde was (of zelfs rechten van verdediging).<sup>87</sup> Het Hof van Justitie heeft het heikele thema echter omzeild door de hogere voorziening van Solvay op andere gronden toe te wijzen.

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

78. GvEA 13 juli 2011, zaak T-59/07, *Polimeri Europa/Commissie*, n.n.g.

79. GvEA 17 mei 2011, zaak T-343/08, *Arkema France/Commissie*, Jur. 2011, p. II-2287.

80. GvEA 27 juni 2012, zaak T-372/10, *Bolloré/Commissie*, n.n.g.

81. GvEA 30 september 2009, zaak T-161/05, *Hoechst/Commissie*, Jur. 2009, p. II-3555.

82. GvEA 16 juni 2011, zaak T-240/07, *Heineken Nederland e.a./Commissie*, Jur. 2011, p. II-3355.

83. GvEA 16 juni 2011, zaak T-235/07, *Bavaria/Commissie*, Jur. 2011, p. II-3229.

84. HvJ EU 19 december 2012, zaak C-452/11P, *Heineken Nederland e.a./Commissie*, n.n.g.

85. HvJ EU 19 december 2012, zaak C-445/11P, *Bavaria/Commissie*, n.n.g.

86. HvJ EU 25 oktober 2011, zaak C-109/10P, *Solvay/Commissie*, n.n.g.

87. Conclusie van A-G Kokott van 14 april 2011 in zaak C-109/10P, *Solvay/Commissie*.

## Afronding

In het voorgaande zijn enkele belangrijke Luxemburgse ontwikkelingen op het terrein van het mededingingsrecht in de jaren 2011 en 2012 op een rij gezet. Noemenswaardig zijn voorts de zaak *Expedia*,<sup>88</sup> die gaat over de status die richtsnoeren van de Commissie in een nationale context hebben, en de zaak *Otis*,<sup>89</sup> waarin de verenigbaarheid van het optreden van de Commissie als mededingingsautoriteit en vertegenwoordiger van de Unie in schadevergoedingsacties met artikel 47 Handvest centraal staat. Deze arresten vormen onderwerp van interessante besprekingen in dit tijdschrift.<sup>90</sup>

88. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, n.n.g.

89. HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, *Otis e.a.*, n.n.g.

90. Zie A.E. Beumer, 'Interactie tussen fundamentele rechten en mededinging: het arrest *Otis*', *NTER* 2013/1-2 en het artikel van H.M. Cornelissen in de onderhavige aflevering van *NTER*.