



Grafietkartels

Gerecht van Eerste Aanleg, 29 april 2004, Tokai Carbon Co. Ltd e.a. vs. Commissie (*grafielektroden*), gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01 t/m T-246/01, T-251/01 en T-252/01, n.n.g. in Jurispr.

Gerecht van Eerste Aanleg, 15 juni 2005, Tokai Carbon Co. Ltd e.a. vs. Commissie (*speciaal grafiet*), gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, n.n.g. in Jurispr. (m.nt. mr W.T. Algera)¹

Feiten en Commissiebeschikkingen

In de periode 2001-2003 heeft de Europese Commissie in drie procedures hoge boetes opgelegd aan de belangrijkste producenten in de grafietsector. Het betrof steeds omvangrijke kartels voor een bepaald grafietproduct of groep van grafietproducten met gedeeltelijk dezelfde producenten als deelnemers.² De twee door het Gerecht van Eerste Aanleg beoordeelde beschikkingen dateren van 18 juli 2001 (grafielektroden) en 17 december 2002 (onbewerkt speciaal grafiet).³ Het gaat om wereldomspannende afspraken tussen producenten uit Japan, Europa en de Verenigde Staten. De kartels zijn voorbeelden van klassieke marktverdelings- en prijskartels die overigens zeer effectief waren.⁴ Inbreukprocedures in verschillende werelddelen met hoge boetes en gevangenisstraffen waren het gevolg.⁵ Een derde beschikking van 3 december 2003 is nog hangende voor het Gerecht en blijft hier verder buiten beschouwing.⁶ Het zijn overigens niet de eerste onderzoeken in de grafietsector. In 1983 stelde de Commissie vast dat de prijzen van de belangrijkste producenten van grafielektroden nagenoeg identiek waren. Het destijds ontdekte bewijsmateriaal was echter onvoldoende om een beschikking te kunnen nemen.

Deelnemers aan het kartel voor grafielektroden (1992-1998) waren producenten uit de VS (UCAR en C/G), uit Duitsland (SGL en VAW) en uit Japan (Showa, Tokai, Nippon en Sec). Belangrijk uitgangspunt van dit kartel was het respecteren van thuismarkten (marktleders). Deze *homeproducers* kregen een leidende rol bij de vaststelling van de prijzen, waarna de kleinere producenten volgden. Homeproducers op de Europese markt waren SGL en UCAR. Behalve vaststelling

van prijzen werd de markt verdeeld, werd omzetinformatie uitgewisseld, werden afspraken over productiecapaciteit gemaakt en werd ten slotte een verbod op de overdracht van technologie overeengekomen. Alle afspraken werden via een toezichtstelsel gecontroleerd. Het kartel was zeer gedetailleerd uitgewerkt met bijeenkomsten op verschillende niveaus en maatregelen om ontdekking te voorkomen.⁷ De Commissie kwalificeerde het kartel als zeer zwaar en legde met behulp van de boeterichtsnoeren en na toepassing van de clementieregeling boetes op (totaal 218,6 miljoen euro). SGL en UCAR ontvingen als ringleaders boetes van 80 respectievelijk 50 miljoen euro boete, de overige zes deelnemers kregen boetes opgelegd uiteenlopend van 10 tot 24,5 miljoen euro.

De afspraken over onbewerkt speciaal grafiet betroffen feitelijk twee afzonderlijke kartels in de periode 1993-1998. Het eerste zag op onbewerkte isostatische grafietblokken,

- 1 Wouter Algera is advocaat bij Pels Rijkken & Droogleevers Fortuijn.
- 2 Grafiet is een grondstof die – afhankelijk van de bewerking – bepaalde gunstige eigenschappen bezit. Het wordt toegepast in veel verschillende industriële sectoren. Na een keramische bewerkingsproces geleidt het in de vorm van elektroden zeer goed stroom en is het bestand tegen hoge temperaturen, zodat op efficiënte wijze staalschroot kan worden gesmolten. Tot de groep speciaal grafiet behoren isostatisch grafiet en geëxtrudeerd grafiet die onder andere worden ingezet voor de productie van industrieel gereedschap. De aanduidingen isostatisch en geëxtrudeerd betreffen de productiemethode. Laatstgenoemde is inferieur van kwaliteit.
- 3 Beschikking C(2001) 1986 def. in zaak COMP/E-1/36.490, *Pb.* 2002, L 100, p. 1; Beschikking C(2002) 5083 def. in zaak COMP/E-2/37.667, niet openbaar gemaakt.
- 4 Na 6 jaar lagen de prijzen gemiddeld 50% hoger. Beëindiging leidde tot scherpe daling van de prijzen.
- 5 Waaronder Europa, de Verenigde Staten (www.usdoj.gov/atr/), Canada (www.competitionbureau.gc.ca) en Zuid-Korea (www.ftc.go.kr/eng/).
- 6 Beschikking C(2003) 4457 def. in zaak COMP/E-2/38.359. Kartel van producenten van op maat gemaakte elektrische en mechanische carbon- en grafietproducten; inbreukperiode 1988 tot 1999; totaal van de boete 101,4 miljoen euro. GvEA, zaak T-68/04.
- 7 Bijeenkomsten vonden plaats op verschillende niveaus: topniveau (uitgangspunten van samenwerking), internationale bijeenkomsten (classificatie en minimumprijzen), regionale bijeenkomsten en lokale of nationale bijeenkomsten, alsmede bilaterale contacten. Om de afspraken geheim te houden werd zo min mogelijk gebruikgemaakt van documenten, werden onkosten in contanten uitbetaald, werden speciale fax- en telefoonlijnen geïnstalleerd op privé-adressen en werden codenamen gehanteerd voor bedrijven en personen.

het tweede op de geëxtrudeerde variant; beide zijn vormen van speciaal grafiet. De feiten uit deze twee kartels kwamen aan het licht na een beroep door UCAR op de clementieregeling tijdens de onderzoeken naar het voormelde kartel voor grafietelektroden. Deelnemers waren het Duitse SGL, het Franse LCL, het Amerikaanse UCAR en een vijftal Japanse ondernemingen (TT, Tokai, Ibsiden, Nippon en NSCC). Naast deze producerende ondernemingen was op handelsniveau ook het Nederlandse Intech EDM BV via haar toenmalige Zwitserse dochter Intech EDM AG betrokken bij de afspraken. Ook deze beide kartels waren gericht op de vaststelling van prijzen en de verdeling van markten (zonder het concept van *homeproducers*). Voor de overtredingen legde de Commissie aan SGL als ringleader twee boetes op van in totaal 27 miljoen euro, terwijl aan tweede ringleader UCAR tweemaal een boete van 0 euro werd opgelegd vanwege de medewerking. De overige zes partijen kregen boetes opgelegd uiteenlopend van 980.000 euro voor Intech tot ruim 10 miljoen euro voor een van de Japanse ondernemingen (totaal 60,6 miljoen euro).

Overwegingen van het Gerecht van Eerste Aanleg en Commentaar

Hoewel de door de Commissie vastgesteld feiten op wezenlijke punten niet werden weersproken, werd tegen beide beschikkingen met gedeeltelijk succes beroep aangekend. Het Gerecht verlaagde de boetes met respectievelijk ruim 54 en bijna 10 miljoen euro. In de uitspraak van 29 april 2004 (grafietelektroden) bleken met name argumenten tegen de toepassingswijze van de clementieregels succesvol te zijn, evenals enkele van de beroepen tegen de indeling die de Commissie hanteerde op basis van de boeterichtsnoeren. In het arrest van 15 juni 2005 (*speciaal grafiet*) leidde met name de verkeerde vaststelling van de omzet van SGL tot een verlaging van de boete evenals diens bezwaar tegen de kwalificatie als ringleader. Tegen beide uitspraken van het Gerecht is inmiddels hoger beroep aangekend.⁸

De geldigheid van de boeterichtsnoeren is inmiddels in uitspraken van het Gerecht en het Hof aanvaard.⁹ In onderhavige arresten vormt de toepassing daarvan dan ook vooral een feitelijke exercitie, die ik hier niet zal bespreken. Ik bespreek wel de overwegingen over twee vormen van cumulatie van sancties. Aansluitend ga ik nog in op de toepassing van de clementieregels. Ten slotte licht ik de overwegingen toe die relevant zijn voor de actuele discussie over toerekening van inbreuken.

Cumulatie met sancties opgelegd buiten de EU

In zowel de zaak *grafietelektroden* als in de zaak *speciaal grafiet* gaat het Gerecht in op de bezwaren dat voor de gedragingen ook in andere werelddelen boetes en gevangenisstraffen waren opgelegd.¹⁰ Het Gerecht onderschrijft de stelling van partijen dat het beginsel van *ne bis in idem* een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht is. In het mededingingsrecht is echter cumulatie van sancties

van communautaire en nationale sancties aanvaard in de *Walt Wilhelm*-rechtspraak, waarbij het billijkheidsbeginsel vereist dat rekening wordt gehouden met de sancties die voor hetzelfde feit, gepleegd op het grondgebied van de Gemeenschap, zijn opgelegd.¹¹ Deze parallelle procedures zijn mogelijk, wanneer met de procedures verschillende doeleinden worden nagestreefd. Het Gerecht is van oordeel dat 'vanzelfsprekend' niet dezelfde doeleinden worden nagestreefd, omdat de bescherming van de Europese markt en de Amerikaanse (of een andere niet-Europese markt) niet als het daartoe vereiste enkelvoudig beschermde rechtsgoed zijn aan te merken. Het beroep op de mitigeringsplicht uit de zaak *Boehringer*¹² en *Walt Wilhelm* vanwege de Amerikaanse en Canadese sancties wijst het Gerecht hier echter af.¹³ Er ontbreekt daartoe ten eerste de nauwe band die wel tussen het communautaire mededingingsrecht en het mededingingsrecht van de lidstaten bestaat. Er is ook geen publiekrechtelijke overeenkomst die dat voorschrijft.¹⁴ Overigens kan een lid van de Commissie wel een toezegging doen (hoge commissieambtenaren zijn daartoe weer niet bevoegd). In de tweede plaats moet sprake zijn van dezelfde feiten. Het Gerecht oordeelt dat daarvan geen sprake is en zelfs al zou een Amerikaanse of andere toezichthouder eveneens een boete hebben opgelegd voor een gedraging op het grondgebied van de Gemeenschap, dan maakt deze een inbreuk op de territoriale bevoegdheid van de Commissie waaraan de Commissie niet gebonden is.¹⁵

Cumulatie van sancties binnen de Gemeenschap

Op het bezwaar dat de drie kartels gezamenlijk zouden moeten zijn beoordeeld, concludeert het Gerecht dat de Commissie drie afzonderlijke boetes binnen de grenzen van art. 15, lid 2 van Verordening 17 mocht opleggen voor zover sprake was van drie afzonderlijke inbreuken.¹⁶ Of van dat laatste sprake is, is een vraag die vooral op basis van de omstandigheden van het geval moet worden beantwoord. Aanwijzingen daarvoor kunnen zijn of er sprake is van verschillende producten en of er verschillende ondernemingen

8 Zaken C-289/04P, C-301/04P, C-307/04P, C-308/04P (grafietelektroden) en zaak C-328/05P (speciaal grafiet).

9 *Pb.* 1998, C, nr. 9, p. 3. In punten 156-165 van het arrest *grafietkartel* zet het Gerecht het rechtskader uiteen, waarna in punten 189-193 de rechtspraak over de geldigheid wordt behandeld.

10 Arrest grafietelektroden, punten 130-155. Arrest speciaal grafiet, punten 112-116.

11 HvJ EG, arrest van 13 februari 1969, zaak 14/68, *Walt Wilhelm*, Jur. 1969, blz. 1.

12 Arrest van 14 december 1972, zaak 7/72, *Boehringer vs. Commissie*, Jur. 1972, blz. 1281.

13 Arrest grafietelektroden, punten 139-148.

14 Ook de *courtoise*-overeenkomst tussen de EG en de VS biedt die mogelijkheid niet, *Pb.* 1995, L 95, p. 45-46 en 47-52 (overeenkomst uit 1991) en *Pb.* 1998, L 173, p. 25-26 en 28-31 (aanvulling). Met deze overeenkomst werken de toezichthouders uit beide landen samen in geval van concurrentieverstorende activiteiten op het eigen grondgebied die de belangen schaden van de wederpartij (verzoeken om handhaving, afstemmen van procedures, informatie-uitwisseling enz.).

15 De Amerikaanse autoriteit zou een boete hebben opgelegd voor kartelafspraken 'in de Verenigde Staten en elders'.

16 Arrest speciaal grafiet, punten 117-129.

bij de afspraken betrokken zijn. Van beide was volgens het Gerecht inderdaad sprake. Bovendien waren de kartels over speciaal grafiet niet louter een uitwerking van het kartel van grafietelektroden, aangezien de inrichting en organisatie van de kartels daarvoor te zeer uiteenliepen.¹⁷

Helder is dat wanneer inbreuken op voornoemde wijze feitelijk samenhangen, zij ook gezamenlijk behandeld moeten worden. Het opknippen van kartels om zodoende meer boetes op te leggen, is niet mogelijk. Andersom acht het Gerecht het wel goed mogelijk om zijdelings gerelateerde inbreuken gezamenlijk te behandelen (met afzonderlijke boetes), zoals de beide kartels betreffende speciaal grafiet.¹⁸ Uit de overweging van het Gerecht volgt tevens dat in het geval van afzonderlijke kartels de Commissie niet hoeft te wachten tot een volgend jaar, om zodoende te vermijden dat de boetes tezamen boven de 10%-norm komen te liggen. Dat kan er zelfs toe leiden dat bij één beschikking meerdere boetes worden opgelegd voor afzonderlijke inbreuken die tezamen genomen boven de 10%-norm uitkomen. Het Gerecht stelde immers vast dat voor ieder van de boetes afzonderlijk de voorwaarden van art. 15, lid 2 van Verordening 17 gelden.¹⁹ Dit geldt ook voor art. 23, lid 2 van Verordening 1/2003.

Clementieregeling

Het Gerecht sprak zich tevens uit over de toepassing van de oude clementieregeling (1996). Deze overwegingen hebben consequenties voor de nieuwe regeling die in 2002 van kracht werd. Medewerking kan tot een aanzienlijke verlaging van de boetes leiden. Daarbij golden onder de clementieregeling uit 1996 drie categorieën, B, C en D met afhankelijk van de medewerking aflopende kortingspercentages.²⁰ Categorie D leverde een vermindering op van 10 tot 50% indien niet aan alle voorwaarden onder B of C²¹ was voldaan en met name indien:

- een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk;
- een onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar beschuldigingen baseert, niet fundamenteel betwist.

In het arrest *grafietelektroden* komen beide situaties onder D ter sprake.²² Met betrekking tot de eerste situatie was de Commissie van oordeel dat de medewerking in de zin van het eerste streepje 'vrijwillig' diende te zijn en 'buiten de uitoefening van de bevoegdheden inzake verificatie'. Met deze uitleg beoogde zij vooral nieuwe informatie los te krijgen. SGL meende echter dat zij in beginsel over een absoluut zwijgrecht beschikt, zodat om die reden informatieverstrekking als zodanig als medewerking gold. Het Gerecht erkent dat zwijgrecht slechts voorzover de onderneming antwoorden zou moeten geven waarmee zij het 'bestaan van de inbreuk zou erkennen'. Die bewijslast rust volgens het Gerecht op de Commissie. Derhalve is voor het

Gerecht niet de vrijwilligheid van de informatievoorziening het criterium, maar de vraag in hoeverre de inlichtingen bijdragen tot het bewijs van de inbreuk (en deze derhalve wordt erkend). Het Gerecht oordeelde dat SGL dergelijke informatie had verschaft. Met betrekking tot de medewerking door UCAR stelde het Gerecht vast dat deze inlichtingen niet *per se* in schriftelijke vorm maar ook mondeling konden worden verstrekt. Het Gerecht geeft daarmee *de facto* ook een inhoudelijke invulling van het begrip medewerking.²³ Het Gerecht stopt daar niet en vervolgt met een meer algemene norm:

*'Om in aanmerking te kunnen komen voor de toepassing van de mededeling inzake medewerking volstaat het dat de onderneming die tot medewerking bereid is, zich door de onthulling van haar betrokkenheid bij een inbreuk blootstelt aan sancties, terwijl de inaanmerkingneming van de verschillende inlichtingen voor een eventuele verlaging van de geldboete afhangt van het nut voor de Commissie bij haar taak om een inbreuk vast te stellen en daaraan een einde te maken.'*²⁴

Hoever dit reikt, blijkt uit het feit dat daaronder ook de onthulling van het handelen van een oneerlijke Commissieambtenaar valt, zoals UCAR meende te hebben aangetoond. De tweede situatie onder categorie D kwam aan de orde, nadat partijen op hoofdlijnen de feiten niet hadden betwist en daarom in aanmerking kwamen voor een boeteverlaging. SGL betwistte voor het Gerecht alsnog een aantal in de Commissieprocedure toegegeven – en daarmee vaststaande-onrechtmatige handelingen. Het Gerecht draaide op grond van zijn volledige rechtsmacht alsnog 2% van de verlaging terug.²⁵

Uit deze overwegingen valt een aantal zaken af te leiden. Weinig verrassend blijkt dat beleidsregels consequent door de Commissie ter hand moeten worden genomen, aangezien het Gerecht streng toetst aan het vertrouwen dat er voor de betrokken ondernemingen uit volgt. Dat vertrouwen geldt echter twee kanten op, getuige de verlaging van de korting voor SGL. Verder benadrukt deze rechtspraak de gunstige werking van de (1996) richtsnoeren voor ondernemingen.

17 De kartels voor speciaal grafiet hadden geen marktverdeling op basis van het *home-producers* idee.

18 Arrest speciaal grafiet, punt 125.

19 Zie ook punt 377 van het arrest speciaal grafiet.

20 *Pb.* 1996, C, nr. 207, p. 4.

21 De eerste categorie B leidde tot kwijtschelding van de boete of een verlaging met ten minste 75%. Vereist is de onthulling van een kartel voordat een verificatie is gestart, het als eerste verstrekken van doorslaggevend bewijsmateriaal met directe beëindiging en volledige medewerking, zonder dat de onderneming initiatiefnemer was. Categorie C leidt tot een verlaging van 50-75% onder gelijk niveau van medewerking nádat een verificatie is gestart die niet voldoende bewijs opleverde.

22 Arrest grafietelektroden, punten 378-441, met name 402, 410 en 431.

23 Hoewel dergelijke informatie niet steeds kan worden gereproduceerd in de sanctiefase kan zij wel zeer nuttig zijn voor de voortgang van het onderzoek. Arrest grafietelektroden, punt 431.

24 Arrest grafietelektroden, punt 435.

25 Arrest grafietelektroden, punten 417-420.

Zij waren met name gericht op het verkrijgen van medewerking van de inbreukmakende onderneming en minder op het onderzoeksvoordeel voor de Commissie. Gevolg is dat wanneer een inbreuk is ontdekt een onderneming maar beter kan meewerken, zodat er nog een fikse korting kan worden uitgesleept. Het Gerecht blijkt daartoe zeker genegen. Om toch meer de onthulling van inbreuken te stimuleren (*factfinding*) en minder de nadruk te leggen op de medewerking als zodanig werd door de Commissie reeds in 2002 een nieuwe clementieregeling aangenomen.²⁶ Met name de toegevoegde waarde van de informatie krijgt daarbij de nadruk.²⁷ Het belang van de overwegingen van het Gerecht voor de nieuwe clementieregeling ligt niet zozeer in het al dan niet vrijwillige karakter van de medewerking. Dat is voor de Commissie niet langer relevant, juist vanwege het nieuwe criterium van de toegevoegde waarde. Daarentegen zijn wel de overwegingen met betrekking tot de vorm en de inhoud van belang. Met name de door het Gerecht geformuleerde algemene norm is niet alleen beperkt tot de oude clementieregeling, maar geldt ook voor de nieuwe regeling.²⁸ Omdat ook de NMa een regeling hanteert die nauw aansluit bij die van de Commissie, zal ook zij deze overwegingen tegengeworpen kunnen krijgen.²⁹

Toerekening van inbreuken

Het laatste te behandelen onderwerp is het vraagstuk van de toerekening van inbreuken dat in beide arresten aan de orde komt. Enerzijds gaat het Gerecht in op het verweer van de inbreukmakende ondernemingen dat de gedragingen exclusief moeten worden toegerekend aan de voormalige moeder of een machtige contractpartner als kwade genius.³⁰ Anderzijds onderstreept het Gerecht de huidige lijn van de Commissie waar het gaat om de toerekening van inbreuken aan zowel de dochter als de moeder waarmee de boete aan beide hoofdelijk kan worden opgelegd.

Toerekening als verweer

In het arrest *grafietelektroden* betoogde UCAR, waarvan de aandelen gedurende een gedeelte van de inbreukperiode in het bezit waren van Mitsubishi en/of Union Carbide, dat de toenmalige economische eenheid in de weg stond aan een autonome beslissing van UCAR. Het Gerecht veegt dit argument van UCAR van tafel en overweegt in randnummer 279:

'[...] De omstandigheid dat UCAR eventueel een economische eenheid met Mitsubishi en/of Union Carbide vormde, zodat zij geen autonome beslissingen kon nemen, wat de Commissie betwist, speelt in dat verband geen rol. Die omstandigheid zou enkel relevant zijn indien de Commissie gebruik had gemaakt van haar bevoegdheid om de moedermaatschappij van UCAR wegens het gedrag van laatstgenoemde een sanctie op te leggen [...].'

Deze overweging van het Gerecht is nogal stellig. Het punt dat UCAR opwierp is op zichzelf niet een gekke

gedachte. Als algemene regel ligt namelijk de aansprakelijkheid voor de inbreuk in beginsel bij de natuurlijke of rechtspersoon die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd.³¹ Het feit dat Mitsubishi in de VS voor dezelfde gedragingen ook een boete kreeg opgelegd, zou een onderzoek naar een dergelijk verweer kunnen rechtvaardigen. Het Gerecht kiest daarentegen voor een risicoaansprakelijkheid voor de dochter. Als deze onderneming van oordeel is dat een voormalige moederonderneming verantwoordelijk is dan dient zij zich zelf maar tot die persoon te wenden.³²

Dat ondernemingen moeilijk kunnen ontkomen aan het eigen handelen blijkt ook uit de zaak *speciaal grafiet*. De (niet zelf producerende) handelsonderneming Intech betoogde dat zij geheel afhankelijk was van haar (wel producerende) Japanse partner Ibirden en steeds slechts uit hoofde van Ibirden aan de gedragingen had deelgenomen. Het Gerecht stelt vast dat Intech de zwakke en afhankelijke positie niet feitelijk kon onderbouwen. Bovendien, zelfs als zulke omstandigheden wel zouden kunnen worden aangetoond, had dit Intech er niet van hoeven te weerhouden om zich te distantiëren van de gedragingen³³ of anoniem de Commissie te tippen. Daarmee gooit het Gerecht de deur voor een dergelijk Calimero-verweer, dat eerder in andere zaken wel werd geaccepteerd,³⁴ in deze zaak dicht.³⁵

Toerekening als aanklacht

Omgekeerd geldt voor de Commissie een duidelijk eenvoudiger bewijsvoering wanneer zij besluit een inbreuk mede toe te rekenen aan een moederonderneming die op

26 Pb. 2002, C 45/3. Zie randnummer 5 van de mededeling.

27 Daarbij geldt een onderverdeling in een immuniteit (A) onder strenge voorwaarden en een mogelijkheid van vermindering van de boete (B). De hoogte van de korting onder B zal tevens afhangen van de omstandigheid of de onderneming de eerste of een volgende is en bovendien op welk moment de mededeling werd gedaan. Voorbeelden van medewerking die tot korting leiden, worden niet meer gegeven. De erkenning van de feiten levert op zichzelf geen korting meer op.

28 De letterlijke tekst uit de oude regeling (A, sub 3) waaraan deze uitleg werd gegeven, is weliswaar niet overgenomen, maar de nieuwe regeling bevat onder randnr. 3 een algemene verwijzing die mede gezien het algemene karakter van de overweging van het Gerecht tot een gelijke uitlegging moet leiden.

29 Richtsnoeren Clementietoezegging, *Stert.* 2002, nr. 122, gewijzigd bij besluit van 28 april 2004, *Stert.* 2004, nr. 82.

30 Arrest grafietelektroden, punten 278-285. Arrest speciaal grafiet, punten 54-82.

31 HvJ EG, arrest van 16 november 2000, zaak C-279/98P, *Cascades*, Jur. 2000, p. I-9693, punt 78.

32 Arrest grafietelektroden, punten 280-285. Blijkens de stukken is dat overigens ook het geval.

33 GvEA, arrest van 17 december 1991, zaak T-7/89, *Hercules*, Jur. 1991, p. II-1711, punt 232.

34 Zie Commissiebeschikking 85/617/EEG, zaak IV/30.839, *Sperry New Holland*, Pb. 1985, L 376, p. 21; Commissiebeschikking 87/406/EEG, zaken IV/31.192 en IV/31.507, *Tipp-ex*, Pb. 1987, L 222, p. 1; Commissiebeschikking 98/273/EG, zaak IV/35.733, *Volkswagen I*, Pb. 1998, L 124, p. 60.

35 Arrest speciaal grafiet, punten 54-82, met name 76 en 77. Overigens kan druk van een andere onderneming wel tot boetematiging leiden. Arrest grafietelektroden, punten 322 en 344. Vanwege onvoldoende onderbouwing werd het daar afgewezen.

het eerste gezicht niet betrokken leek bij de inbreuk. Deze mogelijkheid is onder meer van belang in verband met de 10%-regel en vanwege de mogelijkheden van verhaal.³⁶ De hierbij – ook door de NMa – gehanteerde benadering kon recent op stevige kritiek rekenen in onder andere dit tijdschrift.³⁷ De ‘economische eenheid’-redenering die de Commissie en de NMa daarbij toepassen is op zichzelf niet nieuw.³⁸ Aanleiding voor de kritiek vormde *de wijze* waarop de Commissie respectievelijk de NMa de gedragingen toerekenen. In onder meer de Chloride-beschikking van december 2004 concludeerde de Commissie dat Akzo Nobel N.V. een economische eenheid vormde met dochter Akzo Nobel B.V. die de feitelijke handelingen verrichtte, welke economische eenheid volgens de Commissie deelnam in het betreffende kartel.³⁹ Dit zou volgens de Commissie slechts anders zijn als de dochter a) in staat was een eigen zelfstandig commercieel beleid te voeren en b) dat feitelijk ook deed. Dit had Akzo niet kunnen aantonen, zodat de Commissie ervan uitging dat de moederonderneming in staat was het commerciële beleid te bepalen en dat ook feitelijk deed. De inbreuk werd aan de economische eenheid en dus ook aan de moeder toegerekend.

Kern van de kritiek van zowel Leeftang als Kreijger op deze redenering is dat een inbreuk niet aldus zonder meer aan een 100%-moederonderneming kan worden toegerekend, maar dat daarvoor steeds een extra feitelijke omstandigheid is vereist, waaruit zou blijken dat de moederonderneming daadwerkelijk een beslissende invloed had op het commerciële beleid. Ik twijfel aan deze interpretatie van het arrest *Stora* waarop beide auteurs zich beroepen.⁴⁰ In dat arrest bepaalde het Hof naar mijn idee niet meer dan dat het Gerecht terecht had aangenomen dat een 100%-aandeelhouderschap leidt tot een weerlegbaar vermoeden van daadwerkelijk beslissende invloed op het commerciële beleid van de dochter. Wanneer dat vermoeden niet gefundeerd wordt betwist – zoals door de onderneming in die zaak niet afdoende was gedaan – behoeven geen nadere argumenten door de Commissie te worden aangevoerd. Het aanvullend genoemde feitelijke gegeven dat de moederonderneming zich als enige onderhandelingspartner voorstelde, ondersteunde dat vermoeden. Als argument ten overvloede (het Hof hanteert de term ‘vooral’)⁴¹ past het dan niet om dat argument vervolgens alsnog als extra vereiste aan te merken. Daarmee plaatsen deze schrijvers ten onrechte de bal weer in het kamp van de toezichhouder.

In de zaak *speciaal grafiet* ondersteunt het Gerecht deze lezing van het arrest *Stora*.⁴² Het Gerecht stelt eerst vast dat beide ondernemingen vanwege de 100%-deelneming in principe een economische eenheid vormen.⁴³ Ter beantwoording van de vraag of de gedragingen van Intech EDM AG aan de moederonderneming Intech EDM BV kunnen worden toegerekend, geeft het Gerecht vervolgens zijn versie van de algemene regel uit het *Stora*-arrest.

‘60 [...] the Commission can generally assume that a wholly-owned subsidiary essentially follows the instructions given to it by its parent company with-

out needing to check whether the parent company has in fact exercised that power.’

De Commissie heeft met dit vermoeden, waarbij zij de feitelijke invloed niet hoeft te onderzoeken, in beginsel aan haar bewijslast voldaan. Wel krijgen de betrokken ondernemingen de gelegenheid dat vermoeden te weerleggen. Daarin slaagt Intech volgens het Gerecht echter niet.

‘61. Before the court, neither of the applicants has established that the subsidiary, Intech EDM AG decided independently on its own conduct on the market rather than carrying out the instructions given to it by its parent company and such that they fall outside the definition of an ‘undertaking’. The two applications are silent on that point.[...]

62 It follows that, in applying the definition of ‘undertaking’, the two Intech companies could be regarded as jointly liable for conduct alleged against them, with the acts of one being imputable to the other [...].’

Vervolgens onderzoekt het Gerecht voor welke inbreukgedragingen zij verantwoordelijk moeten worden gehouden en sluit af met de conclusie dat deze gedragingen terecht aan zowel dochter als moeder waren toegerekend.⁴⁴

68 It follows that the Commission was right to regard Intech EDM AG’s participation in the meetings at the European and local levels of the cartel as anti-competitive conduct. It was also entitled to impute that conduct to Intech EDM BV as it had been performed by its wholly-owned subsidiary, all the more so since activities of the Intech group in the graphite sector in Europe were carried out on the basis of a co-operation agreement that Intech EDM BV has itself entered into with Ibidem [...].’

Het Gerecht voert ten slotte in punten 69 en 70 nog enkele argumenten aan waaruit het belang blijkt voor de Intech-groep als geheel en tevens zijn betrokkenheid bij de

36 Dit laatste erkent de Commissie expliciet in de Commissiebeschikking grafietelektroden, randnr. 123.

37 Zie de noot van P.J. Kreijger bij de Commissiebeschikking van 9 december 2004 zaak Comp/E-2/37.533 Choline Chloride, *M&M* 2005, nr. 7, p. 228. Zie ook de bijdrage van F.J. Leeftang over het NMa-beleid in *Actualiteiten Mededingingsrecht*, nr. 5, p. 113-116 met gelijklopende kritiek.

38 Bijvoorbeeld, Commissiebeschikking 84/405/EG, zaak IV/30.350, Zinc Producer Group, *Pb.* 1984, L 220, p. 27-45, randnr. 83.

39 *Ibid.*, punt 172.

40 HvJ EG, arrest van 16 november 2000, zaak C-298/98P, *Stora*, *Jur.* 2000, p. I-9925, punten 27-29.

41 In de Engelse versie ‘particularly’, in de Franse versie ‘particulièrement’.

42 Anders: Kreijger, o.c. Hij doelt overigens met zijn verwijzing naar het arrest *grafietelektroden* op het arrest *speciaal grafiet* van 15 juni van dit jaar.

43 Arrest *speciaal grafiet*, punt 59. Voor de rechtspraak over het begrip economische eenheid, zie ook punt 54.

44 Arrest *speciaal grafiet*, punten 63-68.

deelname aan het kartel, waarna het vaststelt dat de Commissie terecht de Intech-groep aansprakelijk stelde.⁴⁵

Het Gerecht ondersteunt hier derhalve dat behoudens gefundeerde weerlegging van het vermoeden van afhankelijkheid (dat volgt uit het bezit van het volledige aandelenkapitaal) de inbreuk aan de 100%-moeder kan worden toegerekend als onderdeel van dezelfde economische eenheid. Eventuele voorbeelden en argumenten ten overvloede, die de Commissie aanvoert, kunnen dat vermoeden ondersteunen, maar zij gelden niet als voorwaarde. In punt 60 wordt die voorwaarde niet gesteld en ook de hoofdzin in punt 68 gevolgd door de woorden 'all the more so' geeft aan dat de toevoeging die volgt een extra (en dus niet noodzakelijk) argument betreft voor toerekening aan de moeder. Met de argumenten die het Gerecht verder noemt in de punten 69 en 70 wordt de toerekening van de inbreuk aan de economische eenheid onderstreept en niet zozeer aan de moeder (het Gerecht spreekt alleen nog over 'Intech').⁴⁶ De noodzaak die Kreijger en Leeftang signaleren voor aanvullende feitelijke omstandigheden voor toerekening aan de moeder wordt in dit arrest niet gevolgd. Zij past ook niet in de gehanteerde redenering. Immers, er zou dan geen sprake meer zijn van een 'weerlegbaar vermoeden' maar van een 'nader te onderbouwen veronderstelling'.

Overdracht van de onderneming

Toerekening van de inbreuk aan de moeder- en de dochteronderneming leverde in de zaak *speciaal grafiet* overigens nog een complicatie op. In overeenstemming met de regel dat de '10%-norm'⁴⁷ voor een economische eenheid de gezamenlijke omzet van de onderdelen daarvan betreft⁴⁸ en gezien de omstandigheid dat Intech EDM BV en Intech EDM AG ten tijde van de inbreuk een economische eenheid vormden, dacht de Commissie in 2002 aan beide onderdelen een boete van 980.000 euro op te kunnen leggen (de gezamenlijke omzet lag boven de 15 miljoen euro). Na de beëindiging van het kartel (1997) maar voorafgaand aan de beschikking (2002) had Intech EDM BV evenwel dochter Intech EDM AG doorverkocht aan een andere deelneming van dezelfde Zwitserse grootmoeder uit het Intech-concern. Het Gerecht oordeelde dat, aangezien de Commissie

geen economische eenheid had aangetoond tussen de verschillende onderdelen van het Intech-concern, de gedraging niet tevens aan de overnemende onderneming kon worden toegerekend.⁴⁹ Zodoende diende voor Intech EDM BV en voor Intech EDM AG apart de 10%-regel te worden toegepast. Voor Intech EDM BV vormde dat geen probleem, omdat de opgelegde boete voor haar wel onder de 10%-norm lag. De omzet van Intech EDM AG in 2001 was echter te laag (4.200.000 euro) om een hoofdelijke verschuldigheid van een boete van 980.000 euro op te kunnen leggen. Het Gerecht bepaalde de boete voor Intech EDM AG dan ook op 420.000 euro. Niettemin blijft de totale boete voor beide onderdelen van de Intech-groep als zodanig uiteindelijk feitelijk ongewijzigd.⁵⁰ De boete kan alleen niet volledig op de Intech EDM AG worden verhaald.

45 Arrest speciaal grafiet, punten 69-71.

46 Zij zijn dan ook minder relevant voor het vraagstuk van toerekening aan de moeder.

47 Art. 15, lid 2 Vo. 17 art. 23, lid 2 Vo. 1/2003. De uitzondering op deze 10%-norm voor boetes onder 1 miljoen euro (in de Mw 450.000 euro) heeft de Commissie in zijn richtsnoeren uitgesloten (punt 5 onder a).

48 GvEA, arrest van 20 maart 2002, zaak T-9/99, HFB e.a. vs. Commissie, Jur. 2002, p. II-1487, punten 528-529.

49 Toerekening van gedragingen van voor de overname kan overigens ook wanneer de overnemende onderneming de overgenomen onderneming 'opslorpt'. Cascades, reeds aangehaald, punten 78 en 79. Wanneer zij dochterondernemingen blijven kan dat niet, behoudens derhalve in geval van verkoop binnen dezelfde economische eenheid. Die moet dan wel worden aangetoond. Daaronder moet ook de omstandigheid worden begrepen dat de verkrijgende onderneming wist van de inbreuken door de nieuwe dochter. Zie de beschikking 84/405/EEG in zaak IV/30.350, Zinc Producer Group, Pb. 1984, L 220, p. 27, randnr. 83.

50 Arrest speciaal grafiet, punten 387-394.