



Inbreuken door onderneming; (on)mogelijkheid van toerekening aan moederonderneming?

mr P. Kreijger en mr F. Leeflang

In zijn recente annotatie van het arrest van het Gerecht in de grafielektrodenzaak, besteedt Algera onder meer aandacht aan de (on)mogelijkheid van toerekening van inbreuken van een onderneming aan de moederonderneming. Daarbij bestrijdt hij onze¹ interpretatie van het arrest van het Hof van Justitie in de Stora-zaak².

In de door Algera aangehaalde annotatie in dit blad van de Choline Chloride-beschikking³, is de kern van het Stora-arrest aldus samengevat dat wanneer de moeder 100% in het aandelenkapitaal in de dochter bezit, dit in de visie van het Hof het vermoeden rechtvaardigt van een gebrek aan autonomie van de dochter, in welk geval tegenbewijs verlangd mag worden van de betrokken ondernemingen ter ontzenuwing van dit vermoeden. In zoverre lijken wij dus niet van mening te verschillen met Algera: volledig aandeelhouderschap creëert een gerechtvaardigd vermoeden van beslissende invloed. Zoals in genoemde annotatie overigens wordt aangegeven, heeft de Commissie in tal van gevallen waarin volledig aandeelhouderschap aan de orde was, niettemin afgezien van het opleggen van een boete aan de moeder, omdat andere omstandigheden wezen op het feit dat deze geen (wezenlijke) bemoeienis met het beleid van de primair verantwoordelijke dochter had gehad – let wel: het beleid met betrekking tot de gewraakte inbreuken. Dit lijkt ons overigens ook de juiste benadering, nu nog altijd uitgangspunt is dat in de eerste plaats de betrokken onderneming zélf verantwoordelijk is voor de eigen gedragingen en toerekening wat ons betreft ook alleen gerechtvaardigd kan zijn bij feitelijke betrokkenheid van de moeder bij de concrete inbreuken.

Mr. Paul Kreijger en mr. Frederieke Leeflang zijn als advocaat werkzaam bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam resp. Boekel De Neree NV te Amsterdam.

Onze kritiek op de benadering van de Commissie in de Choline Chloride-beschikking is echter met name gericht op de kennelijke poging van de Commissie om de ruimte voor tegenbewijs tegen het Stora-vermoeden in te perken. Aldus wordt een processueel *vermoeden* veranderd (of beter: gedetourneerd) tot een *materiële norm* van toerekening. We herhalen nogmaals een kernoverweging van de Commissie in de beschikking:

*172. Akzo Nobel N.V. is not simply an investment vehicle which serves merely to invest capital in companies whose commercial operations it then leaves to those companies, withdrawing capital as soon as it considers that an investment in other companies, possibly not belonging to the Akzo Nobel group, would provide a better return.*⁴

Daarmee lijkt de Commissie te stellen dat tegenbewijs *alleen* zin heeft wanneer dit aantoonst dat de moeder inderdaad een investment vehicle is; zodra de moeder meer is dan dat, dan lijkt aansprakelijkheid gegeven, *ongeacht* de daadwerkelijke feitelijke betrokkenheid van de moeder bij de eigenlijke inbreuk. Zoals al in de annotatie is opgemerkt, zal een moederonderneming moeilijk kunnen ontkennen dat zij met haar dochters een concern vormt. De weerlegbaarheid van het Stora-vermoeden wordt aldus een illusie en de introductie van een risico-aansprakelijkheid voor mededingingsinbreuken is dan niet ver meer. Op onze beurt menen wij dat dit aspect in de annotatie van Algera wat onderbelicht blijft – zij het dat wij het met onze interpretatie van de opvatting van de Commissie graag bij het verkeerde eind hebben, gelet op de zorgwekkende implicaties daarvan.

- 1 P.J. Kreijger, annotatie bij de beschikking van de Commissie in de zaak Choline Chloride, *M&M* 2005, nr. 7, p. 228 en F.J. Leeflang, 'Toerekening van gedragingen van een 100% dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij: een automatisme of niet?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, nr. 5, p. 113.
- 2 HvJ 16 november 2000, zaak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie, *Jur.* 2000, p. I-9925
- 3 Besluit Commissie van 9 december 2004, zaak COMP/E-2/37.533 – Choline Chloride, *M&M* 2006, nr. 1, p. 18.
- 4 Er is geen officiële vertaling beschikbaar.

Deze implicaties zijn evenzeer aan de orde bij de door Frederieke Leeftang in een concurrerend tijdschrift besproken benadering van de NMa in de besluiten inzake de GWW-sector.⁵ Wij nodigen de lezers uit tot *close reading* van het in dit verband relevante onderliggende standaardrapport (§§ 193 – 194 van het GWW-besluit).

Eerst formuleert de NMa het vertrekpunt:

193. Het is in overeenstemming met de maatschappelijke en economische realiteit dat verschillende rechtspersonen, die in concernverband staan, in beginsel als een economische eenheid worden beschouwd.

Ofschoon op dit vertrekpunt misschien nog wel het een en ander is af te dingen, is hier nog de gewone benadering van het Stora-arrest te vinden: uitgangspunt is de mogelijkheid onderdelen van een concern als één economische eenheid te beschouwen en inbreuken aan dit geheel toe te rekenen. De NMa vervolgt in hetzelfde randnummer:

193. Een onderverdeling van een groep in verschillende rechtspersonen langs administratieve, geografische en/of productgrenzen is een kwestie van interne organisatie van de desbetreffende economische eenheid. De NMa kan slechts rekening houden met dergelijke juridische indeling binnen één onderneming, indien en voor zover de desbetreffende moeder- of holdingmaatschappijen niet in staat zijn het commerciële gedrag van de dochtermaatschappij in kwestie te beïnvloeden.

Hier lijkt de NMa een kleine maar beslissende stap te nemen, namelijk de constatering dat toerekening alleen dan niet aan de orde kan zijn, wanneer de moeder *niet in staat* is het gedrag van haar dochters te beïnvloeden. Gelet op het eerder door de NMa geformuleerde uitgangspunt op basis van de maatschappelijke en economische realiteit, mag aangenomen worden dat in haar visie bepaald niet snel aan dit bijzondere criterium zal zijn voldaan – een criterium dat zelfs nog verder gaat dan dat van de afstandelijke investeerder, die weliswaar het beleid van de dochter niet beïnvloedt, maar daar wel toe in staat zou zijn. En het is juist deze stap die ertoe leidt dat een vermoeden verwordt tot een materiële norm. Dit wordt onzes inziens nog bevestigd in het volgende randnummer:

194. Indien een groepsmaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, dient de groep waartoe beide maatschappijen behoren als één onderneming te worden beschouwd. Uitsluitende zeggenschap van een moedermaatschappij in het kapitaal van een dochtermaatschappij vormt het belangrijkste criterium voor het vaststellen of een

dochtermaatschappij niet werkelijk zelfstandig haar marktgedrag bepaalt en of haar gedragingen aldus mede aan haar moeder kunnen worden toegerekend.

Opnieuw formuleert de NMa het uitgangspunt voor het geval er daadwerkelijke instructies worden gegeven (met dien verstande dat de NMa hier ten onrechte in het midden laat dat deze instructies ook het gewraakte gedrag moeten betreffen), om dan in het vervolg te stellen (of in ieder geval te impliceren) dat reeds volledig aandeelhouderschap automatische toerekening rechtvaardigt.

Tot slot nog een opmerking over de stand van zaken in het Europese recht. Na het arrest van het Gerecht in de Speciaal Grafiet-zaak heeft het Gerecht (zij het een andere kamer⁶) zich in de DaimlerChrysler-zaak⁷ opnieuw uitgesproken over toerekening van het marktgedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij in geval van het bezit van 100% van het kapitaal. Het Gerecht herhaalt daar de hoofdregel uit het Stora-arrest naar aanleiding van het beroep van DaimlerChrysler dat de Commissie het gedrag van de Belgische dochteronderneming MBBel alleen op grond van de bijna 100%-deelneming in die dochter aan DaimlerChrysler zou hebben toegerekend. De volgende overwegingen zijn in dat kader relevant:

219. Zoals het Hof in het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra (punt 28), heeft geoordeeld, volstaat het bezit van 100% van het kapitaal als zodanig niet voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, maar kan de Commissie haar beslissing inzake de toerekening van het gedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ook baseren op de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze kon beïnvloeden, en geen bewijs aandraagt voor haar stelling dat die dochter autonoom optrad. Wanneer het gehele kapitaal van de dochter in handen van de moeder is, mag de Commissie immers aannemen dat de moedermaatschappij werkelijk een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter, in het bijzonder wanneer de moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure als enige gesprekspartner voor de vennootschappen van het concern heeft gepresenteerd.

220. Het is dan ook aan de moedermaatschappij om dit vermoeden met voldoende bewijzen te weerleggen.

Uit de overwegingen van het Gerecht (met name rechtsoverweging 219) volgt duidelijk dat het bezit van 100% van het kapitaal als zodanig niet voor de aansprake-

5 Voor vindplaats zie voetnoot 1.

6 In de Speciaal Grafiet-zaak betrof het de Tweede kamer. In de DaimlerChrysler-zaak betrof het de Vijfde kamer.

7 GvEA, 15 september 2005, zaak T-325/01, DaimlerChrysler AG / Commissie.

lijkheid van de moedermaatschappij volstaat, maar dat de Commissie haar beslissing inzake de toerekening ook kan baseren op de omstandigheid dat de moeder niet in de procedure had betwist dat er geen sprake was van autonomie van de dochter. In dit specifieke geval had DaimlerChrysler geen bewijs geleverd dat de Belgische dochter, MBBel, autonoom optrad en bovendien had DaimlerChrysler erkend dat zij zich tijdens de procedure als enige gesprekspartner voor de Belgische inbreuk had gepresenteerd. Onder die specifieke omstandigheden oordeelde het Gerecht dat DaimlerChrysler het vermoeden van beslissende invloed niet voldoende had weerlegd.

Met het arrest in de DaimlerChrysler-zaak lijkt het Gerecht toch weer een wat genuanceerdere benadering te kiezen dan in de Speciaal Grafiet-zaak. Zoals wij aan het begin van ons commentaar reeds stelden, verschillen wij dus niet van mening met Algera: volledig aandeelhouderschap creëert een gerechtvaardigd *vermoeden* van beslissende invloed. Wij menen dat het Gerecht het *Stora*-vermoeden nog steeds overeind wenst te houden en dat het dus mogelijk is dat vermoeden te ontzenuwen door als moeder het bewijs te leveren dat er geen sprake is van beslissende invloed op het gedrag van de dochter. In dat specifieke geval kan de Commissie niet zomaar toerekenen en zal de Commissie het tegendeel moeten aantonen, dan wel het door de moeder aangevoerde bewijs ontzenuwen. Dat laat dus aan de moeder ruimte voor tegenbewijs, zij het dat de moeder dat tijdig – tijdens het onderzoek van de Commissie – moet aanvoeren en vooral niet tijdens dat onderzoek zich als enige gesprekspartner voor de inbreuk van de dochter moet opstellen. In dat specifieke geval lijkt de moeder namelijk niet in het tegenbewijs geslaagd. Dat betekent wat ons betreft ook dat het arrest in de DaimlerChrysler-zaak steun biedt voor onze kritiek op de benadering van de Commissie in de Choline Chloride-beschikking, waarin de Commissie probeerde de ruimte voor tegenbewijs tegen het *Stora*-vermoeden in te perken.

Vanuit de visie van toezichthouders is natuurlijk begrijpelijk dat zo maximaal mogelijke toerekening het leven prettig vereenvoudigt. Toch zouden wij menen dat het mededingingsrecht nu niet zo enorm bijzonder is dat dit de introductie van een risico-aansprakelijkheid rechtvaardigt, waar dit zelfs in het strafrecht niet is aanvaard. Pragmatisme is mooi, maar principes zijn in dit verband toch beter.

Naschrift

mr W.T. Algera

In mijn annotatie bij de arresten *Grafielektroden* en *Speciaal Grafiet* ben ik ingegaan op de interpretatie van het arrest *Stora* in de respectieve bijdragen van Kreijger en

Wouter Algera is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn

Leeflang over de toerekening van overtredingen van dochterondernemingen aan de moeder.¹ In geval van een vermoeden op basis van een 100% aandeelhouderschap stelden zij in hun bijdragen dat tevens aanvullende omstandigheden dienden te worden geleverd (door de toezichthouder) als bewijs van betrokkenheid van de moeder. Zij plaatsten de bal daarmee ten onrechte weer in het kamp van de toezichthouder (Kreijger o.a. p. 229 en Leeflang p. 115 en in de conclusie op p. 116).

Zoals de beide auteurs in hun hiervoor afgedrukte reactie terecht vaststellen, dient voor toerekening de betrokkenheid van de moeder bij het desbetreffende marktgedrag van de dochter te worden bewezen. Een 100% aandeelhouderschap als bewijsvoering door de toezichthouder vormt dan een voldoende vermoeden voor de vaststelling van een gebrek aan autonomie bij de dochter en van metterdaad zeggenschap van de moeder.² De moeder krijgt dan de gelegenheid om dat vermoeden te weerleggen. Het is dus mogelijk dat bij geen of onvoldoende betwisting toerekening plaatsvindt enkel op basis van het door de toezichthouder aangevoerde 100% aandeelhouderschap. Ik blijf derhalve van oordeel dat de beide auteurs in hun eerdere bijdragen ten onrechte aan het *Stora*-arrest de conclusie verbonden dat een toezichthouder steeds naast het 100% aandeelhouderschap aanvullend bewijs moet overleggen. Integendeel, hij kan afwachten waarmee de moeder en/of dochter komen. Als dat niet leidt tot een voldoende weerlegging van het vermoeden kan de gedraging aan de moeder worden toegerekend. Pas als de weerlegging wel afdoende geschiedt, zal de toezichthouder aanvullende informatie moeten overleggen. Het is overigens niet onbegrijpelijk dat hij dat in veel gevallen al op voorhand doet zonder daar dus toe gehouden te zijn.

Kreijger en Leeflang stellen verder met name moeite te hebben met de wijze waarop de Commissie (en de NMa³) de mogelijke weerlegging van het vermoeden zou invullen, de tweede stap van de toerekening. Hun kritiek concentreert zich op een volgens hen als kernoverweging te bestempen passage in de Choline-Chloride-beschikking. Het gaat om de situatie van een afstandelijke investeerder. Leeflang en Kreijger lezen deze door de Commissie geopperde uitzonderingsmogelijkheid als de enige (en ook naar mijn mening) zeer uitzonderlijke situatie die tot weerlegging van dat vermoeden zou kunnen leiden.⁴ Volgens hen leidt deze wijze

1 *M&M* 2006, nr. 1, p. 18-23.

2 Laatstelijk GvEA EG, arrest van 15 september 2005, zaak T-325/01, Daimler Chrysler AG, n.n.g. In het arrest *Speciaal Grafiet* van 6 juni 2005 (T-71/03 e.a., punten 58 en 59) stelde het Gerecht de economische eenheid vast op basis van het 100% aandeelhouderschap en baseerde daarop het (weerlegbare) vermoeden, dat daar door partijen niet werd geleverd.

3 De overweging in het NMa-besluit over de vraag of moedermaatschappijen in staat zijn het commerciële gedrag van de dochtermaatschappij in kwestie te beïnvloeden, ziet overigens naar mijn idee op de vraag of sprake is van een economische eenheid en niet rechtstreeks op de toerekening als zodanig.

4 Een *private equity fund* dat zich niet bezighoudt met de bedrijfsvoering kan daarvoor niet aansprakelijk worden gehouden.

van weerlegging ertoe dat het vermoeden niet kán worden weerlegd.

Naar mijn idee dient de beschikking en het arrest *Stora* waarnaar de beschikking verwijst niet zo beperkt te worden uitgelegd. De moeder staan namelijk ook andere mogelijkheden ter beschikking om aan te tonen niet bij de inbreuk betrokken te zijn geweest. De Commissie laat die mogelijkheid ook open in de Choline Chloride-beschikking, aangezien geen specifieke weerlegging wordt voorgeschreven, maar deze inhoudelijk wordt vrijgelaten.⁵ De moeder staat voor de lastige bewijsopdracht aan te tonen dat zij iets niet heeft gedaan, terwijl zij het in beginsel wel voor het zeggen lijkt te hebben. Zij kan echter aantonen dat niet zij maar de dochter *in casu* zelf de kwade genius is, e.e.a. aan de hand van notulen, interne rapporten en verslagen.⁶ Er is overigens geen sprake van onmogelijk te leveren bewijs of een onweerlegbaar vermoeden, zoals Kreijger en Leeftang stellen. Het is namelijk volgens mij – gegeven het voorgaande – niet noodzakelijk dat de moeder aantoont dat zij met de dochter geen economische eenheid zou vormen of dat zij aannemelijk maakt geen invloed te hebben op het beleid van haar dochter (als dat lukt, is ze snel klaar, maar als gezegd zal dat doorgaans niet het geval zijn).⁷ De moeder heeft daarentegen wel een niet eenvoudige – en waarschijnlijk bewerkelijke – taak, maar die is niet onmogelijk.

Waarom is dit nou zo belangrijk? Het gaat immers toch om een en dezelfde inbreuk. Ten eerste gaat het om de mogelijkheid van verhaal zoals ook Leeftang signaleerde in haar bijdrage in A.M. Een tweede reden is de hoogte van de boete. In het geval van een boete mag deze nooit meer bedragen dan de maximale wettelijke norm van 10% van de omzet van het voorafgaande jaar (artikel 57, eerste lid Mw en artikel 23, lid 2, onder c, tweede alinea Vo. 1/2003). Bij een boete voor een overtreding van meerdere jaren of een boete die met een factor X is verhoogd kan al snel die wettelijke norm in het vizier komen. Als echter de jaaromzet van de moeder mag worden meegenomen bij de vaststelling van die maximale wettelijke norm kan dat behoorlijk meer pijn doen.

5 Beschikking randnummer 172, laatste zin.

6 Leeftang noemde in haar bijdrage, p. 116, verschillende van deze middelen.

7 Ook de aanvullende overweging betreffende de vertegenwoordiging van de dochter tijdens de juridische procedure voor de Commissie dient in dat licht te worden gezien. Het vormt overigens naar mijn idee een gegeven van beperkt belang.