



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast

Beumer, A.E.

Citation

Beumer, A. E. (2008). De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast. *Actualiteiten Mededingingsrecht*, (8), 185-191. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15220>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15220>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast!

Op 8 juli 2008 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg (het 'Gerecht') arrest gewezen in de zaak AC Treuhand tegen de Europese Commissie.¹ Met deze uitspraak bevestigt het Gerecht de beschikking van de Europese Commissie ('Commissie') en beboet AC Treuhand – een in Zwitserland gevestigd consultancybedrijf – voor diens bijdrage vanaf 1993 aan een kartel op de markt voor organische peroxideproducten. Bijzonder in deze zaak is dat het Gerecht voor het eerst bevestigt dat naast de deelnemers ook zakelijke dienstverleners die kartels ondersteunen, aansprakelijk gesteld kunnen worden. Deze kunnen namelijk eveneens als karteldeelner worden aangemerkt en onder het Europese en nationale mededingingsrecht worden bestraft.

Achtergrond

Deze zaak kent een lange voorgeschiedenis. Het betreft het langst bestaande kartel (29 jaar) dat ooit door de Commissie is ontdekt, waarbij de start van het onderzoek teruggaat tot het jaar 2000. In het begin van dat jaar informeerde AkzoNobel Chemicals de Commissie over mededingingsbeperkende afspraken op de markt voor organische peroxideproducten tussen Atofina, Peroxid Chemie, Laporte (thans bekend als Degussa UK Holdings), Perorsa en AC Treuhand en verkreeg als karteldeelneemster vanwege haar medewerking boete-immuniteit op grond van de toenmalige clementieregeling van de Commissie.²

De Commissie stelde na onderzoek vast dat de belangrijkste producenten van organische peroxiden in Europa tussen 1971 en eind 1999 waren overeengekomen de prijzen te verhogen en markten te verdelen van organische peroxiden en van organische chemische producten met dubbele zuurstofbinding, die worden gebruikt voor de productie van plastic en rubber. De afspraken tussen de producenten werden vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst van 1971 (gewijzigd in 1975). In het kader van het kartel was AC Treuhand – op grond van een met AkzoNobel Chemicals, Atofina en Peroxid Chemie gesloten overeenkomst betreffende de verlening van diensten – onder meer belast met ondersteunende activiteiten die verband hielden met het kartel. Deze dien-

sten bestonden uit de bewaring van bovengenoemde overeenkomst van 1971, de verzameling en bewerking van marktgegevens en de verscheidende logistieke en secretariële taken voor de organisatie van bijeenkomsten tussen genoemde producenten onder meer te Zürich (zoals de reservering van vergaderruimtes en de vergoeding van reiskosten).

Op 10 december 2003 stelde de Commissie vast dat het kartel een zeer ernstige inbreuk vormde op artikel 81 lid 1 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst. Zij legde daarbij geldboetes op voor een totaalbedrag van € 70 miljoen.³ De boetes voor Atofina, Peroxid Chemie en Laporte waren aanzienlijk hoger, omdat de drie ondernemingen reeds eerder adressant inzake kartelzaken zijn geweest⁴ en dus als recidivist werden aangemerkt.⁵ De boete voor AC Treuhand was beperkt tot € 1000,-, omdat nog niet eerder een faciliterende dienstverlener beboet was.

AC Treuhand stelde beroep in tegen de beschikking van de Commissie. Zij betwist in het bijzonder de kwalificatie van haar deelneming aan het kartel en stelt met name de vraag aan de orde of de Commissie haar bevoegdheden op grond van artikel 15 lid 2 van Verordening nr. 17⁶ juncto artikel 81 lid 1 EG-Verdrag heeft overschreden en het beginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege* (geen straf zonder wet) heeft geschonden door AC Treuhand te beboeten voor een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.

Het arrest

Dit commentaar beperkt zich tot het tweede middel.⁷ AC Treuhand voert aan dat zij geen inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag heeft gepleegd nu zij enkel een 'niet-strafbare medeplichtige' is van de karteldeelneemers. Het belang dat de Commissie toekent aan de activiteit in het kartel berust – aldus AC Treuhand – op een onjuiste juridische beoordeling en op onjuiste feitelijke vaststellingen. Volgens AC Treuhand heeft de Commissie daardoor de grenzen van haar bevoegdheid overschreden

¹ GvEA 8 juli 2008, AC Treuhand AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, T-99/04, n.n.g., r.o. 22.

² Europese Commissie, Mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, 18 juli 1996, PB C 251/3. Zie voor de huidige Europese clementieregeling: Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, 14 februari 2002, PB C 45/3.

³ Beschikking van de Commissie van 10 december 2003, zaak COMP/E-2/37.857, Organische peroxides, Pb 2005, L 110, p. 44.

⁴ Beschikkingen van de Commissie van 23 november 1984, zaak IV/30.907, Peroxydeproducten, Pb 1985, L 35, p. 1-19; 23 april 1986, zaak IV/31.149, Polypropyleen, Pb 1986, L 230, p. 1-66; 21 december 1988, zaak IV/31.865, PVC, Pb 1989, L 74, p. 1-20.

⁵ Beschikking van de Commissie van 10 december 2003, zie voetnoot 3, r.o. 20-21.

⁶ Verordening van de Raad, Eerste Verordening (Verordening nr. 17) over de toepassing van artikel 85 en 86 van het Verdrag, Pb 1962, 13, p. 204, vervangen door Verordening van de Raad, Verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb 2003, L 1/1.

⁷ In het eerste, derde, vierde en vijfde middel stelt AC Treuhand dat de Europese Commissie de rechten van de verdediging, het recht op een eerlijk proces, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden. Alle middelen worden door het Gerecht afgewezen.

op grond van artikel 15 lid 2⁸ Verordening nr. 17 juncto artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en het *nullum crimen, nulla poena sine lege* ('*nulla poena*')-beginsel geschonden (r.o. 61). AC Treuhand bevestigt dat zij diensten aan de kartel deelnemende bedrijven heeft geleverd, maar stelt dat deze diensten niet van mededingingsbeperkende, maar van secretariële aard waren (r.o. 62).

Volgens AC Treuhand moet in het communautaire mededingingsrecht een onderscheid worden gemaakt tussen de dader enerzijds en de uitlokkers en medeplichtigen van een inbreuk anderzijds. Alleen een dader kan volgens AC Treuhand krachtens artikel 15 lid 2 Verordening nr. 17 worden bestraft voor een inbreuk ex artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (r.o. 82). AC Treuhand betwist dat zij de dader van een overtreding is geweest, nu zij geen partij was bij de mededingingsbeperkende overeenkomst noch de hoedanigheid van een ondernemersvereniging had (r.o. 87). Tevens is het volgens AC Treuhand van belang dat het niet om een mededingingsbeperkende overeenkomst gaat in haar eigen sector. Nu AC Treuhand nooit partij is geweest bij de bedoelde overeenkomsten van 1971 en 1975 en haar economische activiteiten los staan van de betrokken markt, stelt AC Treuhand dat zij een niet-strafbare medeplichtige is (r.o. 92).

De Commissie verwerpt deze stellingen en voert aan dat bij gebreke van een regel die de dader van de deelnemer onderscheidt, een ieder die aan de voorwaarden voor een inbreuk ex artikel 81 lid 1 EG-Verdrag voldoet, een geldboete krachtens artikel 15 lid 2 Verordening 17 kan worden opgelegd (r.o. 104). AC Treuhand heeft volgens de Commissie actief deelgenomen aan de organisatie en de tenuitvoerlegging van de mededingingsbeperkende gedragingen. Volgens de Commissie zijn deze elementen voldoende om AC Treuhand aansprakelijk te stellen krachtens artikel 81 lid 1 EG (r.o. 109).

Het Gerecht neemt als uitgangspunt dat artikel 81 lid 1 EG letterlijk, contextueel en teleologisch moet worden uitgelegd. Op deze manier bepaalt het Gerecht of er in het licht van het in artikel 81 lid 1 EG vervatte verbod en het *nulla poena* beginsel een onderscheid moet worden gemaakt tussen de onderneming die 'dader' van een overtreding is en de onderneming die een 'niet-strafbare medeplichtige' is (r.o. 115). Het *nulla poena*-beginsel vereist dat iedere communautaire regeling duidelijk en nauwkeurig is, zodat de betrokken personen de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen kunnen kennen en zij voorzieningen kunnen treffen.⁹

Uit vaste jurisprudentie over het begrip 'overeenkomsten tussen ondernemingen' vloeit volgens het Gerecht voort dat de nadruk gelegd moet worden op de gemeenschappelijke wil van ten minste twee partijen. Volgens het Gerecht is niet vereist dat de relevante markt waarop de onderneming 'dader' van de mededingingsbeperking actief is en die waarop deze beperking zich voordoet, volledig moeten samenvallen. Het Gerecht stelt dat het niet uitgesloten is dat een onderneming aan een mededingingsbeperking meewerkt, zelfs als de onderneming daarmee niet haar eigen handelingsvrijheid beperkt op de markt waarop het hoofdzakelijk actief is (r.o. 122).

Vervolgens is het de vraag welke voorwaarden een deelname aan een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG-Verdrag opleveren. Het Gerecht oordeelt dat de Commissie moet bewijzen dat een onderneming door haar eigen gedrag wilde bijdragen tot de gemeenschappelijke doelstellingen die door alle deelnemers werden nagestreefd, waarbij de onderneming kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico van haar deelname te aanvaarden (r.o. 130). In dat verband leidt de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, zonder zich publiekelijk van de inhoud daarvan te distantiëren of het bij de bestuurlijke instanties aan te geven, ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk,¹⁰ waarvoor de onderneming in het kader van één enkele overeenkomst aansprakelijk kan worden gesteld (r.o. 130). De objectieve voorwaarde voor toerekening is dus tevens vervuld wanneer de onderneming op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze aan de tenuitvoerlegging van de inbreukmakende gedraging heeft deelgenomen (r.o. 133). De subjectieve voorwaarde voor toerekening van de gehele inbreuk aan de deelnemende onderneming vereist dat de onderneming gezien haar wilsuiting de doelstellingen van de mededingingsbeperkende afspraken, al is het maar stilzwijgend, onderschrijft (r.o. 134).

Deze beginselen zijn – aldus het Gerecht – *mutatis mutandis* van toepassing op de deelneming van een onderneming die er door haar economische activiteit en haar beroepsbekwaamheid niet onkundig van kan zijn dat de betrokken gedragingen de mededinging beperken. Een consultancybureau kan daarom volgens het Gerecht worden beschouwd als mededader van een overtreding, ook als het geen economische activiteit ontplooit op de relevante markt waarop de mededingingsbeperking betrekking heeft en zij daarnaast enkel op ondergeschikte wijze tot de mededingingsregeling heeft bijgedragen (r.o. 136).

⁸ Krachtens artikel 15 lid 2 sub a Verordening nr. 17 kan de Commissie geldboetes opleggen aan ondernemingen of ondernemingsverenigingen die, opzettelijk of uit onachtzaamheid, een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG hebben gepleegd.

⁹ Artikel 7 lid 1 EVRM. Het *nulla poena*-beginsel wordt als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht ook toegepast in zaken betreffende het mededingingsrecht. Zie bijvoorbeeld de zaken: HvJ 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, Jur. 2005, p. I-5425, r.o. 215 e.v. en GvEA 27 september 2006, zaak T-43/02, Jungbunzlauer/Commissie, Jur. 2006, p. II-3435, r.o. 71 e.v.

¹⁰ Zie in die zin de arresten HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie/Anic Participazioni, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 83-87, HvJ 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Aalborg Portland e.a./Commissie, Jur. 2004, p. I-123, r.o. 81-84 en HvJ 28 juni 2005, zie voetnoot 9, r.o. 142-143.

AC Treuhand betoogt echter dat het in het licht van het *nulla poena* beginsel onvoorzienbaar was dat het kartelverbod op haar van toepassing was. Het Gerecht stelt echter dat het redelijk voorzienbaar is dat de voor persoonlijke aansprakelijkheid bepalende elementen reeds voldoende nauwkeurig voortvloeiden uit de ruime opvatting van 'mededingingsbeperkende gedraging' en 'onderneming' in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (r.o. 146). Tevens heeft de Commissie – zoals AC Treuhand ook zelf erkent – reeds in 1980 een overtreding van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag toegerekend aan een consultancybureau dat op vergelijkbare wijze aan de mededingingsbeperkende gedragingen had deelgenomen. De Commissie beboette in die zaak het consultancybureau echter niet.¹¹ Het gegeven dat de Commissie sinds 1980 deze aanpak niet meer heeft gevolgd, betekent niet dat er geen sprake is van een redelijke voorzienbaarheid (r.o. 147).

Met betrekking tot het onderscheid tussen daders en medeplichtigen van de overtreding stelt het Gerecht dat dit onderscheid enkel onder het nationale strafrecht gemaakt wordt. AC Treuhand heeft echter niet duidelijk gemaakt waarom deze regels toegepast moeten worden bij de bestraffing van mededingingsbeperkende praktijken. Volgens het Gerecht kan elke onderneming die samenspanningsgedrag vertoont, daaronder begrepen consultancybureaus, redelijkerwijze voorzien dat het in artikel 81 lid 1 EG-Verdrag uitgevaardigde verbod in beginsel op haar van toepassing was (r.o. 150).

Als laatste beoordeelt het Gerecht of de objectieve en subjectieve voorwaarden zijn vervuld voor de vaststelling van medeaansprakelijkheid van AC Treuhand door toerekening van de gedragingen van de overige deelnemende ondernemingen aan haar.

Het Gerecht stelt dat – onafhankelijk van de vraag of AC Treuhand 'contractspartij' was bij de overeenkomsten van 1971 en 1975 – AC Treuhand actief tot de tenuitvoerlegging van de mededingingsbeperkende gedragingen heeft bijgedragen (r.o. 152). Het Gerecht toetst de bijdrage aan de hand van de volgende feitelijke omstandigheden: het bewaren van de originelen van de overeenkomst van 1971 en 1975, het berekenen van afwijkingen van de marktaandelen van de kartelleden ten opzichte van de overeengekomen quota en het mededelen van deze marktaandelen, het in dat kader bewaren van geheime documenten, het organiseren en gedeeltelijk bijwonen van bijeenkomsten tussen de kartelleden en het vergoeden van reiskosten met het doel om sporen van de tenuitvoerlegging van de mededingingsbeperkende gedragingen te verdoezelen of te voorkomen (r.o. 153).

Het Gerecht gaat vervolgens in op het bestaan van een causaal verband. Het Gerecht stelt dat er een voldoende concreet en beslissend causaal verband bestond tussen de bovengenoemde actieve bijdrage aan de uitvoering

van de overeenkomst en de beperking van de mededinging op de markt voor organische peroxides (r.o. 154). Volgens het Gerecht is het niet van belang of AC Treuhand formeel en rechtstreeks contractspartij was bij de mededingingsbeperkende overeenkomsten. Voor de toepassing van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag is van belang dat de deelnemende ondernemingen samenspanningsgedrag vertonen (r.o. 155).

Gezien deze objectieve omstandigheden was AC Treuhand volgens het Gerecht bekend met de mededingingsbeperkende elementen waarvan zij – mogelijk indirect – mede heeft geprofiteerd. Volgens het Gerecht kon AC Treuhand niet onkundig zijn of had zij kennis van het onrechtmatige doel van de overeenkomsten.

Het Gerecht concludeert dat de medeaansprakelijkheid van AC Treuhand niet de grenzen van het in artikel 81 lid 1 EG-Verdrag neergelegde verbod overschrijdt, en dat derhalve de Commissie, door verzoekster een geldboete van € 1000,- op te leggen, de grenzen van de haar in artikel 15 lid 2 Verordening nr. 17 verleende bevoegdheden niet heeft overschreden (r.o. 157).

Commentaar

In deze zaak oordeelt het Gerecht voor het eerst over de verantwoordelijkheid van een onderneming die niet rechtstreeks verbonden was met het kartel, voor het in stand houden en het uitvoeren van een inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag. De Commissie heeft weliswaar in 1980 op vergelijkbare wijze besloten om een consultancybureau medeverantwoordelijk te achten voor diens actieve deelname aan de tenuitvoerlegging van de betrokken mededingingsbeperkende overeenkomsten, maar in die zaak besloot de Commissie geen geldboete op te leggen.¹² Dit op de grond dat tot op dat moment geen enkele beschikking van de Commissie werd gericht tot ondernemingen die zich in een dergelijke situatie van 'medeverantwoordelijkheid' bevonden.¹³

Het Gerecht bevestigt in onderhavige zaak de oplegging door de Commissie van een 'symbolische' geldboete en maakt daarmee de weg vrij naar een hardere aanpak van kartels. Deze zaak geeft aanleiding tot enkele opmerkingen over de mogelijke uitbreiding van het begrip mededaderschap, bewijstechnische complicaties en de consequenties voor zakelijke dienstverleners. Deze drie aspecten zullen hierna achtereenvolgens aan bod komen.

Uitbreiding begrip 'mededaderschap'?

Het Gerecht past in deze zaak de leer omtrent passieve deelname toe op een kartelondersteuner. Het Gerecht oordeelt dat ook een kartelondersteuner tot (mede)dader ex artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan worden gerekend. Het begrip 'mededaderschap' ziet in dit geval op het kunnen toerekenen van een gedraging en niet op

¹¹ Beschikking van de Commissie van 17 december 1980, zaak IV/29/869, Gegoten glas in Italië, Pb 1980, L 383, p. 19.

¹² Beschikking van de Commissie van 17 december 1980, zie voetnoot 11.

¹³ Beschikking van de Commissie van 17 december 1980, zie voetnoot 11, r.o. 'Beoordeling'.

het maken van een verschil tussen mededaderschap en medeplichtigheid.

In zijn algemeenheid geldt dat het mededaderschap wordt aangenomen indien de mededingingsbeperkende gedragingen kunnen worden toegerekend aan een niet directe deelnemer van het kartel. Toerekening op grond van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan volgens het Gerecht met verwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie tevens plaatsvinden wanneer de onderneming, zelfs op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze aan de tenuitvoerlegging van de mededingingsbeperkende afspraak heeft deelgenomen (r.o. 133). De ondergeschikte, accessoire of passieve deelname aan de mededingingsbeperkende afspraak had echter tot dusver in de jurisprudentie uitsluitend betrekking op volgende karteldeelnemers. Nieuw is dus dat nu ook actieve zakelijke dienstverleners over deze band als mededader kunnen worden aangemerkt en dus aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Het Gerecht overweegt daartoe dat elke onderneming die 'samenspanningsgedrag' vertoont, daaronder begrepen consultancybureaus, redelijkerwijs kan voorzien dat het in artikel 81 lid 1 EG-Verdrag uitgevaardigde verbod in beginsel op haar van toepassing is. Het Gerecht lijkt met deze bewoordingen en de zinsnede 'deze onderneming kon er immers duidelijk niet onkundig van zijn' een objectieve norm vast te stellen. In zo'n geval kan een onderneming die een kartel faciliteert zich dus niet verschuilen achter het feit dat zijzelf niet op de relevante markt actief is.

Het is de vraag of deze uitleg voor de hand lag en, of het ruimere bereik van de verbodsbepaling van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag niet op gespannen voet staat met het in artikel 7 EVRM vervatte *nulla poena* beginsel. De beschikkingen-praktijk van de Commissie op dit vlak lijkt de visie dat sprake zou zijn van een uitbreiding van het begrip 'mededaderschap' op het eerste gezicht te ondersteunen.

In een eerdere beschikking kwam de Commissie tot de conclusie dat enkel marktdeelnemers die partij waren bij de mededingingsbeperkende overeenkomst aangemerkt konden worden als dader van een overtreding ex artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. Het consultancybureau dat belast was met het beheer van met name het systeem voor gegevensuitwisseling bleef dus buiten schot.¹⁴ Dat thans sprake is van een bredere uitleg lijkt ook te volgen uit een tweede beschikking waarin de Commissie oordeelde dat het consultancybureau, dat ook een systeem van gegevensuitwisseling had opgezet, niet als dader van de overtreding kon worden gekwalificeerd, terwijl het systeem van gegevensuitwisseling dat door deze onderneming was opgezet en werd beheerd, onverenigbaar was met artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.¹⁵

Anderzijds was in de onderhavige zaak het consultancybureau niet enkel verantwoordelijk voor de gegevensuitwisseling tussen de leden van het kartel; AC Treuhand vergoedde ook de reiskosten, nam deel aan vergaderingen en organiseerde bijeenkomsten ten behoeve van het peroxidekartel. Dit feitencomplex verklaart mogelijk dat het Gerecht wel tot medeaansprakelijkheid van het consultancybureau concludeerde en maakt de kwalificatie als mededader minder verrassend. Hetzelfde geldt voor de reeds genoemde beschikking van 1980, waarin het consultancybureau op vergelijkbare wijze verantwoordelijk was voor de gegevensuitwisseling tussen de leden van het kartel, het berekenen van en de controle op de naleving van de kwantitatieve verdeling per onderneming en het consultancybureau aanwezig was bij de vergaderingen waar de resultaten van deze controles werden besproken.¹⁶

Het Gerecht lijkt in deze zaak tot een uitbreiding van het begrip mededaderschap te komen, hetgeen dus, zoals door het Gerecht betoogt, in de lijn van eerdere jurisprudentie als *Consten/Grundig*¹⁷ ligt. Opvallend is echter wel dat de boete beperkt blijft tot een bedrag van € 1000,-. Uit een persbericht van de Commissie volgt dat: 'De sanctie (tegen AC Treuhand) wegens de nieuwe aanpak beperkt is. De boodschap is echter duidelijk: bedrijven die kartels organiseren of de vorming ervan vergemakkelijken, en dus niet alleen de leden van kartels, moeten weten dat zij kunnen worden betrapt en dat hun voortaan zeer hoge boetes zullen worden opgelegd.'¹⁸

De oplegging van een 'symbolische boete' vanwege de 'nieuwe aanpak' van de Commissie gaat echter niet geheel samen met de uitlating dat het *nulla poena*-beginsel niet is geschonden. Indien de Commissie hiermee heeft bedoeld dat zij voor het eerst daadwerkelijk een boete heeft willen opleggen aan een kartelondersteuner, dan lijkt zij hiermee het *nulla poena* beginsel niet te hebben geschonden. Een kartelondersteuner kon namelijk na de beschikking van 1980 verwachten dat de Commissie een volgende keer wel een boete zou opleggen. Mocht de Commissie met de 'nieuwe aanpak' refereren naar een daadwerkelijk nieuwe aanpak in het aansprakelijk stellen van een kartelondersteuner, dan is er mogelijk wel sprake van een schending van het *nulla poena*-beginsel. Wat de intentie van de Commissie is geweest om deze bewoordingen destijds te gebruiken, zal in het midden gelaten moeten worden. In deze zaak lijkt het *nulla poena*-beginsel niet geschonden, omdat reeds eerdere jurisprudentie uitgaat van de gedachte dat het kartelverbod ook op kartelondersteuners van toepassing kan zijn.

Interessant in dit verband is de vraag of in Nederland het (mede)daderschap van een kartelondersteuner

¹⁴ Beschikking van de Commissie van 17 oktober 1983, zaak IV/30/064, Gietijzeren en gietstalen walsen, Pb 1983, L 371, p. 2.

¹⁵ Beschikking van de Commissie van 23 april 1986, zie voetnoot 4. Hoger beroep ingesteld in HvJ 8 juli 1999, zie voetnoot 10.

¹⁶ Beschikking van de Commissie van 17 december 1980, zie voetnoot 11.

¹⁷ HvJ 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig/Commissie, Jur. 1966, p. 429.

¹⁸ Zie het persbericht van de Europese Commissie, De Commissie legt geldboetes op aan de leden van een peroxidekartel, 10 december 2003, IP/03/1700.

erkend zal worden. Op grond van de aanpassingswet vierde tranche Algemene wet bestuursrecht ('Awb') zal het begrip 'overtreder' in de Mededingingswet worden binnengehaald. Artikel 5.0.1 lid 2 Awb verstaat onder overtreder degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Met dit artikel komt het oorspronkelijke onderscheid in de Mededingingswet tussen de onderneming die de overtreding heeft begaan en de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend te vervallen. Beide begrippen worden immers vervangen door het begrip 'de overtreder'.¹⁹ Uit de Memorie van Toelichting ('MvT') volgt dat voor strafbaarheid als medepleger niet is vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, mits sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.²⁰

Het Gerecht spreekt in deze zaak over de 'de gezamenlijke wil' van de peroxideproducenten en AC Treuhand voor het in stand houden van het kartel. Deze zinsnede lijkt aan te sluiten bij de in de MvT van artikel 5.0.1 lid 2 Awb gebruikte bewoordingen 'bewuste samenwerking' en de 'gezamenlijke uitvoering'. Zolang er sprake is van een min of meer gelijkwaardige samenwerking en gezamenlijke wilsuiting van de karteldeelnemers en de kartelondersteuner, biedt artikel 5.0.1 Awb een mogelijkheid voor de Nederlandse toezichthouder om via de band van het medeplegen kartelondersteuners aansprakelijk te stellen.

Bewijstechnische complicaties

Uit onderhavige zaak kan afgeleid worden dat de Commissie een hardere aanpak voorstaat met betrekking tot kartels. Het valt te verwachten dat AC Treuhand niet de enige partij is die diensten verleent aan een kartel. Zo doet de Commissie ook onderzoek in een wereldwijde kartelzaak in de markt voor olieslangen voor schepen (*marine hoses*) waar een zakelijke dienstverlener organisatorische diensten verleende aan het kartel.²¹ De heer Whittle – de kartelondersteuner in die zaak – heeft voor zijn bijdrage aan het kartel onlangs een driejarige gevangenisstraf opgelegd gekregen. Whittle trad in eerste instantie als onafhankelijke consultant op, maar was in de praktijk fulltime werkzaam ten behoeve van het kartel.²²

Of de Commissie er steeds in zal slagen om ook de kartelondersteuners aan te pakken is echter zeer de vraag. De Commissie loopt mogelijk juist in dit soort zaken tegen bewijsproblemen aan. De Commissie zal in kartelzaken moeten bewijzen dat de mededingingsbeperkende gedragingen toegerekend kunnen worden. Het Gerecht heeft in de recente zaak Coats/Commissie vastgesteld dat een overtreding alleen kan worden

vastgesteld met nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen.²³ Schriftelijk bewijs is volgens het Gerecht voldoende om tot een overtuiging te komen dat een overtreding is begaan. Echter, indien een kartelondersteuner zoals AC Treuhand niet deelneemt aan de mededingingsbeperkende overeenkomst, kan een alternatieve verklaring van een kartelondersteuner voldoende zijn om de verdenkingen van de Commissie te weerleggen. Tevens volgt uit het arrest dat de enkele aanwezigheid bij bijeenkomsten met leden van een kartel niet betekent dat er sprake is van deelname aan een kartel. Daarvoor moeten andere factoren, zoals de aard en het doel van de bijeenkomst, de beleving van derden, de rol en intentie van partijen en de specifieke omstandigheden, in acht worden genomen.²⁴

In onderhavige zaak was de Commissie kennelijk in haar bewijsvoering geslaagd ten aanzien van het bestaan van het kartel; er was een clementieverzoek ingediend en bovendien had de Commissie een schriftelijke kartelovereenkomst (en ander schriftelijk bewijs) en bewijs van de feitelijke werkzaamheden die AC Treuhand aan de deelnemers aan het kartel had verricht tot haar beschikking. Het bewijs was kennelijk zodanig gegrond, dat AC Treuhand niet de feiten van het kartel, maar enkel de juridische kwalificatie daarvan, en met name de mate van haar betrokkenheid, betwistte.

Aannemelijk is echter wel dat de bewijsvoering in het algemeen voor de Commissie meer complicaties oplevert indien zij een kartelondersteuner wil beboeten voor een overtreding in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. Voor dergelijke overtredingen kan de Commissie immers niet teruggrijpen op de mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging, maar zal zij met een hele opsomming van andere omstandigheden moeten komen die leiden tot een toerekening ex artikel 81 EG-Verdrag.²⁵ In deze zaak was er schriftelijk bewijs over de betrokkenheid van AC Treuhand. Het Gerecht kwam echter pas door een optelling van een lange lijst van specifieke omstandigheden (zoals het vergoeden van de reiskosten en het organiseren van de bijeenkomsten ten behoeve van het kartel) tot de conclusie dat AC Treuhand het kartelverbod had geschonden. Hieruit blijkt dat een zwaardere bewijslast geldt indien de Commissie een kartelondersteuner aansprakelijk wil stellen; het is onwaarschijnlijk dat een kartelondersteuner partij zal worden van de mededingingsbeperkende overeenkomst, hetgeen bij gebrek hieraan andere bewijsmiddelen vergt.

²³ Zaak T-36/05, Coats Holding Ltd, J&P Coats Ltd v. Commissie, n.n.g.

²⁴ Zie ook: S.J. Beeston en S.J. Sterk, 'Coats/Commissie: wie moet wat bewijzen en hoe?', NTER juni 2008, nr. 6, p. 149 e.v.

²⁵ Zie G. van der Wal en L. Parret, 'Bewijs in het Europees mededingingsregime: een overzicht', in: S. Prechal en L. Hancher, Europees bewijsrecht: een verkenning, Europese Monografieën, Kluwer 2001, p. 65-88. G. van der Wal en L. Parret menen dat de moeilijkheid van de bewijslast het beste wordt geïllustreerd door de situatie waarin de Commissie moet pogen om 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen' aan te tonen. Zij menen dat hoe minder schriftelijk materiaal, hoe groter de bewijsopdracht van de Commissie is.

¹⁹ Kamerstukken II 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 57.

²⁰ Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3.

²¹ Europese Commissie, persbericht 5 mei 2008, MEMO/08/284 en persbericht 3 mei 2007, MEMO/07/163.

²² Zie het persbericht van The Office of Fair Trading, Three imprisoned in first OFT criminal prosecution for bid rigging, 11 juni 2008, www.oft.gov.uk.

Consequenties voor zakelijke dienstverleners

Indien de Commissie slaagt in de bewijsvoering, is de consequentie voor zakelijke dienstverleners zoals AC Treuhand niet alleen dat zij beboet kunnen worden, maar ook dat zij, om boetes te ontlopen, om clementie kunnen vragen.

De clementieregeling is een belangrijk middel om kartels te ontmaskeren. Op grond van deze regeling kan een karteldeelner boetevermindering of boete-immuniteit verkrijgen indien er medewerking wordt verleend aan de desbetreffende mededingingsautoriteit.²⁶ AkzoNobel Chemicals verleende in deze zaak als eerste medewerking en verkreeg hierdoor volledige boete-immuniteit.

In een recent persbericht bevestigt de Nederlandse Mededingingsautoriteit dat ook kartelondersteuners boete-immuniteit kunnen verkrijgen indien zij als eerste een clementieverzoek indienen.²⁷ Een nadelig gevolg van de clementieregeling is echter dat in de maatschappij een soort van 'klikplicht' gecreëerd wordt. Immers, als ondernemingen zoals AC Treuhand geen clementieverzoek indienen, lopen zij in beginsel dezelfde risico's als 'eigenlijke' karteldeelnemers. Hiermee is een mooie truc ontwikkeld om ondersteuning riskant en onaantrekkelijk te maken.²⁸ Klikken wordt verder aangemoedigd nu de Commissie in het 'Witboek betreffende schadevergoedingacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels' heeft voorgesteld om de civiele aansprakelijkheid te beperken voor clementieverzoekers die daadwerkelijk immuniteit tegen geldboetes hebben gekregen.²⁹

Interessant is nog de vraag of deze zaak gevolgen zal hebben voor de advocatuur. De advocatuur is bij uitstek een dienstverlenende beroepsgroep die op de hoogte is van inbreuken op het mededingingsrecht. Impliceert deze zaak nu dat ook advocaten zich kunnen melden bij de NMa onder de clementieregeling, omdat zij door juridisch advies te geven jarenlang op de hoogte waren van de mededingingsbeperkende overeenkomst en daardoor mogelijk hebben bijgedragen tot het in stand houden van het kartel?

Deze vraag kan beantwoord worden aan de hand van de 'geheimhoudingsplicht' die de advocaat heeft en het zogeheten 'legal privilege', de vertrouwelijke correspondentie met een cliënt. Uit de rechtspraak van het Hof en Gerecht blijkt dat legal privilege de vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt beschermt wanneer de correspondentie heeft

plaatsgevonden ten behoeve van een noodzakelijke aanvulling op de volledige uitoefening van de rechten van de verdediging en afkomstig is van een onafhankelijke advocaat (een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt).³⁰

In Nederland is de schending van de geheimhoudingsplicht in artikel 272 Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld.³¹ Ingevolge artikel 5:20 lid 1 Awb juncto artikel 51 Mededingingswet ('Mw') hoeven degenen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding geen medewerking te verlenen aan een toezichthouder. De bescherming van artikel 51 Mw geldt voor alle geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en advocaat die is toegelaten tot de balie.³² Dit betekent dat een advocaat belastende stukken kan bewaren indien dit noodzakelijk is voor het opstellen van het advies.

Artikel 51 Mw bouwt dus voort op de wettelijke en tucht- of strafrechtelijk te handhaven geheimhoudingsplicht van een advocaat.³³ Deze geheimhoudingsplicht brengt met zich mee dat de advocatuur als beroepsgroep niet per se gelijkgesteld kan worden met andere dienstverleners. Het feit dat de wetgever in artikel 51 Mw het legal privilege niet heeft willen toekennen aan bedrijfsjuristen en juridische adviseurs die niet zijn toegelaten tot de balie bevestigt dit standpunt. Het recht op een 'fair trial' zou bovendien geheel ondermijnd worden indien er een mogelijkheid bestaat dat een advocaat als kartelondersteuner gekwalificeerd kan worden wanneer hij van het bestaan van een kartel afweet.

Ik concludeer dat het uitgesloten is dat een advocaat die door juridisch advies te geven op de hoogte was van de mededingingsbeperkende overeenkomst of onderling afgestemde gedraging (en daardoor mogelijk heeft bijgedragen tot het in stand houden van het kartel – zeker wanneer de gedraging door de advocaat was aangemerkt als mededingingsrechtelijk oirbaar), als potentiële karteldeelner kan worden aangemerkt. Gelet op de geheimhoudingsplicht kan 'klikken' door een clementieverzoek in te dienen niet aan de orde zijn. Voor andere adviseurs die geen wettelijk verankerde geheimhoudingsplicht hebben geldt dit niet.³⁴ Voor een advocaat die zijn kantoor beschikbaar stelt voor een overleg tussen zijn cliënt en de concurrenten van die cliënt zou dit evenwel anders kunnen zijn. Ook voor de advocaat die belastende stukken onder zich houdt (zoals

²⁶ Nederlandse Mededingingsautoriteit, Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten, paragraaf 2.

²⁷ Zie het persbericht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Ook kartelondersteuners kunnen om clementie vragen, 29 juli 2008 (www.nmanet.nl).

²⁸ Zie ook de volgende artikelen: E.J.O. Schothorst-Gransier & M. Margadant, 'De nieuwe Mededingingswet en Richtsnoeren Clementie: klikken loont! Of toch niet?', ArbeidsRecht 2008, nr. 1, p. 16 e.v. en B.M.J. van der Meulen & M.T.P.J. van Oers, 'Het NMa-clementiebeleid', Markt & Mededinging 2002, nr. 5/6, p. 159 e.v.

²⁹ Europese Commissie, Witboek betreffende schadevergoedingacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, paragraaf 2.9.

³⁰ HvJ 18 mei 1982, zaak 155/79, AM&S, Jur. 1982, p. 1575, r.o. 18-23 en GuEA 4 april 1990, zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1990, p. II-163.

³¹ Artikel 272 Wetboek van Strafrecht luidt als volgt: Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift, dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of geldboete van de vierde categorie.

³² Zie hierover meer: J. Fanoy & H.M.H. Speyart, 'Akzo: Capita selecta van het legal privilege', Actualiteiten Mededingingsrecht 2007, nr. 10, p. 214-220.

³³ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2004-2005, 30 071, nr. 3, p. 82-83.

³⁴ Wanneer deze andere adviseurs worden ingeschakeld door een advocaat, kunnen zij mogelijk een beroep doen op het zogenoemde afgeleide verschoningsrecht.

ook AC Treuhand dat deed), zonder daar adviezen over te (hebben) geven, zou dit ook anders kunnen zijn. Het *legal privilege* werkt waarschijnlijk niet voor die stukken.

Conclusie

De sanctie tegen AC Treuhand geeft een duidelijke boodschap. Bedrijven die kartels organiseren of de vorming ervan vergemakkelijken, kunnen ook worden aangepakt. Dit geldt ook voor andere professionele adviseurs, zoals bijvoorbeeld economen die niet gehouden zijn aan een geheimhoudingsplicht. De boetes voor deze ondernemingen kunnen – net als voor andere karteldeelne-
mers – in Nederland en Europa oplopen tot maximaal 10% van de totale jaarlijkse concernomzet van de onder-

neming.³⁵ Als kartelondersteuners met een beroep op de clementieregeling zouden klikken, kunnen zij deze sancties ontlopen.

Naar aanleiding van deze uitspraak moeten dus niet alleen kartelondersteuners oppassen, maar ook de daadwerkelijke karteldeelne-
mers. Die lopen nu immers ook het risico dat een kartelondersteuner hun mededingingsbeperkende praktijken bij een mededingingsauto-
riteit aan de kaak stelt.

A.E. Beumer, Greenberg Traurig LLP³⁶

³⁵ Zie artikel 57 lid 1 Mw en artikel 23 lid 2 Verordening 1/2003 van de Raad, zie voetnoot 6. Ingevolge artikel 56 Mededingingswet kan een 'overtreder' een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing tot naleving van de wet opgelegd krijgen.

³⁶ Met dank aan E.F. van Hasselt en H.E. Urlus.

Bestaat er een advocatenstandaard?

Het beroep van advocaat is niet meer zoals het geweest is. De veranderingen in de Nederlandse samenleving en opkomst van allerlei disciplines hebben gezorgd voor een verschuiving van taken en werkzaamheden van de advocaat. Hierdoor worden de kernwaarden van de advocatuur verschillend uitgevoerd en geïnterpreteerd.

Verschillende advocaten uit diverse disciplines, wetenschappers en andere spelers binnen en buiten het juridische veld geven in deze bundel hun visie op 'de advocatenstandaard'.

Met deze bundel beoogt de Orde een aanzet te geven voor nadere discussie over de professionele standaard van de advocaat.



Titel: De Advocatenstandaard

Redactie: Willem Bekkers,
Marieke van Hooijdonk,
Bas Kortmann, Jan Suyver

Omvang: 324 pagina's

ISBN: 978 90 12 12441 6

Prijs: € 47,50

Bestel via www.sdu.nl
of bel (070) 378 9880

Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar
via de boekhandel

de snelste link naar uw vakgebied

Sdu UITGEVERS