

Artikel

Daderschap van kartelovertradingen, de facilitator beboet

Mr. Robbert de Bree*

Inleiding

4 'Tot op zekere hoogte een noviteit', zo noemde de Europese Commissie haar beschikking in de zaak tegen AC Treuhand in 2003.¹ Zij beboette AC Treuhand voor overtrekking van artikel 81 EG-Verdrag, terwijl AC Treuhand niet zelf op de kartelmarkt (die van organische peroxides) actief was, doch in het kartel de rol van facilitator (iemand die voorwaarden schept en onderhoudt voor de instandhouding van het kartel) op zich had genomen. Indachtig het novumgehalte van die beboeting, koos de Europese Commissie (hierna: de Commissie) voor een bescheiden, welhaast symbolische boete van 1000 euro.² Het persbericht dat de Commissie daarop uitbracht zei daarover:

'Maar de boodschap is duidelijk: bedrijven die kartels organiseren of de vorming ervan vergemakkelijken, en dus niet alleen de leden van kartels moeten weten dat zij kunnen worden betrappt en dat hen voortaan zeer hoge boetes zullen worden opgelegd.'³

Tegen die achtergrond was het een wachten op een belangwekkende uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: het Gerecht), teneinde te zien wat het Gerecht met de aanpak van de Commissie *vis-à-vis* AC Treuhand zou doen.

In dit artikel wordt de uitspraak van het Gerecht bekeken. Daartoe zal allereerst de achtergrond van de zaak worden belicht om vervolgens in te zoomen op de uitspraak zelf.

Daarna zal die uitspraak aan een beschouwing worden onderworpen, waarbij onder meer de praktische implicaties van het arrest worden besproken.

Achtergrond en feiten: AC Treuhand als facilitator van het peroxide-kartel

De feiten en omstandigheden die aan het Gerecht werden voorgelegd waren – in kern – de volgende. Ten aanzien van de markt van organische peroxides (een organisch molecuul dat een belangrijke rol speelt in de plastic- en rubberindustrie)⁴ sloten drie van de belangrijkste producenten in 1971 een overeenkomst. Later werd die overeenkomst gewijzigd (in 1975). De overeenkomst was gericht op het behoud van de marktaandeelen van die producenten en de coördinatie van hun prijsverhogingen.⁵ Op gezette tijden kwamen de producenten bij elkaar om de goede werking van de overeenkomst(en) te waarborgen. Die bijeenkomsten werden van 1993 – toen zij Fides Trust AG in die rol opvolgde – een aantal maal 'verzorgd' door AC Treuhand.

AC Treuhand had met de verschillende karteldeelnemers een overeenkomst tot dienstverlening gesloten en was ten behoeve van het kartel

'onder meer belast met de bewaring van sommige geheime documenten betreffende de mededingingsregeling in haar kantoren, zoals de overeenkomst van 1971, de verzameling en de bewerking van sommige gegevens betreffende de commerciële activiteit van de

* Robbert de Bree is werkzaam als advocaat bij Wladimoroff & Waling te 's-Gravenhage

1. Beschikking 2005/349/EG van de Commissie van 10 december 2003, zaak COMP/E-2/37.857- organische peroxides), punt 15.

2. In totaal werd aan het kartel 70 miljoen euro aan boetes opgelegd (aan vier andere karteldeelnemers).

3. Persbericht Europese Commissie (IP/03/1700) 10 december 2003, p. 2.

4. Beschikking 2005/349/EG, punten 4 en 5.

5. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 2.

drie producenten van organische peroxides en de mededeling van de aldus bewerkte cijfers aan hen, als ook met verscheidene logistieke en secretariële taken verwant aan de organisatie van bijeenkomsten tussen genoemde producenten onder meer te Zürich (Zwitserland), zoals de reservering van vergaderruimtes en de vergoeding van reiskosten van hun vertegenwoordigers'.⁶

Het kartel liep van 1971 tot en 1999 en omvatte de producenten Akzo, Atofina, Peroxid Chemie en – voor een onderdeel in Spanje – Peróxidos Orgánicos. Het was al beëindigd toen de Commissie met een onderzoek naar de producenten van organische peroxides en AC Treuhand aanving. Zij kwam het kartel op het spoor doordat een van de betrokken producenten, Akzo, gebruik maakte van de toenmalige clementieregeling (en daardoor derhalve zelf geen boete kreeg opgelegd).⁷

Akzo had uiteraard geen behoefte om in beroep te komen tegen de beschikking van de Commissie. Anderen deden dat wel.⁸ Van de beroepen lijkt die van AC Treuhand het meest interessant, nu zij in beroep kwam tegen de aansprakelijkheid die de Commissie haar als facilitator toedichtte.

AC Treuhand voerde in hoofdzaak de volgende argumenten aan tegen die aansprakelijkheid.⁹ Zij stelde allereerst een aantal van de door de Commissie vastgestelde feiten

ter discussie. Daarbij ging het er om dat in de optiek van AC Treuhand zij een kleinere, bescheidener rol had gehad dan de Commissie stelde en dat een groot deel van haar werkzaamheden voor de betrokken producenten niets met een ongeoorloofde mededingingsregeling van doen hadden.¹⁰ Zo stelde AC Treuhand bijvoorbeeld slechts consultant te zijn geweest en werkzaamheden die 'zuiver logistiek of secretarieel' van aard waren voor de producenten te hebben verricht.¹¹

Zij koppelde aan die (feitelijke) stellingen haar juridische verweren. AC Treuhand bracht in – samengevat en voor zover relevant weergegeven – dat in het communautaire mededingingsrecht een onderscheid te maken is tussen enerzijds daders en anderzijds uitlokkers en medeplichtigen;¹² dat haar rol te kenmerken is als medeplichtige (zij spreekt van 'daden van medeplichtigheid');¹³ dat de oprekking van de aansprakelijkheid door de Commissie die erin bestaat dat ook de facilitator (mijn term, RdB) zou kunnen worden beboet een te extensieve uitleg is van artikel 81 EG-Verdrag (en de toen geldende Verordening 17); dat daardoor het zogenaamde nulla poena beginsel is geschonden alsook artikel 7 EVRM is geschonden (alsook artikel 49 van het Handvest van de grondrecht van de Europese Unie);¹⁴ dat artikel 81 EG-Verdrag een kwaliteitsdelict (mijn term, RdB) is waarvan slechts concurrenten addressaat zijn (daderschap is volgens AC Treuhand dan ook gekoppeld aan 'het in haar eigen sector van activiteiten' deelnemen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst),¹⁵ welke uitleg volgens AC Treuhand in lijn is met de 'zelfstandigheidseis' (op grond waarvan elke marktdeelnemer zelfstandig het beleid moet bepalen dat hij op de gemeenschappelijke markt wil volgen); dat zij mocht vertrouwen op de beschikkingspraktijk van de Commissie (die sinds 1983 maakte dat consultancybureaus behulpzaam bij een kartel niet beboet werden. Op dit aspect formuleerde AC Treuhand ook nog een apart middel),¹⁶ en dat zij geen controle over het kartel had en er geen causaal verband tussen haar gedrag en de mededingingsbeperking bestond.¹⁷

Een veelheid aan argumenten die toch vrij eenvoudig kan worden samengevat. AC Treuhand meende dat een facilitator van een kartel niet beboet kon worden, omdat slechts deelnemers in de kartelmarkt normaddressaat zijn

6. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 2. Zie ook punt 153: 'In de eerste plaats staat vast dat verzoekster de originelen van de overeenkomst van 1971 en van de overeenkomst van 1975 van Atochem/Atofina en van PC/Degussa in haar kantoren heeft bewaard en verborgen, wat deze laatste betreft zelfs tot in 2001 of in 2002 (punten 63 en 83 van de bestreden beschikking). In de tweede plaats heeft verzoekster toegegeven dat zij op zijn minst tot in 1995 of in 1996 de afwijkingen van de respectievelijke marktaandeelen van de kartelleden ten opzichte van de overeengekomen quota heeft berekend en aan hen heeft meegedeeld, in welke activiteit uitdrukkelijk was voorzien in de overeenkomst van 1971 en in de overeenkomst van 1975, en zij in dat kader geheime documenten in haar kantoren heeft bewaard. In de derde plaats heeft verzoekster aangaande het houden van bijeenkomsten tussen de producenten van organische peroxides met een mededingingsbeperkend aspect, erkend dat zij vijf van deze bijeenkomsten heeft georganiseerd en gedeeltelijk heeft bijgewoond, en dat zij ook aanwezig was op die te Amersfoort van 19 oktober 1998, die diende om een voorstel voor de verdeling van de quota tussen de producenten voor te bereiden. In de vierde plaats staat vast dat verzoekster geregeld is overgegaan tot vergoeding van de reiskosten van de vertegenwoordigers van de producenten van organische peroxides die werden veroorzaakt door hun deelname aan de vergaderingen met mededingingsbeperkend doel, zulks klaarblijkelijk met het doel om sporen van de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling in de boekhouding van die producenten te verdoezelen of te voorkomen.' En 155: 'Daarnaast erkent verzoekster zelf dat zij op grond van een stilzwijgende overeenkomst met de producenten van organische peroxides, in eigen naam en voor eigen rekening enkele van de activiteiten van Fides [het consultancybureau van wie AC Treuhand de gewraakte werkzaamheden in 1993 overnam, RdB] die specifiek in die overeenkomsten waren voorzien, zoals de berekening en de mededeling van de afwijkingen van de overeengekomen quota, heeft overgenomen.'
7. Clementieregeling van destijds: mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, PB EG 1996, C 207, p. 4.
8. T-104/04, *Peroxid Chemie t. Europese Commissie*, nog niet beslist. Aardig is dat een van de argumenten van Peroxid Chemie is dat Akzo alsnog een boete (van ong. 120 miljoen euro) behoort te krijgen; T-120/04, *Peróxidos Orgánicos t. Europese Commissie*, GvEA 16 november 2006. In die zaak werd – in hoofdzaak – een verjaringsargument gevoerd, hetwelk het Gerecht niet accepteerde.

9. Ook voerde AC Treuhand nog aan dat haar verdedigingsrechten geschonden waren door onder meer een te late informering omtrent het voorwerp en doel van het onderzoek. Op zichzelf kreeg AC Treuhand daarin van het Gerecht gelijk (*AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 56-57), doch het baatte haar niet, nu zij ter zitting bij het Gerecht op een daartoe gestelde vraag antwoordde dat een tijdige informering 'geen enkele invloed zou hebben gehad op de conclusies die de Commissie te harer aanzien in de bestreden beschikking heeft getrokken' (*AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 34 en 59).
10. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 61-79.
11. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 62 en 64.
12. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 80 e.v. Volgens haar is dat het geval in navolging van de rechtsstelsels van de lidstaten; *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 81.
13. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 87.
14. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 80, 85.
15. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 88 en 89.
16. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 93-94 en 160-161.
17. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 95-97.

van artikel 81 EG-Verdrag.¹⁸ De Commissie voerde gemotiveerd verweer tegen het beroep van AC Treuhand en bleef bij haar oordeel dat de beschikking tegen AC Treuhand in stand moest blijven.

Uitspraak

Het Gerecht begint de inhoudelijke beoordeling van het standpunt van AC Treuhand (schending nulla poena beginsel) door op te merken dat het zal bezien of het voorgestelde onderscheid tussen daders en medeplichtigen te maken is en daartoe ‘acht het Gerecht een letterlijke, contextuele en teleologische uitlegging van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag noodzakelijk’.¹⁹

In het kader van de letterlijke uitleg bespreekt het Gerecht de strekking van het begrip ‘overeenkomsten tussen onderneming’.²⁰ Het overweegt daaromtrent:

‘Het Gerecht stelt in dat verband allereerst vast dat de gemeenschapsrechter zich tot op heden nog niet expliciet heeft uitgesproken over de vraag of de begrippen overeenkomst en onderneming in artikel 81, lid 1, EG gebaseerd zijn op een “unitaire” opvatting die alle ondernemingen die tot het plegen van de inbreuk hebben bijgedragen omvat, ongeacht de economische sector waarin zij normaliter werkzaam zijn, of, zoals verzoekster betoogt, op een “bipolaire” opvatting waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de “daders” en de “medeplichtigen” van de inbreuk’.²¹

6

Het Gerecht herinnert aan de (vaste) jurisprudentie omtrent het begrip ‘overeenkomst’ (het gaat om samenspanningsgedrag inhoudend beperking van de mededinging, waarbij twee of meer partijen hun overeenstemmende wil tot uitdrukking brengen).²² Ook wijst het Gerecht erop dat artikel 81, lid 1 EG-Verdrag zich tevens richt tegen verticale (en niet alleen horizontale situaties), alsook dat het verbod van dat artikel tevens betrekking kan hebben op een naburige en/of opkomende markt.²³ Dit leidt het Gerecht tot de volgende vaststelling:

‘De in dit verband in de rechtspraak gebruikte bewoordingen “hun gezamenlijke wil [...] om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen” (arrest Bayer/Commissie [...]), of “weergave [...] van de gezamenlijke wil der leden van het kartel ten aanzien van hun gedrag op de gemeenschappelijke markt” (arrest ACF Chemiefarma/Commissie [...]), neigen ertoe de nadruk te leggen op het bestanddeel “gemeenschappe-

lijke wil” en vereisen niet dat de relevante markt waarop de onderneming/”dader” van de mededingingsbeperking actief is en die waarop deze beperking zich moet voordoen, volledig samenvallen. Hieruit volgt dat elke beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt deel kan uitmaken van een “overeenkomst tussen ondernemingen” in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Deze conclusie wordt bevestigd door het criterium van het bestaan van een overeenkomst die tot doel heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te beperken. Dit criterium impliceert dat een onderneming het verbod van artikel 81, lid 1, EG kan schenden wanneer haar gedraging, zoals zij die heeft afgestemd met andere ondernemingen, tot doel heeft de mededinging op een bepaalde relevante markt binnen de gemeenschappelijke markt te beperken, zonder dat dit noodzakelijkerwijze veronderstelt dat zij zelf op die relevante markt actief is.’²⁴

In de letterlijke uitleg vond het Gerecht derhalve geen grond voor de argumenten van AC Treuhand (eerder het tegendeel).

De contextuele en teleologische uitleg valt uiteen in drie onderdelen: het vereiste van de beperking van de commerciële autonomie, voorwaarden waaronder deelneming een inbreuk ex artikel 81, lid 1 EG-Verdrag oplevert, en de verhouding tot het nulla poena beginsel.

Met het eerste aspect (de beperking van de commerciële autonomie) doelt het Gerecht op het argument van AC Treuhand dat de ‘zelfstandigheidseis’ zich niet zou verhouden met een beboeting ex artikel 81 EG-Verdrag van een facilitator. Het Gerecht overweegt daaromtrent dat dat vraagstuk in feite in een andere context speelt (de vraag of er een ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging is’ of een ‘overeenkomst’) dan die waarin AC Treuhand het plaatste (men zou enkel op de eigen markt beboet kunnen worden als dader) en dat overigens niet elke overeenkomst (of besluit van een ondernemersvereniging) valt onder het verbod van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag, doch dat voor de beoordeling of zulks het geval is de context alsook de doelstellingen van het besluit van belang zijn.²⁵

Het komt tot de conclusie:

‘Wat dit contextuele aspect van het begrip beperking van de mededinging betreft, is het derhalve niet uitgesloten dat een onderneming aan het in de praktijk brengen van een dergelijke beperking kan meewerken, zelfs als zij niet haar eigen handelingsvrijheid op de markt

18. Ongeveer dezelfde argumenten als in de vorige alinea beschreven keerden nog een keer terug in een tweetal andere klachten, te weten een klacht inhoudend dat er een schending van het rechtszekerheidsbeginsel had plaatsgevonden (AC-Treuhand AG/Commissie, punten 166-169 en 173-175).

19. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 114.

20. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 116.

21. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 117.

22. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 118, met verwijzing naar onder meer Anic.

23. AC-Treuhand AG/Commissie, punten 120-121.

24. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 122.

25. AC-Treuhand AG/Commissie, punten 125 en 126. Over dit laatste aspect zegt het Gerecht: ‘Het Gerecht heeft in dat kader aangegeven dat niet geheel in abstracto en zonder onderscheid elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van partijen of van een van hen beperkt, noodzakelijkerwijs moet worden geacht onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG te vallen. Bij het onderzoek naar de toepasselijkheid van deze bepaling op een overeenkomst moet immers rekening worden gehouden met het concrete kader waarbinnen zij effect sorteert, in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de goederen en/of diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft alsmede de daadwerkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert en de structuur van de relevante markt (zie arrest M6 e.a./Commissie [...] punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’

waarop zij hoofdzakelijk actief is, beperkt. Elke andere uitlegging zou immers de reikwijdte van het in artikel 81, lid 1, EG uitgevaardigde verbod kunnen beperken in een mate die strijdig zou zijn met het nuttig effect ervan en met het uit artikel 3, lid 1, sub g, EG af te leiden voornaamste doel, instandhouding van onvervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt, aangezien tegen een actieve bijdrage van een onderneming tot een beperking van de mededinging niet zou kunnen worden opgetreden enkel omdat die bijdrage niet voortspuit uit een economische activiteit op de relevante markt waarop die beperking zich voordoet of is bedoeld zich voor te doen. Zoals de Commissie betoogt, kan enkel de aansprakelijkheid van elke “onderneming” in de zin van artikel 81, lid 1, EG dit nuttig effect ten volle waarborgen, aangezien daardoor de oprichting van nieuwe kartelvormen met behulp van ondernemingen die niet op de door de mededingingsbeperking geveerde markt actief zijn, met als doel het in artikel 81, lid 1, EG voorziene verbod te omzeilen, kan worden bestraft en voorkomen.²⁶

Het door AC Treuhand bepleitte criterium om aan de hand van de sector of markt waarop de betrokken partijen actief zijn te bepalen of er sprake kan zijn van daderschap, volgt het Gerecht dus niet.

De (minimum)voorwaarden, vervolgens, voor een inbreuk van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag (het tweede aspect) zijn de (uit de jurisprudentie bekende) voorwaarden voor passieve deelname (i.e. kennis van de ongeoorloofde mededingingshandelingen, bijvoorbeeld door aanwezigheid bij bijeenkomsten waarop die voorwerp van gesprek zijn en het zich niet daarvan distantieëren).²⁷ Dit geldt ook *mutatis mutandis*, zo stelt het Gerecht, indien bij bijeenkomsten concurrenten en hun klanten aanwezig zijn. Het Gerecht herinnert bovendien aan de (vaste) jurisprudentie waaruit volgt dat een verschil in rol en omvang binnen het kartel niet in de weg hoeft te staan aan aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk, doch dat die elementen bij de bepaling van de omvang van de boete wel – uiteraard – een rol kunnen spelen.²⁸

Het Gerecht oordeelt dat de rechtspraak de medeaansprakelijkheid van de ondernemingen/mededaders en/of medeplichtigen voor een inbreuk in de zin van artikel 81, lid 1, EG-Verdrag erkent,

waarbij ‘de objectieve voorwaarde voor toerekening aan de betrokken onderneming van de verschillende inbreukmakende gedragingen die tezamen de mededingingsregeling vormen, is vervuld wanneer de onderneming, zelfs op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze, aan de tenuitvoerlegging ervan heeft deelgenomen, bijvoorbeeld door stilzwijgende instemming of door van het kartel geen aangifte te doen bij de autoriteiten, waarbij met de eventuele beperkte bete-

kenis van die bijdrage rekening kan worden gehouden in het kader van de bepaling van het niveau van de sanctie. [...] Voor de toerekening van de gehele inbreuk aan de deelnemende onderneming is bovendien vereist dat deze blijkens haar wilsuiting de doelstellingen van de mededingingsregeling, al is het maar stilzwijgend, onderschrijft. Deze subjectieve voorwaarde is in de eerste plaats inherent aan het criterium van de stilzwijgende goedkeuring van de mededingingsregeling en dat van het niet publiekelijk afstand nemen van de inhoud ervan [...], daar deze criteria uitgaan van het vermoeden dat de betrokken onderneming die doelstellingen en de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling blijft onderschrijven. In de tweede plaats vormt zij de rechtvaardiging voor medeaansprakelijkheid van de betrokken onderneming, aangezien deze met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen tot het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden [...].²⁹

Daaraan koppelt het Gerecht de conclusie dat:

‘gelet op de [genoemde] overwegingen [...] deze beginselen *mutatis mutandis* van toepassing zijn 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 en die aldus een niet te verwaarlozen ondersteuning kan verlenen bij het begaan van de inbreuk’.³⁰

Tot slot bespreekt het Gerecht de verhouding tot het nulla poena beginsel (het derde aspect). De quintessens van die bespreking en de toets die het Gerecht uitvoert komt erop neer dat het Gerecht vaststelt dat het nulla poena beginsel (ook vastgelegd in artikel 7 EVRM en het Handvest) in het bijzonder vergt dat een uitbreiding van een strafrechtelijke bepaling ten nadele van een verdachte niet plaatsheeft, inzonderheid niet door analoge toepassing, doch dat het beginsel ‘een geleidelijke verduidelijking van de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid door uitlegging door de rechter [niet] verbiedt’.³¹ De rechtspraak is niet voor niets een rechtsbron, zo valt uit het oordeel van het Gerecht af te leiden.

De grens wordt evenwel bereikt indien er sprake zou zijn van een toepassing met terugwerkende kracht die niet voorzienbaar was op het moment van overtreding, aldus het Gerecht. De inkleuring van die voorzienbaarheid heeft plaats door vast te stellen welke voorzichtigheid aan de dag moet worden gelegd (bijvoorbeeld onder omstandigheden een zorgplicht om deskundig advies in te winnen).³² Het Gerecht oordeelt dat zijn uitleg van de

26. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 127.

27. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 130, met verwijzing naar onder meer het arrest *Anic* en zie ook de punten 133-135 van het AC-Treuhand AG/Commissie.

28. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 131-132.

29. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 133 en 134.

30. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 136.

31. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 141.

32. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 142.

begrippen ‘overeenkomst’ en ‘onderneming’, in die zin dat ‘iedere onderneming die tot de tenuitvoerlegging van een mededingingsregeling heeft bijgedragen binnen de werkingssfeer ervan valt, zelfs indien die onderneming niet actief is op de relevante markt die door de mededingingsbeperking wordt getroffen’ voldoende voorzienbaar was.³³ Zeker indachtig het feit dat de elementen van artikel 81 EG-Verdrag uiteindelijk door de gemeenschapsrechter worden uitgelegd en gepreciseerd. Om dat oordeel te onderbouwen, herhaalt het Gerecht in feite alle ervoor benoemde elementen.³⁴ Het Gerecht wijst in dat verband ook expliciet op een eerdere beschikking uit 1980, waarin de Commissie ook een consultancybureau schuldig achtte ten aanzien van faciliterende activiteiten.³⁵ Die verwijzing keert even later terug, bij bespreking van het middel omtrent het vertrouwensbeginsel, waar het Gerecht zegt dat de ‘heroriëntatie van de beschikkingspraktijk’ van de Commissie in deze zaak niet strijdig is met dat vertrouwensbeginsel mede gelet op de beschikking uit 1980.³⁶ De verwijzing, die AC Treuhand, nog had gemaakt naar de rechtsstelsels van de lidstaten wijst het Gerecht van de hand door te overwegen dat niet is aangeduid in welke mate die regels communautair van toepassing zouden zijn.³⁷

Het Gerecht oordeelt dat AC Treuhand:

‘actief heeft bijgedragen tot de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling en dat er, anders dan zij beweert, een voldoende concreet en beslissend causaal verband bestond tussen die activiteit en de beperking van de mededinging op de markt van de organische peroxides’,³⁸ en dat zij ‘met volledige kennis van zaken en doelbewust haar beroepservaring en haar kantoorvoorzieningen aan het kartel ter beschikking heeft gesteld en daaruit, op zijn minst indirect, profijt heeft gehad in het kader van de uitvoering van individuele dienstenovereenkomsten die haar aan de drie producenten van organische peroxides bonden. [waarbij zij] duidelijk niet onkundig [kon] zijn of kennis [had] van het mededingingsbeperkende en onrechtmatige doel van het kartel waaraan zij bijdroeg, welk doel met name tot uiting kwam in het kader van de overeenkomst van 1971 en de overeenkomst van 1975 die zij in haar kantoren bewaarde, in het houden van bijeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel en in de uitwisseling van gevoelige informatie waaraan zij actief heeft deelgenomen tot op zijn minst in 1995 of in 1996’.³⁹

33. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 143. Zie ook arrest, punt 150.

34. AC-Treuhand AG/Commissie, punten 145-147.

35. Beschikking van de Commissie van 17 december 1980 (*Gegoten glas*). Om verscheidene redenen werden in die zaak aan de ondernemingen (waaronder de consultant) geen boetes opgelegd.

36. AC-Treuhand AG/Commissie, punten 163-164.

37. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 148. Dat was ook wat lastig geweest. De meeste stelsel die AC Treuhand aanhaalde, kennen wel een verschil tussen bijvoorbeeld daders en medeplichtigen, maar straffeloosheid van medeplichtigen is niet een dikgezaaid fenomeen.

38. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 154.

39. AC-Treuhand AG/Commissie, punt 156.

De feitenbetwisting van AC Treuhand speelt verder geen rol, omdat de onbetwiste feiten voldoende grond opleveren voor de conclusie van de ‘actieve deelname’ die het Gerecht trekt. Aangezien de Commissie voorts slechts een ‘minimale’ geldboete (van 1000 euro) heeft opgelegd, acht het Gerecht een verdere toets van de omvang van de rol en de bijdrage van AC Treuhand aan het kartel niet noodzakelijk.

Beschouwing

Wie argeloos de uitspraak van het Gerecht leest, kan denken dat het oordeel van het Gerecht zich welhaast laat opdringen uit de context van de zaak en de logische uitleg van het mededingingsrecht, artikel 81 EG-Verdrag in het bijzonder. De principieel aangezette bezwaren tegen de door de Commissie gekozen insteek, worden sierlijk en met een vlotte doch gefundeerde pen terzijde geschoven. De lezer zou zelfs kunnen denken: ‘is toch logisch die uitkomst’. Die lof moet het Gerecht voor zijn uitspraak worden gegeven, want *au fond* beschouwd is de uitkomst heel wat minder logisch en concludent dan op eerste blik gedacht kan worden.

Het Gerecht neemt een principiële beslissing, waarmee de reikwijdte van het verbod van artikel 81 EG-Verdrag wel degelijk verruimd is, welke beslissing uiteraard mede door die verruiming de nodige praktische impact zal (kunnen) hebben. Het zekere ‘noviteitskarakter’ waarvan de Commissie sprak, lijkt mij een eufemisme. Weinigen, zo waag ik te denken, hielden er tot de beschikking van de Commissie in deze zaak rekening mee dat hij die behulpzaam is aan kartelisten (in de oude zin van het woord: de producenten op een markt/concurrenten) zelf tot het kartel behoren en daarvoor beboet kunnen worden. De handboeken maken er in elk geval niet apart melding van.⁴⁰ Maar wat daarvan ook zij, met deze stand van zaken is het verstandig te bezien wat de mogelijke impact van de beslissing zal (kunnen) zijn.

Voordat daaraan wordt toegekomen is het dienstig eerst nog een aantal facetten uit de redenering van het Gerecht nader te bezien. Het gaat om de rechtsvinding door het Gerecht; enige uitleg over het nulla poena beginsel; de noviteit van de beslissing, en de reikwijdte van het normaddressaat van artikel 81 EG-Verdrag.

Over rechtsvinding

De cruciale overwegingen van het Gerecht zijn die waarin het tot het oordeel komt dat ook het gedrag van een onderneming die heeft bijgedragen aan een ‘mededingingsregeling’ addressaat van artikel 81 EG-Verdrag kan zijn, zelfs indien die onderneming niet actief is op de relevante markt die door de mededingingsbeperking wordt getroffen. Daartoe komt het Gerecht door een letterlijke, con-

40. Vgl. W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau, J. Stuyck, *Kartelrecht II*, Deventer: Tjeenk Willink 1997 of L. Ritter & W.D. Braun, *European competition law: a practitioner's guide*, Den Haag: Kluwer Law International 2005 om er twee te noemen.

textuele en teleologische uitleg van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag.

Die methode is in het gemeenschaprecht beproefd (waarop het Gerecht met verwijzing naar onder andere Lagardère en Canal/Commissie alsook Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemical/Commissie ook wijst).⁴¹

Goed beschouwd is het, in mijn opvatting, uiteindelijk de teleologie die in casu de doorslag geeft. De letterlijke uitlegging (wij zouden zeggen: tekstuele interpretatie) en de contextuele leveren daarbij belangrijke steunargumenten. Het Gerecht wil er uiteindelijk evenwel niet aan de facilitator vrijuit te laten gaan, omdat het voorziet dat het nuttig effect van de borging van een vrije mededinging daarmee onder druk zou kunnen komen te staan. Bijvoorbeeld, zo zegt het Gerecht, doordat de figuur van facilitator in dat scenario zou kunnen worden ingezet om het in artikel 81 EG-Verdrag voorziene verbod te omzeilen.⁴² Die overweging is in zoverre opmerkelijk dat in casu daarvan geen sprake was, althans zulks in de procedure bij het Gerecht geen rol speelde. Toch lijkt het een belangrijk element te zijn: ter waarborging van het doel (kortweg de vrije mededinging) is de 'uitbreiding' (of zoals het Gerecht het naar mijn smaak eufemistisch noemt: de heroriëntatie) van de aansprakelijkheid gewenst.

Nu is het de overhand hebben van de teleologie in de rechtsvinding op Europees vlak geen onbekend verschijnsel. Sterker: de bewerker van Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* (Koopmans) wees erop dat de invloed van het Europees recht op de rechtsvinding van bijzonder belang is.⁴³ Hij schreef in dat verband onder meer over 'een groeiend vertrouwen in de eigen creativiteit van de rechter'.⁴⁴ In het onderhavige geval gaat het, zo komt het mij voor, uiteindelijk om het vanuit de norm toe redeneren naar de omvang van bescherming (van de vrije mededinging) die gewenst wordt geacht en het daaraan verbinden van consequenties (alhier: ook de facilitator kan worden beboet). Daar is op zichzelf overigens niets mis mee.⁴⁵ Maar het is wel een belangrijk aspect om te onderkennen. Immers, met dat onderkennen wordt tevens vastgesteld dat de uitkomst ook anders had kunnen uitvallen. Daarbij speelt een rol dat over de waardering van de benodigde reikwijdte van de bescherming van de vrije mededinging anders gedacht kan worden.⁴⁶ Het Gerecht kiest duidelijk – en niet verbazingwekkend – voor een grote mate van bescherming van de vrije mededinging en rekt de reikwijdte van artikel 81 EG-Verdrag te dien behoeve op.

Nulla poena beginsel

Maar wat dan van de serieuze en fundamentele bezwaren van AC Treuhand? Zij wees toch onder meer op het nulla poena beginsel en de daaraan gekoppelde rechtszekerheidswaarborg? Ja, maar de absoluutheid die AC Treuhand daaraan toedichtte is er in de juridische werkelijkheid niet.

Laat ik dat toelichten. Het nulla poena beginsel kent meerdere verschijningsvormen. In de kern gaat het evenwel daarbij steeds om een vorm van het legaliteitsbeginsel: straffen kunnen slechts ingevolge de wet worden opgelegd en slechts strafbaar is een gedraging die ten tijde van het plegen door de wet werd verboden. Het beginsel dient de rechtszekerheid.

Zo weergegeven zou men er wellicht de absoluutheid in kunnen zien die AC Treuhand erin zag. Uit een van de meest gezaghebbende contexten waarbinnen het nulla poena beginsel een rol speelt, het EVRM (artikel 7), en de rechtspraak op dat vlak blijkt evenwel dat het genuanceerder ligt.⁴⁷

Een vrij harde eis die uit het nulla poena beginsel voortvloeit, is het verbod van terugwerkende kracht. Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie op dit gebied daarnaast vooral kenbaar gemaakt dat aan de kwaliteit van strafbepalingen in de lidstaten eisen van deugdelijkheid gesteld worden. Het gaat daarbij in hoofdzaak om de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van strafbepalingen.⁴⁸ De voorzienbaarheid wordt daarbij ingekleurd door de situatie (bijvoorbeeld tot wie richt de norm zich?) Soms, zo zegt het EHRM in *Cantoni* is aan het voorzienbaarheidsvereiste voldaan 'even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail'.⁴⁹

Ook volgt uiteraard het bepaaldheidsgebod (de strafbaarstelling moet uit de wet blijken) uit het nulla poena beginsel. Hierbij speelt de voorzienbaarheid, als net genoemd, een grote rol, maar ook het aspect van de interpretatie. Het EHRM is terughoudend ten opzichte van extensieve interpretatie ten nadele van de verdachte.⁵⁰ Uit zijn jurisprudentie blijkt dat slechts zwaarwegende argumenten (zoals bijvoorbeeld de waarborging van essentiële doeleinden van de Conventie, als het recht op leven, op persoonlijke levenssfeer enzovoort) een dergelijke interpretatie kunnen rechtvaardigen, mits aan de voorzienbaarheid

41. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 114. GvEG 20 november 2002, *Lagardère en Canal+/Commissie*, T-251/00, *Jur.* II-4825, punten 72 e.v. en GvEG 6 oktober 2005, *Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie*, T-22/02 en T-23/02, *Jur.* II-4065, punten 41 e.v.

42. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 127.

43. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt door T. Koopmans), Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 50-61.

44. *Ibidem*, p. 53.

45. Vgl. Asser-Vranken, *Algemeen deel 2*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

46. Voor het eerst in decennia merken we zelfs, in de huidige cascadeachtige bewegingen op de financiële en economische markten, dat de vrije mededinging *an sich* moet wijken voor momentaan hogere gestelde doelen. Zie bijvoorbeeld de Communication from the Commission: 'Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis' (17 december 2008).

47. Uiteraard is het GvEG noch het HvJ EG bevoegd te toetsen aan het EVRM, doch het is een belangrijke inspiratiebron bij de toepassing en eerbiediging van fundamentele rechten behorend tot de algemene beginselen. Zie GvEG, *Mannesmannröhren-Werke/Commissie*, T-112/98, *Jur.* II-729, punt 60 met verwijzing naar de arresten *Johnston* en *Kremzow* en. Zie tevens alinea 5 preambule, artikel 52, lid 3, en artikel 53 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

48. EHRM 27 september 1995, *G./France*, NJ 1996, 49. EHRM 22 november 1995, *S.W./ United Kingdom*, NJ 1997, 1.

49. EHRM 15 november 1996, *Cantoni/ France*, Reports of Judgments and Decisions No 20, 1996-V, p. 1614 e.v. par. 35.

50. Analogische interpretatie is in dat verband door het EHRM benoemd als niet toegelaten: EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis/Greece*, Reports of Judgments and Decisions No 260, p. 17, par. 52.

voldaan is.⁵¹ De achtergrond van die terughoudendheid is een logische. Zou teveel interpretatieruimte worden gelaten, dan is het risico aanwezig dat een beslissing *de facto* terugwerkende kracht zou hebben.

Waar ligt dan de grens? Dat is moeilijk te zeggen. Het EHRM zei het in *S.W./United Kingdom* als volgt:

‘However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. [...] Article 7 [...] cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.’⁵²

Ook ten onzent is het niet anders. Wie had rond 1920 gedacht dat elektriciteit een goed was dat gestolen kon worden?⁵³ Of wie midden jaren negentig vorige eeuw dat het geven van een tongzoen ‘seksueel binnendringen’ (in de zin van artikel 242 Sr) is?⁵⁴

Als met deze achtergrond gekeken wordt naar het oordeel van het Gerecht ziet men dat het Gerecht keurig de criteria van het EHRM toepast, teneinde te komen tot het oordeel dat de boog van het nulla poena beginsel in casu niet overspannen is. Alhoewel er verschillend over gedacht kan worden, lijkt me dat het oordeel in lijn kan zijn met de rechtspraak van het EHRM. Daarbij is van belang te onderkennen dat het Gerecht wel degelijk een uitbreiding van artikel 81 EG-Verdrag teweegbrengt, maar dat tot die uitbreiding wordt gekomen in het belang van de instandhouding van onvervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt en het waarborgen van het nuttig effect van artikel 81 EG-Verdrag.⁵⁵ Zeker ben ik er echter niet over. Opmerkelijk is in ieder geval dat de Commissie vanaf begin jaren tachtig een andere lijn hanteerde (zie ook hierna). Ook moet erop worden gewezen dat het Gerecht minst genomen nogal kwistig moet interpreteren om tot de uitkomst te komen.

Een werkelijke noviteit?

Er zit overigens, in het verlengde van het nulla poena argument, iets dubbels in de benadering van zowel de Commissie alsook van het Gerecht van het noviteitsgehalte van de beslissing. Aan de ene kant wordt de nieuwe benadering toegegeven. De Commissie deed dit met zoveel woorden, maar vooral ook in de boete-omvang. De

Commissie legt in een normaal geval niet een boete van slechts 1000 euro op als het om een langdurige en actieve bijdrage aan een kartel gaat, waarbij de deelname mede heeft gezien op het actief verborgen houden van het kartel. Het ging nota bene om het langslappende kartel ooit door de Commissie ontdekt.⁵⁶ De Commissie zei dat ook met zoveel woorden in haar persbericht bij de beschikking; toekomstige facilitators kunnen ‘zeer hoge’ boetes tegemoet zien. Het Gerecht in diezelfde lijn moet aan de slag met de gereedschapskist van de rechtsvinding om te komen tot een oplossing en geeft aan dat het vraagstuk in zoverre nieuw is.⁵⁷ Ook spreekt het Gerecht van ‘een heroriëntatie van de beschikkingspraktijk van de Commissie’.⁵⁸ En zelfs belicht het daarbij dat AC Treuhand om die reden ‘niet noodzakelijkerwijs kon verwachten dat de mededeling van punten van bezwaar rechtstreeks op haar betrekking zou hebben’.⁵⁹

Maar een nadere consequentie daaraan verbinden is niet het geval. Integendeel: uiteindelijk oordeelt het Gerecht zowel bij de vraag of het voor AC Treuhand voorzienbaar was dat haar handelen binnen het verbod van artikel 81 EG-Verdrag zou vallen (in het kader van het nulla poena verweer) en bij de vraag of AC Treuhand op de beschikkingspraktijk van de Commissie mocht vertrouwen dat zij geen risico van beboeting liep, dat gelet op de ontwikkeling van de jurisprudentie van de gemeenschapsrechter alsook indachtig het precedent uit de beschikkingspraktijk van de Commissie (uit 1980) AC Treuhand kon voorzien dat haar handelen onder artikel 81 EG-Verdrag zou tussorteren.

Vooral de verwijzing naar de beschikking uit 1980 (Gegoten glas) verdient enige aandacht. Immers, AC Treuhand had er zelf op gewezen dat die beschikking bestond, maar had tevens aangedragen dat uit de beschikkingspraktijk van na 1983 kon worden afgeleid dat consultancybureaus in een situatie als waarin AC Treuhand verkeerde, niet beboet waren (en noemde enkele zaken ter adstructie).⁶⁰ Ik had mij kunnen voorstellen dat gelet op die constellatie dit beroep op het vertrouwenbeginsel – juist omdat zowel Commissie als Gerecht vaststellen dat met de beboeting van AC Treuhand een, in mijn woorden, tournure in de rechtspraak wordt gemaakt – wel gehonoreerd zou zijn. Dit had ook slechts een beperkte uitwerking gehad, omdat zulk een honoreren uiteraard onverlet had gelaten dat *an sich* AC Treuhand wel een overtreding van artikel 81 EG-Verdrag had begaan. Ik denk dat daarmee het nuttig effect van de vrije mededinging voldoende gewaarborgd ware (toekomstige zaken kunnen immers beboet worden). Al met al lijkt mij bovendien de stelling gerechtvaardigd dat de uitspraak het grensgebied van de voorzienbaarheid opzoekt. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede.

51. EHRM 22 november 1995, *S.W./United Kingdom*, NJ 1997, 1, par. 36 en 44. EHRM 22 maart 2001, *Streletz, Kresslet & Krenz/ Germany Reports of Judgments and Decisions 2001-II*, en EHRM 22 maart 2001, *K-H W./Germany*.

52. EHRM 22 november 1995, *S.W./United Kingdom*, NJ 1997, 1, par. 36.

53. HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564.

54. HR 21 april 1998, NJ 1998, 781, nt. JdH. Zie voor een scherpe analyse van de strafvorderlijke rechtsvinding: K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU), Deventer: Gouda Quint 1998, i.h.b. hoofdstukken III en IV.

55. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 127. Toegegeven dat betrokkenheid van AC Treuhand besloeg niet die gehele periode doch 1993-1999 (toch een substantieel aantal jaren).

56. Persbericht 8 juli 2008, EC, Memo/08/490.

57. Vgl. Asser-Vranken, *Algemeen deel 2*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 75 e.v.

58. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 163.

59. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 57. Het Gerecht geeft die overweging in het kader van het eerste middel (schending van de rechten van de mededeling; de Commissie had in een – te – laat stadium AC Treuhand ervan verwittigd dat zij ook voorwerp van de procedure zou zijn).

60. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 93 en 94.

Reikwijdte van het normaddressaat/daderschap van artikel 81 EG-Verdrag

De vraag die vervolgens natuurlijk opkomt is: hoe ver reikt artikel 81 EG-Verdrag dan? Wie is de normaddressaat/dader? AC Treuhand had in dat verband bepleit dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen daders en niet-strafbare medeplichtigen. Het Gerecht verwerpt dat onderscheid. Zijn oordeel impliceert dat ook de medeplichtige dader is, zolang zijn gedrag maar onder artikel 81 EG-Verdrag valt.⁶¹ Nu heeft die redenering iets van een cirkel in zich, maar hij komt er in feite op neer dat het Gerecht de discussie over het daderschap min of meer passeert en het vraagstuk plaats in het kader van de (normale) regels voor kartelaansprakelijkheid.

Het Gerecht neemt daarbij als ondergrens de criteria voor passieve deelneming en constateert dat

‘iedere onderneming die tot de tenuitvoerlegging van een mededingingsregeling heeft bijgedragen binnen de werkingssfeer ervan valt, zelfs indien die onderneming niet actief is op de relevante markt die door de mededingingsbeperking wordt getroffen.’

Het bijdragen aan de tenuitvoerlegging kan (ook) bestaan uit het stilzwijgend instemmen met de kartelactiviteiten door er geen aangifte van te doen bij de autoriteiten, zo zegt het Gerecht.⁶²

Dit zijn weliswaar de bekende regels voor passieve deelneming (het zich niet distantiëren enzovoort), maar nu we weten dat die ook zien op anderen dan kartelisten komen die toch in een ietwat ander daglicht te staan.⁶³ De beboetbare facilitator kan dus ook een onderneming zijn die tijdens een kartelbijeenkomst aanwezig is, daar op de hoogte raakt van kartelafspraken en geen aangifte doet bij de autoriteiten, ook al had hij weinig directe bemoeienis met het kartel. Ik kom daarop zo dadelijk bij de praktische implicaties terug.

Toch staat buiten kijf dat er in casu wel wat meer aan de hand was. Het gedrag van AC Treuhand valt eerder te kenschetsen als actief bijdragen dan als passief helpen. Ik ben er zelfs niet zo zeker van of het Gerecht wel in alle situaties de criteria als hiervoor geciteerd zal willen toepassen. Het benadrukt in elk geval stevig dat AC Treuhand actief bijdroeg aan het kartel en zij wist of moet hebben geweten van het mededingingsbeperkend karakter van de gedragingen.⁶⁴ Ik zou menen dat daarin enige ruimte schuilt voor moeilijke gevallen, in het bijzonder daar waar geen sprake is van een concurrent en de bijdrage aan het kartel verwaarloosbaar is en ook niet berust op (zeer) actief bijdragen aan het kartel. Kartelaansprakelijkheid is immers geen risico-aansprakelijkheid.

61. Vgl. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punt 149.

62. *AC-Treuhand AG/Commissie*, punten 130-135.

63. Die algemene stelregel volgt evenwel niet uit dat arrest. Ware dat zo, dan was de onderhavige zaak niet zo'n ontwikkeling geweest. In *Tate & Lyle* werd een klacht van Napier Brown dat zij ook als afnemer bij bijeenkomsten was geweest en daarom niet het doel had de mededinging te verstoren door het Gerecht terzijde geschoven. De crux zit 'm daarbij evenwel in de dubbelrol die *Tate & Lyle* had (concurrent en afnemer).

64. Arrest, punt 136. In punt 150 spreekt het Gerecht ook weer van het 'actief en bewust bijdragen tot een mededingingsregeling'. Zo ook in punt 155.

De moeilijke(re) gevallen terzijde latend moet worden geconstateerd dat artikel 81 EG-Verdrag in de huidige uitleg een tamelijke *catch-all*-bepaling is, die grofweg allen betrokken bij het kartel, in het bijzonder ook de facilitators, beboetbaar maakt.⁶⁵ Nou ja, 'allen', niet de natuurlijke personen. Zij zijn op dat Europese vlak veilig. Al is het met de oprukkende beboeting van de natuurlijke personen in de lidstaten een relatieve veiligheid die hen ten deel valt.⁶⁶

Praktische implicaties en complicaties

De *clearcut rule* uit het arrest (onder omstandigheden kunnen ook facilitators van een kartel beboet worden) is makkelijker weer te geven dan precies te duiden wat de gevolgen zullen (kunnen) zijn en hoe om te gaan met de complicaties die daarbij komen kijken.

Allereerst is dienaangaande belangwekkend vast te stellen dat de leer uit het arrest in beginsel zal kunnen doorwerken in ons nationale mededingingsrecht, gelet op de richtinggevende rol van de EG jurisprudentie voor de invulling van ons nationale mededingingsrecht.⁶⁷ Dit zou uitzondering leiden, indien de mededingingswet (of anderszins ons recht) zich daartegen zou verzetten. Daarvan is niet snel sprake. Al kan ik me wel voorstellen dat een facilitator die hier te lande berecht zou worden voor overtreding van artikel 6 Mw, die aansprakelijkheid/vervolging goed tegen het licht van de eisen van artikel 6 EVRM zal willen houden (inzonderheid de vraag of er voldoende mogelijkheid wordt geboden zijn gedragingen anders te duiden dan als bewijs opleverend van een overtreding). Net zo goed als ik denk dat in een Nederlandse zaak het artikel 7 EVRM-verweer (*nulla poena*) de moeite van het voeren waard kan zijn. Al is het maar om uiteindelijk in Straatsburg een antwoord te krijgen op de vraag of de grens met deze interpretatie is overschreden. Artikel 6 Mw zelf verzet zich in beginsel niet tegen de uitleg als door het Gerecht gegeven; die norm uit de mededingingswet wijkt niet af van artikel 81 EG-Verdrag. Ook de vierde tranche Awb (met het overtredersbegrip) poogt hierin geen verandering teweeg te brengen.⁶⁸ Interessante bijkomstigheid in ons recht is overigens dat ook de natuurlijke persoon (feitelijk leidinggevende of opdrachtgever) binnen de facilitator beboet kan worden.⁶⁹ Ons mededingingsrecht heeft in zoverre jegens de facilitator nog meer tanden dan het Europese.

De NMa heeft aan de beboetbaarheid van de facilitator reeds de logische consequenties verbonden dat een facilitator

65. Ten overvloede: natuurlijk enkel voor zover de (normale) aansprakelijkheidscriteria vervuld zijn.

66. Zie bijv. K.J. Cseres, M.P. Schinkel, F.O.W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of competition law*, Cornwall: MPG Books 2006, of P. Whelan, 'A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law', *The Competition Law Review*, 2007/4, p. 7-40.

67. Zie M.B.W. Biesheuvel, E.J. Daalder, J.M.E. van Bruegel, *Mededingingsrecht, de parlementaire geschiedenis van de mededingingswet*, Den Haag: SDU uitgevers 1998, p. 89 e.v., alsook M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-72.

68. *Kamerstukken II* 31 124, 2006-2007, nr. 3, hfd. 5, artikel 6 sub E.

69. Art. 56, lid 4 Mw (inwerkingtreding 1 oktober 2007).

tator dus ook om clementie kan verzoeken en heeft inmiddels die beleidslijn wereldkundig gemaakt.⁷⁰

Minder duidelijk is hoe de facilitator te definiëren valt. Aan het begin gaf ik aan dat het gaat om iemand die voorwaarden schept en onderhoudt voor de instandhouding van het kartel. Het gaat derhalve – grofweg – om helpers bij een kartel niet zijnde een concurrent. Die groep kan breed zijn, maar daarbij springen vooral de dienstverleners in het oog. Ook dat assortiment is wijdlopij, van consultant tot advocaat. Lopen zij dan allemaal een risico? Enkele nuances daargelaten: ja.

Behoudens bijzondere situaties/posities, riskeren alle dienstverleners die voldoen aan de rol van kartelfacilitator (en de door het Gerecht benoemde criteria voor aansprakelijkheid) beboeting.

Zij die menen dat de advocatuur door inroeping van het *legal privilege* (de bescherming van de bijzondere verhouding tussen advocaat en cliënt, het vertrouwelijke verkeer tussen hen dat zijn uiting vindt in de geheimhoudingsplicht, het verschoningsrecht en de bescherming van de tussen hen gewisselde correspondentie) zich kan vrijwaren van aansprakelijkheid, hebben het mis.⁷¹ Weliswaar zal de geheimhoudingsplicht van de advocaat er veelal aan in de weg staan dat hij melding doet van het kartel (door bijvoorbeeld een clementiemelding).⁷² Niettemin loopt de advocaat die ervoor kiest een kartel te helpen door zijn cliënt te adviseren over bijvoorbeeld de tenuitvoerlegging van het kartel een reëel risico, bij ontdekking, als facilitator te worden aangemerkt. Natuurlijk zal dit niet altijd het geval zijn. Zo zal het enkele in kaart brengen van de positie en het (juist) wijzen op risico's van kartelgedrag, niet snel leiden tot facilitatorsaansprakelijkheid. Maar de advocaat moet net als elke dienstverlener voorzichtig zijn. Of zelfs: voorzichtiger, nu hij in beginsel niet zichzelf *ex post* kan disculperen door een clementiemelding te doen.

Hoe voorzichtig men exact moet zijn is lastig te bepalen. Vooral omdat niet goed inzichtelijk is welk gedrag van dienstverleners, dat minder actief is dan hetgeen AC Treuhand aan de dag legde, onder het verbod van artikel 81 EG-Verdrag valt. Zo kan worden aangenomen dat een accountant niet als facilitator beboet kan worden, enkel omdat hij de jaarrekening van een kartelist controleert. Maar wat als hij het vermoeden heeft – ingevolge die controle – van kartelgedrag en zijn dienstverlening continueert? Of sterker: wat als hij weet – het is hem door de onderneming wiens jaarrekening hij controleert verteld – dat er kartelgedrag is? Of als hij eenmaal een bijeenkomst met zijn cliënt bijwoont waar kartelafspraken worden gemaakt (waar hij in feite niets mee van doen heeft)? Ik zou menen, mede ter voorkoming van een al te breed uitdijen van de kartelaansprakelijkheid, dat deze situaties niet zomaar tot aansprakelijkheid hebben te leiden. Maar gelet op de brede reikwijdte van artikel 81 EG-Verdrag

(inzonderheid de minimale vereisten voor passieve deelname) durf ik niet te beweren dat al deze situaties zonder risico zijn.⁷³ Ik denk dat het druk kan worden bij het clementiebureau van de NMa.

De nuancerende kanttekening die ik daarbij wel moet maken, is dat zij niet allemaal de stevige boetes tegemoet zullen kunnen zien die we van de Commissie en de NMa gewend zijn. Weliswaar stelt de Commissie dergelijke boetes in het verschieft bij de AC Truehands onder de dienstverleners, maar niet al het beboetbaar gedrag van facilitators zal zo zwaar geduid moeten worden. Het Gerecht kwam, gelet op de slechts 1000 euro boete, er niet aan toe iets te zeggen over hoe, boetematig, facilitators gewaardeerd moeten worden. Ik zou evenwel menen dat de Commissie, of in elk geval in Nederland, de NMa hier nuttig werk te verrichten heeft door – in geval van die laatste – de boetecode nog eens goed te doorlopen om te bezien of op dit vlak aanvullende regels benodigd zijn. Bovendien zou het goed zijn als de NMa helderheid geeft omtrent haar interpretatie van AC Treuhand en vooral of zij van plan is alle facilitators (hoe beperkt hun rol ook was) die in haar blikveld komen te beboeten.

Uitleiding

Of men het met de uitkomst van het arrest AC Truehand nu eens is of niet, zeker is dat het handhavingsarsenaal van het mededingingsrecht een vorm van munitie rijker is. En naar aangenomen mag worden, gaat het niet om losse flodders.

Des te minder zal daarvan sprake zijn, nu het zich bij de handhaving mede richten op de facilitator voorshands een effectieve wijze van handhaving lijkt. Ook in andere rechtsgebieden, zoals in het strafrecht, is die handhavingsvariant in zwang aan het raken. Als de facilitators worden ontmoedigd, wordt het ongewenste gedrag vertonen toch een stuk(je) lastiger, zo is daarbij de gedachte. De effectiviteit laat zich in het mededingingsrecht bovendien extra voelen, vanwege de clementieregeling, die dus ook door de facilitator kan worden benut.

De facilitator in spe doet dan ook met dit arrest zijn voordeel. Hij doet er goed aan zijn 'kosten-batenanalyse' te herzien. Maar ook de dienstverlener die geen ambities als facilitator heeft, zal bij zichzelf te rade moeten gaan om te bezien hoe hij zich kan wapenen tegen ongewenste beboetbare betrokkenheid. Mede gelet op de onduidelijkheden die het arrest laat bestaan over betrokkenheid die minder ver gaat dan die welke AC Treuhand had, is het goed prudent te zijn en het voorzichtigheidsbeginsel te hantieren. De dienstverlener moet daarbij alert zijn niet door zijn dienstbaarheid aan de klant (wat in wezen wel de kern van zijn bestaan is) zichzelf bloot te stellen aan beboeting wegens karteldeelname.

70. Persbericht NMa, 29 juli 2008 (08-23), 'Ook kartelondersteuners kunnen om clementie vragen'.

71. A.E. Beumer, 'De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast!', *AM* 2008, p. 190.

72. Voor de goede orde zij erop gewezen dat de geheimhoudingsplicht niet absoluut is. Zo kent de Wwft een uitzondering indien – ingevolge die wet – een ongebruikelijke transactie zich voordoet.

73. Overigens moet kan er natuurlijk wel verweer worden gevoerd op bijvoorbeeld het causale verband tussen de 'bijdrage' en de mededingingsbeperkende gedraging. Alleen is daarbij een complicerende factor dat dat vereiste kan worden ingekleurd door het gegeven dat de betrokken onderneming niet de autoriteiten verwittigd heeft.

Tot slot zou het, naar mijn smaak, goed zijn als ook de NMa – in de Nederlandse context – zich eens nader over het arrest zal buigen, om het ‘speelveld’ beter in kaart te brengen, bij voorkeur door het ontwikkelen van beleid. Dat komt de rechtszekerheid ten goede en is een goede vingeroefening voor haar, mocht zij een facilitator in het vizier krijgen. ■