

ARTIKELN – ARTICLES

“PARENTAL LIABILITY” IN HET BELGISCH MEDEDINGINGSRECHT

Frank Wijckmans* & Emmelie Wijckmans**

InLeIdIng

De theorie van “parental liability”¹ maakt reeds geruime tijd deel uit van het Europees mededingingsrecht². Er is daarentegen niet echt een duidelijk beeld over hoe de Belgische mededingingsautoriteit met deze theorie wil omspringen. Er zijn zaken waarin ze wordt toegepast³, doch dit gebeurt zeker niet systematisch⁴.

* Advocaat bij Contrast.

** Advocaat bij Crowell & Moring.

¹ Er is niet meteen een vlot hanteerbare vertaling van dit begrip. Daarom wordt zelfs in een puur Nederlandstalige omgeving in de praktijk de Engelse terminologie vaak gehanteerd. Doorheen dit artikel houden we het onder andere om die reden bij de Engelse term.

² A. Bouquet, Legal Service van de Europese Commissie, beschrijft het als “*nothing shocking*” dat een moederonderneming die alle of bijna alle aandelen in een dochteronderneming bezit, wordt vermoed een beslissende invloed te hebben uitgeoefend op haar inbreukmakende dochteronderneming (A. Bouquet, “Attribution of Cartel Liability. Public Enforcer’s Perspective”, in F. Wijckmans en F. Tuytschaer (eds.), *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 261).

³ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 20 mei 2010, zaak MEDE-I/O-04/0063 en MEDE-I/O-06/0032, *Staalplaatradiatoren*; Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 28 februari 2013, zaak MEDE-I/O-08/9, *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*; Beslissing van het Auditoraat van 23 februari 2016, zaak MEDE-I/O-14/3, *Prijsafspraken in de sector van industriële batterijen*.

⁴ Beslissing van het Auditoraat van 22 juni 2015, zaak CONC-I/O-06/38, *Hausses coordonnées des prix de vente de produits de parfumerie, d’hygiène et de droguerie*.

In België wordt op materieelrechtelijk vlak duidelijk het Europese voorbeeld gevolgd. Om deze reden, wordt de situatie op Europees vlak hierna eerst kort weergegeven. Het “Belgische” debat situeert zich echter niet op dit punt. De meer interessante vraag is de beleidsmatige benadering van “parental liability” op Belgisch niveau, met name in welke gevallen het gepast is om “parental liability” in een concrete zaak al dan niet toe te passen. Dat is de vraag waarop dit artikel een begin van antwoord wil bieden of waarover het minstens het debat wil aanzwengelen. “Parental liability” is immers een delicate kwestie.

We kijken dus eerst naar de ontwikkeling van de theorie van “parental liability” op Europees niveau. Hierbij komt de historiek van de theorie aan bod, wordt een samenvatting gegeven van haar juridische uitwerking en gaan we na welke beleidsmatige overwegingen klassiek worden ingeroepen om de theorie te schragen. Daarna wordt de overstap gemaakt naar het nationale niveau. Vooreerst kijken we kort hoe met “parental liability” wordt omgesprongen in de ons omliggende landen om dan de stand van zaken op Belgisch vlak te inventariseren. Tot slot wordt een poging ondernomen om de relevantie en het nut van de theorie voor Belgisch gebruik te duiden.

Het europees kader

1. Historiek

De Europese opstart van “parental liability” kan niet meteen worden gekoppeld aan een uitgesproken beleidsmatige keuze van de Europese instanties (zij het Commissie of Hof). Met

een lichte overdrijving kan gesteld worden dat de theorie er is gekomen om een “accident de parcours” te vermijden.

De opstart wordt zeer vaak gekoppeld aan het arrest van het Hof in *ICI/Commissie*.⁵ Dit is echter niet geheel terecht. In *ICI* kwam de vraag aan bod of de Commissie bevoegd was om geldboeten op te leggen voor handelingen gesteld buiten de (toenmalige) Gemeenschap die gevolgen hadden binnen de Gemeenschap.

ICI was gevestigd in Manchester en Groot-Brittannië was op het tijdstip van de zaak nog geen Lid-Staat. In dat kader stelde de Commissie vast dat ICI weliswaar de prijsbeslissingen nam, ze deze evenwel niet zelf uitvoerde binnen de Gemeenschap, maar hiertoe de opdracht gaf aan haar dochtervennootschappen. Het is tegen die achtergrond dat volgende vaak geciteerde overwegingen uit het arrest moeten worden gesitueerd: ⁶

“Overwegende dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend;

Dat zulks met name het geval kan zijn wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.”

Stellen dat deze overwegingen het fundament vormen voor de theorie van “parental liability” is dan ook de werkelijkheid geweld aan doen. Zoals de Commissie uitdrukkelijk aanstipt in haar verweer voor het Hof, waren de dochtervennootschappen van ICI “loutere executanten”.⁷ ICI is dan ook geen zaak van “parental liability”, maar van directe betrokkenheid (en dus rechtstreekse aansprakelijkheid) van ICI voor eigen gedrag, dat weliswaar deels werd geïmplementeerd via haar dochtervennootschappen.

Van ICI en de hoger aangehaalde overwegingen werd dankbaar gebruik gemaakt door het Hof in *AEG/Commissie*.⁸ In die zaak moest het Hof een reddingsoperatie verrichten. De Commissiebeschikking⁹ (met de erin opgelegde boetes) was immers uitsluitend gericht tot AEG, de moedermaatschappij.

⁵ Arrest van 14 juli 1972, Zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, 619. Dit arrest is het beroep tegen de beschikking van de Commissie van 24 juli 1969, *Kleurstoffen*, Pub. L. 1969, al. 195, 11.

⁶ Arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, para. 132-133.

⁷ Arrest van het Hof van 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, p. 628.

⁸ Arrest van het Hof van 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG Telefunken t. Commissie*, Jur. 1983, 3151, para. 49.

⁹ Beschikking van de Commissie van 6 januari 1982, IV/28.748, *AEG Telefunken*, Pb. L. 1982, al. 117, 15.

en niet tot de dochtervennootschappen die het gelaakte marktgedrag aan de dag hadden gelegd. Voor het Hof betoogde AEG dat de Commissie haar zaak had opgebouwd aan de hand van documenten “die haar dochtermaatschappijen alleen en zonder haar medewerking hebben opgesteld”.¹⁰ Ze stelde dat het onterecht zou zijn hieruit een aan AEG toerekenbare distributiebeleid af te leiden. Zij besloot dat ze niet verantwoordelijk kon worden gesteld voor individuele inbreuken die, zelfs volgens de Commissie, waren gepleegd door de dochtermaatschappijen.¹¹

Wie de Commissiebeschikking leest, stelt vast dat de feitelijke argumentatie van AEG lang niet gek is en, als het Hof ze zou hebben aanvaard, de integrale beschikking onderuit kon halen. Het Hof komt de Commissie echter ter hulp en biljart de argumentatie in vier paragrafen van tafel.

Algemeen stelt het Hof dat AEG niet betwist dat zij in staat was om de afzet- en prijsbeleid van haar dochtermaatschappijen op beslissende wijze te beïnvloeden. Om AEG aansprakelijk te kunnen stellen voor het gedrag van de dochtermaatschappijen, overweegt het Hof dat daarnaast moest worden onderzocht of AEG van deze mogelijkheid ook daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt.

Dit laatste onderzoek is erg kort. Voor de eerste vennootschap (TFR) stelt het Hof dat zulk onderzoek overbodig is omdat zij een 100% dochtermaatschappij van AEG is. Voor de tweede vennootschap (ATF) wordt gesteld dat de invloed “indirect” blijkt uit een interne ATF nota. Het loont de moeite om de beschrijving van die nota in het arrest¹² even te bekijken. Hieruit blijkt dat het woord “indirect” een eufemisme is in een context waar het Hof daadwerkelijk gebruik van beslissende invloed wilde bewijzen. Voor de derde vennootschap (ATGB) stelt het arrest enkel vast dat er communicaties zijn geweest tussen haar en TFR. Van enig direct contact met AEG of enig bewijsmateriaal waaruit beslissende invloed van AEG ten opzichte van ATGB blijkt, is er geen sprake. Met deze vederlichte bewijsvoering wordt het gedrag van

¹⁰ Arrest van het Hof van 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG Telefunken t. Commissie*, Jur. 1983, 3151, para. 47.

¹¹ Ibid.

¹² “De invloed van AEG op ATF blijkt indirect uit een interne ATF-nota van 30 juni 1978, waarin van een handelaar met wie ATF over toelating onderhandelde werd gezegd, dat hij op de hoogte was van de handelsbeleid van Telefunken, dankzij welke de detailhandelsprijzen stabiel bleven en de wederverkopers van een redelijke winstmarge verzekerd waren. Het woord “Telefunken” wijst erop, dat ATF verwees naar een handelsbeleid die volgens haar het resultaat was van een initiatief van AEG, die als enige bevoegd was om een uniform, door haar verschillende met de distributie van Telefunken-producten belaste dochtermaatschappijen te volgen beleid te bepalen. (Arrest van het Hof van 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG Telefunken t. Commissie*, Jur. 1983, 3151, randnummer 51).

de dochters toegerekend aan AEG. De missie is geslaagd en de Commissiebeschikking blijft overeind.

Van de AEG-rechtspraak zal naderhand dankbaar gebruik worden gemaakt om de “parental liability” theorie te verankeren.¹³ Dat een en ander zich situeerde in het kader van een heuse reddingsoperatie wordt hierbij al snel vergeten.

De specifieke omstandigheden waarin de theorie tot stand is gekomen, maken echter dat niet meteen kan worden gewezen naar duidelijke beleidskeuzes die de introductie van de theorie op dat moment schraagden. Naderhand wordt van de theorie als juridisch-technisch gegeven gebruik gemaakt door de Commissie, maar ook dan is het niet meteen helder welke beleidsoverwegingen dit gebruik sturen. Het gevolg van de eerder accidentele opstart van de theorie is dan ook dat er geen duidelijke beleidsmatige verankering is waarnaar kan worden teruggerepen om te oordelen hoe er best wordt omgesprongen met “parental liability” op Belgisch niveau.

2. Juridische uitwerking van de theorie

Sedert *ICI* en *AEG* is de theorie van “parental liability” inhoudelijk verder uitgewerkt in tal van Commissiebeschikkingen en arresten van het Hof. Hierna volgt een korte weergave van de huidige stand van zaken.

“Parental liability” biedt aan de Commissie de mogelijkheid om een moederonderneming aansprakelijk te stellen voor inbreuken op het mededingingsrecht die begaan zijn door haar dochteronderneming. In de huidige stand van de rechtspraak volstaat het dat de moederonderneming beslissende invloed uitoefent op haar dochter, zonder dat de moederonderneming zelf een inbreuk kan worden verweten. Anders dan het geval was in *ICI*, is het dus niet vereist dat de moedervennootschap zelf een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd. Haar aansprakelijkheid is weliswaar persoonlijk, maar stoelt op het gedrag van de dochtervennootschap en haar band met die dochter.

a. Basisprincipes

De Commissie dient bij de vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels de specifieke rechtspersoon (of natuurlijke persoon) te identificeren die de inbreuk heeft begaan.¹⁴

¹³ Zie in het bijzonder: arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17; arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80; arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9; arrest van het Hof van 26 september 2013, zaak C-172/12 P, *EI du Pont de Nemours t. Commissie*, Pb. C. 2013, al. 344, 27.

¹⁴ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 57.

De inbreuk moet op ondubbelzinnige wijze worden toegerekend aan deze persoon, waaraan dan eventueel een geldboete zal worden opgelegd. Daar eindigt het evenwel niet.

Artikelen 101 en 102 VwEU zijn gericht tot ‘ondernemingen’ en niet uitsluitend tot individuele rechts- of natuurlijke personen. Het begrip onderneming wordt ruim ingevuld en omvat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁵ Bovendien dient onder het begrip onderneming een ‘economische eenheid’ te worden verstaan, die kan bestaan uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen.¹⁶

In de rechtspraak is uitdrukkelijk bepaald dat de ‘economische entiteit’ in zijn geheel de verantwoordelijkheid dient te dragen voor een overtreding op de mededingingsregels, in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid.¹⁷ Indien kan worden aangetoond dat meerdere rechtspersonen deel uitmaken van één economische eenheid, en dus één onderneming vormen, biedt dit principe ruimte om niet alleen de vennootschap die de eigenlijke inbreuk begaat aansprakelijk te stellen, maar ook andere rechtspersonen die deel uitmaken van dezelfde economische eenheid of ‘onderneming’.¹⁸

De beschikkingspraktijk en rechtspraak leren echter dat niet om het even welke rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld voor het inbreukmakend gedrag van een andere rechtspersoon die tot dezelfde “onderneming” behoort. Hiertoe zal de Commissie moeten aantonen dat de eerste rechtspersoon een beslissende invloed uitoefende op het

¹⁵ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 54 en hierin geciteerde rechtspraak, zie ook het arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, para. 34; arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 36.

¹⁶ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 55 en geciteerde rechtspraak, zie ook het arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, para. 35; arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 36.

¹⁷ Arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, 2, para. 36; arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 56 en geciteerde rechtspraak.

¹⁸ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 59; arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 39.

marktgedrag van de tweede,¹⁹ gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.²⁰ Deze invloed moet bovendien zijn uitgeoefend ten tijde van de inbreuk.²¹

De test van de beslissende invloed verklaart waarom deze vorm van toerekening van aansprakelijkheid als “parental liability” wordt omschreven. Aan de test zal in de regel immers enkel voldaan zijn als de betrokken rechtspersonen een (groot-)moeder-dochter relatie hebben. Als de feiten zich ertoe lenen, sluit de juridisch-technische invulling van de theorie echter niet uit dat deze vorm van toerekening ook kan gebeuren tussen twee zustervenootschappen, zolang kan worden aangetoond dat (bijvoorbeeld door de interne allo- catie van taken) de ene zustervenootschap een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het marktgedrag van de andere.

b. Weerlegbaar vermoeden

De eenvoudigste piste om beslissende invloed aan te tonen, is via het weerlegbaar vermoeden dat in de rechtspraak is ontwikkeld.²² In het bijzondere geval dat de moederonderne- ming het gehele of vrijwel gehele²³ kapitaal van een dochter- onderneming bezit, bestaat er namelijk een vermoeden dat de moederonderneming daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van haar dochteronder- neming.²⁴ Het is uitdrukkelijk aanvaard in de rechtspraak dat

de Commissie in dat geval geen verdere bewijselementen dient aan te voeren.²⁵

De moederonderneming die het gehele of vrijwel gehele kapitaal van haar dochteronderneming²⁶ in handen heeft, kan dit vermoeden weerleggen door afdoende bewijzen over te leggen die aantonen dat de dochteronderneming wel degelijk haar marktgedrag zelfstandig bepaalt.²⁷ Ze zal hiertoe bewijsmateriaal moeten aanreiken met betrekking tot de organisatorische, economische en juridische banden met haar dochteronderneming, waaruit blijkt dat zij geen economische eenheid vormen²⁸. Deze factoren kunnen in elk concreet geval anders zijn, waardoor er geen uitputtende lijst kan worden opgesteld.²⁹ De vereiste graad van autonomie van de dochteronderneming bij het uitstippelen en uitvoeren van haar commercieel beleid wordt echter uitermate streng beoordeeld.³⁰

Het vermoeden maakt de sprong voor de Commissie naar “parental liability” bijzonder gemakkelijk en de weerlegging ervan nagenoeg onmogelijk. *Portielje*³¹ leert immers dat niet vereist is dat de moedermaatschappij daadwerkelijk een beslissende invloed heeft uitgeoefend op de dochtervenoot- schap in het kader van de inbreukmakende gedragingen of de commerciële politiek waarbinnen deze gedragingen zich

¹⁹ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 60; arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, 2, para. 39.

²⁰ Arrest van het Hof van 26 september 2013, zaak C-172/12 P, *EI du Pont de Nemours t. Commissie*, Pb. C. 2013, al. 344, 27, para. 43; arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 58; arrest van het Hof van 29 september 2011, zaak C-521/09 P, *Jur.* 2011, I-8947, para. 58.

²¹ Arrest van het Hof van 16 november 2000, zaak C-286/98 P., *Stora t. Commissie*, *Jur.* 2000, I-9925, para. 38 en 39.

²² De basis van het vermoeden werd gelegd in *ICI (zaak 48/69)* en *Commercial Solvents (zaak 6/73)*, en werd gevormd in *AEG- Telefunken (zaak 107/82)*.

²³ Een participatie van 97,6 % en 96,48% (COMP/F/38.645, para. 265) werd reeds voldoende bevonden, alsook een directe parti- cipatie van 92% die, rekening houdende met de indirecte parti- cipatie, verhoogde tot 99,87%. Dat deze participaties voldoende werden bevonden, roept weinig vragen op (COMP/38.543, para. 443). De reële vraag is echter wat de ondergrens is. De Commissie heeft zich in zaken waarbij er sprake was van een participatie tussen 70% en 75% van de aandelen niet gebaseerd op het weerlegbaar vermoeden, (COMP/38.456, para. 231 en COMP/E-1/38.823, para. 622), en deed dit evenmin bij een (indirecte) participatie van 80% (COMP/39188, para. 384). Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 40 en aangehaalde rechtspraak.

²⁴ Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 40 en aangehaalde rechtspraak.

²⁵ Hierover bestond lange tijd onzekerheid in de rechtspraak. Het Gerecht gaf echter een duidelijke aanzet in het arrest *General Química* (T-85/06, para. 62) dat het volstaat dat de Commissie aantoont dat de moederonderneming het (vrijwel) gehele kapitaal van de dochteronderneming bezit. Het Hof bevestigde deze redenering (C-90/09, para. 40-42). Ook in *Legris* is het Hof duidelijk: «*Il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour considérer que ladite présomption est remplie*» (C-289/11P, para. 56.).

²⁶ Zoals hoger reeds aangegeven, mag de notie van ‘dochteronder- neming’ ruim opgevat worden en kan zij in bepaalde gevallen ook kleindochters en andere ondernemingen omvatten die zich lager in de groep situeren.

²⁷ Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 41, en aangehaalde rechtspraak; arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, 2, para. 40; arrest van het Hof van 6 september 2013, zaak C-289/11P, *Jur.* 2013, para. 47.

²⁸ Arrest van het Hof van 20 januari 2011, zaak C-90/09 P, *General Química t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 80, 2, para. 50 en 51; arrest van het Hof van 29 september 2011, zaak C-521/09 P, *Jur.* 2011, I-8947, para. 65 en arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel t. Commissie*, Pb. C. 2009, al. 267, 17, para. 65.

²⁹ Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C., 2013, al. 252, 9, para. 60, en hierin aangehaalde rechtspraak.

³⁰ Dit bleek recent in het arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9.

³¹ Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P, *Commissie t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9, para. 80-87.

situëren, maar dat de moedermaatschappij deze beslissende invloed had kunnen uitoefenen, zelfs indien ze ervoor heeft geopteerd dit niet te doen.

In deze zaak was de moedermaatschappij een stichting die aan het einde van de kartelperiode was opgericht om successieplanning te verzoenen met een blijvende centralisatie van het bestuur. Het staat vast dat, met uitzondering van de oprichtingsvergadering, geen enkele algemene vergadering of vergadering van de raad van bestuur heeft plaatsgevonden tijdens de kartelperiode. Verder was de stichting niet meer dan een houdstermaatschappij van de familiale participatie in de dochtervennootschap en legde ze geen andere activiteiten aan de dag. Tegen die achtergrond kan onmogelijk worden gesteld dat de moedermaatschappij effectief een beslissende invloed heeft uitgeoefend. Dit verklaart waarom het Gerecht het vermoeden als weerlegd heeft beschouwd. Het Hof was het hier niet mee eens. Dit laatste arrest kan moeilijk anders begrepen worden dan dat het te weerleggen vermoeden (ook) slaat op het louter ter beschikking hebben van de middelen om beslissende invloed uit te oefenen, zonder dat vereist is dat gebruik werd gemaakt van die invloed.

c. Niet toepasselijkheid van weerlegbaar vermoeden

Als de moederonderneming niet het geheel of vrijwel het geheel van het kapitaal bezit, dan speelt het weerlegbaar vermoeden niet. De bewijslast dat de moederonderneming beslissende invloed uitoefende op haar dochteronderneming ligt dan integraal bij de Commissie. Deze laatste moet aantonen dat de moederonderneming daadwerkelijk³² invloed uitoefende op het marktgedrag van de dochteronderneming, op grond van een geheel van feiten (zoals bijvoorbeeld het hebben van effectieve bestuursbevoegdheid over de dochter).³³

Om deze beslissende invloed vast te stellen, wordt speciek gekeken naar de economische, organisatorische en juridische banden tussen de twee juridische entiteiten. Deze kunnen per geval verschillen. Uit de beslissingspraktijk van de Commissie blijkt evenwel dat ze zich in belangrijke mate baseert op de concrete werking van de dochteronderneming en nagaat in hoeverre de moederonderneming in de praktijk invloed uitoefent over het commerciële beleid en het marktgedrag van haar dochter.

Er is dan ook een brede waaier aan elementen die reeds werden geaccepteerd om een beslissende invloed aan te tonen. Zo kan worden verwezen naar de overlap tussen

³² Het volstaat hierbij dus niet dat de onderneming de mogelijkheid had om beslissende invloed uit te oefenen.

³³ Zie hierboven; ook bevestigd in het arrest van het Gerecht van 12 juli 2011, zaak T-132/07, *Fuji Electric t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 252, 31, para. 181; arrest van het Gerecht van 27 september 2006, *Avebe t. Commissie*, Jur. 2006, II, 3085, para. 136.

personeel van de ondernemingen³⁴, de vermeldingen in de notulen van de raad van bestuur³⁵, correspondentie tussen de ondernemingen³⁶, interne werkingsdocumenten³⁷, rap-portering door de dochteronderneming aan haar moeder over de gedragingen in bepaalde markten³⁸, invloed van de moederonderneming op de prijzenpolitiek³⁹, zakelijke betrekkingen tussen de ondernemingen⁴⁰, het bepalen van de productie- en distributieactiviteiten door de moederonderneming⁴¹ en het bepalen van het verkopen en marketingbeleid door de moederonderneming.⁴² Het moge duidelijk zijn dat deze opsomming niet exhaustief is.⁴³

Doorgaans hebben de ondernemingen die los van het vermoeden aansprakelijk worden gesteld voor inbreuken van hun dochterondernemingen een meerderheidsparticipatie in de betrokken dochters. Het Hof bevestigde echter in *Fuji* dat dit niet noodzakelijkerwijze vereist is. Het stelde, aan de hand van een “*bundel van overeenstemmende juridische en economische aanwijzingen*”, vast dat de minderheidsaandeelhouder rechten had die verder gingen dan deze die normaal gesproken toekomen aan minderheidsaandeelhouders ten einde hun inanciële belangen te beschermen.⁴⁴ Dit was voldoende om toch tot “*parental liability*” te kunnen besluiten.

Bijzonder is de categorie van ondernemingen waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, zogeheten joint ventures. Het joint venture karakter van een situatie sluit “*parental liability*” niet per deinitie uit. Echter, het weerlegbaar vermoeden kan hier bezwaarlijk in stelling worden gebracht aangezien het enkel ten aanzien van één enkele

³⁴ Arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010, zaak T-24/05, *Alliance One*, Jur. 2010, II, 5329, para. 173-180.

³⁵ Arrest van het Gerecht van 11 december 2003, zaak T-66/99, *Minoan Lines t. Commissie*, Jur. 2003, II, 5515, para. 181-190 en 214-216.

³⁶ Arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010, zaak T-24/05, *Alliance One*, Jur. 2010, II, 5329, para. 191-193.

³⁷ Arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010, zaak T-24/05, *Alliance One*, Jur. 2010, II, 5329, para. 210-213.

³⁸ Arrest van het Gerecht van 11 december 2003, zaak T-66/99, *Minoan Lines t. Commissie*, Jur. 2003, II, 5515, para. 145.

³⁹ Arrest van 14 juli 1972, Zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, 619, para. 137.

⁴⁰ Arrest van het Gerecht van 12 juli 2011, zaak T-132/07, *Fuji Electric t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 252, 31, para. 184.

⁴¹ Arrest van het Hof van 6 maart 1974, zaak 6/73 en 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents t. Commissie*, Jur. 1974, 223, para. 39-41.

⁴² Arrest van het Gerecht van 12 januari 1995, zaak T-102/92, *VIHO Europe t. Commissie*, Jur. 1995, II, 17, para. 48.

⁴³ Dit heeft het Hof o.a. ook bevestigd in het arrest van het Hof van 19 juli 2012, zaak C-628/10, *Alliance Once/Commissie*, Jur. 2013, 9, para. 45, *Akzo Nobel e.a. t. Commissie*, punten 73 en 74, en *Elf Aquitaine t. Commissie*, punt 58.

⁴⁴ Arrest van het Gerecht van 12 juli 2011, zaak T-132/07, *Fuji Electric t. Commissie*, Pb. C. 2011, al. 252, 31, para. 183.

onderneming speelt die het (vrijwel) gehele kapitaal van een dochteronderneming bezit. Aangezien het vermoeden niet speelt bij de gezamenlijke uitoefening van de controle over de joint venture, zal bijgevolg steeds *in concreto* moeten worden nagegaan of de partners daadwerkelijk een beslis- sende invloed uitoefenen over de joint venture. In *Avebe/ Commissie* concludeerde het Gerecht dat Akzo en Avebe, die elk een 50% participatie hadden in hun joint venture Glucona, gezamenlijk daadwerkelijke controle uitoefenden over deze joint venture, waardoor een inbreuk van Glucona aan hen beiden kon worden toegerekend. Het Gerecht stelde met name vast dat er nauwe economische en juridische banden waren tussen Glucona, én Akzo én Avebe, aangezien Akzo en Avebe gezamenlijke bestuursbevoegdheid hadden over het commercieel beleid van Glucona door middel van twee directeuren die door elk van hen waren benoemd en het feit dat ze samen alle aandelen bezaten.⁴⁵

Het Hof bevestigde verder in *Otis* dat er ook bij asymmetrische participatiestructuren sprake kan zijn van gezamenlijke controle. Het Hof moest oordelen of Otis België en GT (die respectievelijk een participatie van 75% en 25% hadden in OGT) aansprakelijk konden worden gesteld voor het inbreuk- makend marktgedrag van OGT. Het Hof bevestigde dat ze gezamenlijke controle hadden over OGT's commercieel beleid. Uit de statuten van de dochteronderneming en een aantal andere documenten bleek immers dat de bevoegd- heid van de twee moedervennootschappen overeenstemde met de bevoegdheden van personen verantwoordelijk voor het dagelijks beheer van een onderneming. Verder moesten alle belangrijke beslissingen worden genomen met een 80% meerderheid van de stemmen.⁴⁶

Hoewel vaak wordt besloten tot de gezamenlijke aansprakelijkheid van de joint venture partners, sluit de rechtspraak echter niet uit dat één van de partners in feite daadwerkelijk een beslissende invloed heeft op de joint venture, waardoor slechts deze ene partner aansprakelijk kan worden gesteld voor de inbreuken van de joint venture, en de andere partner niet.⁴⁷

Tot slot dient er op te worden gewezen dat het Hof in *EI du Pont de Nemours* bevestigde dat het in het kader van joint ventures niet uitmaakt of het al dan niet om een full function joint venture gaat.⁴⁸

⁴⁵ Zaak T-314/01, *Avebe t. Commissie*, Jur. 2006, II, 3085, para. 135- 142.

⁴⁶ Arrest van het Hof van 15 juni 2012, zaak C-494/11, *Otis t. Commissie*, Pb. C. 2012, al. 366, 21, para. 30.

⁴⁷ Gerecht van 27 oktober 2010, zaak T-24/05, *Alliance One t. Commissie*, Jur. 2010, II, 5329, para. 165, bevestigd door het Hof in het arrest van 19 juli 2012, zaak C-628/10, *Alliance One t. Commissie*, Jur. 2013, 9, para. 101.

⁴⁸ Arrest van het Hof van 26 september 2013, zaak C-172/12 P, *EI du Pont de Nemours t. Commissie*, Pb. C. 2013, al. 344, 27, para. 49- 52.

e. Afrondend

Vanuit juridisch-technisch oogpunt is de theorie van “parental liability” intussen in zeer belangrijke mate uitgeklaard in de beslissingspraktijk van de Commissie, het Gerecht en het Hof in Luxemburg. Als een rechtspersoon direct of indirect het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal in een andere rechtspersoon heeft, speelt een weerlegbaar vermoeden van daadwerkelijke beslissende invloed. Na *Portielje*⁴⁹ is het niet unfair om te stellen dat het om een quasi-onweerlegbaar vermoeden gaat. In andere kapitaalsverhoudingen moet de mededingingsautoriteit aantonen dat er beslissende invloed wordt uitgeoefend. Er bestaat geen exhaustieve checklist die hiertoe kan worden gebruikt. Alle factoren die verband houden met de juridische, organisatorische en economi- sche links tussen de betrokken rechtspersonen komen in aanmerking.

De beslissingspraktijk leert verder dat “parental liability” niet beperkt is tot meerderheidsparticipaties. Zelfs bij minderheidsparticipaties kan er *de facto* sprake zijn van beslis- sende invloed die tot “parental liability” kan leiden. Het leerstuk van de joint ventures toont daarenboven aan dat meerdere rechtspersonen die in principe tot verschillende economische eenheden (ondernemingen) behoren, “parental liability” kunnen oplopen voor eenzelfde inbreukplegende rechtspersoon. Hiertoe geldt dezelfde test van (weliswaar gezamenlijke) daadwerkelijke beslissende invloed.

3. Beleidsmatige overwegingen

De afwezigheid van beleidsmatige overwegingen in de beschikkingen en arresten wordt ruimschoots goed gemaakt door het debat dat hierover wordt gevoerd in de rechtsleer. Hierna worden de diverse stellingen overlopen die worden aangekleefd. De inventarisatie en kritische beoordeling hier- van is van belang om later in dit artikel te kunnen evalueren of één of meer van deze stellingen relevant is voor de Belgische handhavingspraktijk en inzicht biedt in de wijze waarop “parental liability” in die praktijk kan worden geïntegreerd.

De pogingen om “parental liability” ook beleidsmatig te koppelen aan het begrip “onderneming” of “economische eenheid” brengen weinig bij. De praktijk in Duitsland en de VS leert dat er geen natuurlijke band bestaat tussen beide. De theorie inzake “parental liability” is dus een juridisch artefact dat puur technisch wordt gekoppeld aan voormelde begrippen en waarvan de ontstaansgeschiedenis (zoals hoger aangegeven) weinig met beleid te maken had.

De beleidsmatige verantwoording moet dan ook elders worden gezocht. Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 *Commissie P, t. Portielje*, Pb. C. 2013, al. 252, 9.

Er is weinig discussie dat de theorie van “parental liability” kadert binnen het objectief van de mededingingsautoriteiten om afschrikwekkend te sanctioneren⁵⁰. Alvorens hier verder op in te gaan is het nuttig om na te gaan of de rechtsleer nog andere valabele beleidsobjectieven oplevert, zodat hiermee verder in dit artikel rekening kan worden gehouden.

Faull & Nikpay⁵¹ verwijzen vooreerst naar het feit dat “parental liability” tot een hogere boete kan leiden. In dit kader wordt verwezen naar de boete- limiet van 10% van de wereldwijde omzet⁵² en het feit dat die limiet wordt berekend vertrekkende vanuit de adressanten van de inbreukbeslissing. De stelling luidt dat “parental liability” zou toelaten om een ruimere consolidatiekring in rekening te brengen voor doeleinden van het vaststellen van de maximumlimiet. Dit argument kunnen we niet bijtreden. Het plafond van 10% moet immers worden berekend op basis van de totale omzet van alle ondernemingen die samen een economische eenheid vormen.⁵³ Het maakt niet uit of tot effectieve aansprakelijkheid van de moeder vennootschap wordt beslist om te bepalen welke omzet in aanmerking moet genomen worden om de 10%- limiet vast te leggen⁵⁴. Daarenboven mag de al dan niet toepassing van de “parental liability” theorie niet uitmaken in het licht van de doelstelling van deze 10%- limiet, namelijk het bepalen van een uiterste grens om de boete ‘betaalbaar’ te houden. Het zou immers zonder meer foutief zijn als de hoogte van de 10%- limiet wordt bepaald

⁵⁰ J. Bourke, *Parental Liability for Cartel Infringements*, The Antitrust Chronicle, November 2009, p. 7 (consulteerbaar op : www.competitionpolicyinternational.com) die dit kort en krachtig als volgt samenvat: “The Commission seeks to impose responsibility at the upper echelons of a group in order to ensure the maximum deterrent value of any fines”.

⁵¹ J. Faull en A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1254, para. 8.520

⁵² Zie art. 23, 2, lid 2 Vo 1/2003. Voor Belgische doeleinden geldt de maximale limiet van 10% op de Belgische omzet en de omzet bij de export (art. IV.70, §1 en IV.74).

⁵³ Ger. T-112/05, *Akzo Nobel e.a. v. Commissie*, Jur. 2007, II, 5049, par. 90.

⁵⁴ Het toerekenen van aansprakelijkheid aan de moeder vennootschap en het hanteren van de omzet van de moeder vennootschap voor doeleinden van de limiet van 10 % zijn twee onderscheiden issues (H. Gilliams, J. Bocken EN T. Baume, *Public Sanctions*, in F. Wijckmans EN F. tuytschaeVer (eds), *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, OUP, Oxford, 2015, p. 197). Het arrest van het Gerecht in *Hoek Loos NV t. Europese Commissie* (T-304/02, in het bijzonder par. 116 et. seq.), zou de indruk kunnen wekken dat dit anders is waardoor parental liability en de mogelijkheid om de omzet van de moeder vennootschap in rekening te brengen voor de 10 % limiet noodzakelijkerwijze hand in hand gaan. De mogelijke verwarring op dit vlak is weggewerkt in *Saint-Gobain Glass France e.a. t. Commissie* (T-56/09 en T-73/09 en in het bijzonder par. 452 en 456). Zie ook : R. sauer, *Public Sanctions*, in F. Wijckmans EN F. tuytschaeVer (eds), *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, OUP, Oxford, 2015, p. 221.

door de discretionaire beslissing van de mededingingsautoriteit om de moeder vennootschap al dan niet aansprakelijk te stellen. Dit argument kan naar ons oordeel dan ook niet als beleidsmatige verantwoording voor “parental liability” worden ingeroepen.

De rechtsleer⁵⁵ verwijst verder naar het feit dat “parental liability” zou toelaten om de boete te verhogen met een bijkomende factor om het afschrikwekkend karakter ervan te verzekeren. De onderliggende idee van deze bijkomende factor (die zowel op Europees als op Belgisch vlak geldt) is dat de omzet die tot het basisbedrag van de boete leidt, aan de lage kant kan zijn en slechts een fractie vormt van de totale omzet van de groep. Dit is het gevolg van het feit dat het basisbedrag van de boete wordt berekend aan de hand van de omzet gerealiseerd op de markt waarop de inbreuk zich voordoet. Echter, hier geldt hetzelfde antwoord als dat voor het vorige argument. Of gebruik moet worden gemaakt van een bijkomende factor om het afschrikwekkend karakter van de boete te vrijwaren, kan onmogelijk afhangen van de discretionaire beslissing om al dan niet “parental liability” vast te stellen in de inbreukbeslissing. De mededingingsautoriteit is perfect gerechtigd om van deze factor gebruik te maken in gevallen waarin zij de moeder vennootschap niet aansprakelijk stelt, maar toch vaststelt dat de relevante omzet eerder beperkt is in vergelijking met de totale omzet van de groep waartoe de inbreukplegende rechtspersoon behoort⁵⁶. Deze beleidsmatige redenering loopt dus eveneens mank.

Een verder beleidsobjectief dat in de rechtsleer wordt geopperd, is dat het niet aansprakelijk stellen van moeder vennootschappen tot “perverse incentives”⁵⁷ aanleiding zou geven. De idee is dat de moeder vennootschappen de voordelen genieten van het inbreukmakend gedrag en dergelijk gedrag zelfs zouden kunnen aanwakkeren door het opleggen van (te) ambitieuze targets of andere incentives. Deze rechtsleer meent dat die “perverse aansporing” verantwoordt dat de moeder vennootschap (mee) aansprakelijk wordt gesteld. Dit is een moeilijk argument in het kader van een discussie over “parental liability”. Vooreerst is het merkwaardig om de koppeling te maken tussen targets en incentives, en het begaan van mededingingsinbreuken. Bepaalde rechtsleer heeft het zelfs over het feit dat moeder vennootschappen uit eigen winstbelang hun dochter vennootschappen zouden aanzetten tot mededingingsinbreuken. Dit heeft echter niets te maken met “parental liability”. Als dit effectief zou gebeuren, gaat

J. Faull en A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1254, para. 8.520

⁵⁶ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a) van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, nr. 30. Een andere vraag (die voor onze discussie geen onmiddellijk belang heeft) is of deze benadering de proportionaliteitstoetsing kan doorstaan.

⁵⁷ W. Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal anti-trust enforcement”, *JEL* 1(1) 2013, p.60.

het immers (zie de hoger aangehaalde ICI-rechtspraak) om de directe betrokkenheid bij de inbreuk en is de omweg via “parental liability” niet vereist.

Met Geradin⁵⁸ stellen we verder vast dat ook vanuit louter inancieel oogpunt deze stelling haar limieten kent. In gevallen waar er “parental liability” wordt vastgesteld, wordt er immers geen supplementaire boete opgelegd. Er geldt hoofdelijke aansprakelijkheid voor de boete die (tevens) wordt opgelegd aan de direct inbreukplegende rechtspersoon. Die boete doet zich voelen binnen de consolidatiekring van de groep ongeacht of er “parental liability” wordt vastgesteld. Het gaat om exact hetzelfde bedrag met of zonder vastgestelde “parental liability”.

Een volgend argument dat in de rechtsleer aan bod komt is de garantie op betaling van de opgelegde boete.⁵⁹ Dit is uiteraard een valabel argument. Het zou ongepast zijn dat groepsstructuren en verschuivingen binnen die structuren toelaten om opgelegde boetes te vermijden. Als er een redelijke vrees bestaat dat een boete niet zal worden betaald, lijkt het beleidsmatig dan ook gerechtvaardigd om tot de vaststelling van “parental liability” over te gaan.

Dit brengt ons terug bij het thema van de afschrikking. Hierbij gaat het zowel om specifieke afschrikking voor de direct betrokken ondernemingen als algemene afschrikking gericht tot het bedrijfsleven. Vraag is of de medeaansprakelijkheid van de moeder vennootschap op basis van de theorie van “parental liability”, een reële bijdrage levert tot dit afschrikkingsobjectief. Hoewel het antwoord op deze vraag minder voor de hand ligt dan men initieel zou denken, gaan we er voor doeleinden van dit artikel van uit dat dit het geval is. Deze conclusie is naar ons oordeel bijkomend verantwoord door de problematiek van de recidive. Het lijkt ons onmiskenbaar dat recidive, als factor voor boeteverzwaring, gemakkelijker zal kunnen worden vastgesteld indien in een eerdere zaak tot “parental liability” werd besloten en in de daaropvolgende zaak diezelfde moeder vennootschap voor het gedrag van een andere groepsvennootschap opnieuw aansprakelijk wordt gesteld. Het inanciële belang van recidive in de boetebegroting is van die aard dat een groter gemak bij het vaststellen van recidive dankzij de theorie van “parental liability” naar ons oordeel reëel bijdraagt tot de afschrikking.

Met afschrikking (mogelijk gekoppeld aan het thema van de recidive) en de zekerheid van betaling van de boete, lijken we de belangrijkste beleidsobjectieven in kaart te hebben gebracht. De andere beleidsobjectieven die in de rechtsleer aan bod komen, kunnen naar ons oordeel een kritische toetsing moeilijk doorstaan en vormen dan ook een zeer precaire.

⁵⁸ d. Geradin, “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Enforcement: A Reply to Wouter Wils”, *JEL* 1(2) 2013, p. 331.

⁵⁹ J. Faull en A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1254, para. 8.520.

basis om “parental liability” op nationaal (Belgisch) vlak beleidsmatig te verantwoorden.

natIonaLe PraktIJK Met BetrekkIng tot “ParentaL LIaBILITy”

1. ons omringende landen

Het is een open deur intrappen om te stellen dat de nationale mededingingsautoriteiten van de ons omringende landen soms een stapje voor zijn op de Belgische praktijk. Alvorens in de Belgische praktijk te duiken, is het dan ook nuttig om na te gaan wat er over onze landsgrenzen gebeurt inzake “parental liability”.

a. Nederland

Een reeks recente beslissingen van de Autoriteit Consument en Markt (“ACM”) toont aan dat deze nationale mededingingsautoriteit de “parental liability” ten volle aan boord heeft genomen. De ACM maakt hierbij ten volle gebruik van de Europese rechtspraak, met inbegrip van het hierboven beschreven weerlegbaar vermoeden. Dit mag overigens niet verwonderen na de aankondiging in die zin van Voorzitter Fonteijn aan het einde van 2012.⁶⁰

In het Besluit op bezwaar in Vastgoed Barneveld BV (kartel huizenhandel executieveilingen) van 15 oktober 2015⁶¹ wordt het weerlegbaar vermoeden uitdrukkelijk toegepast in een 100% situatie en wordt gesteld dat de loutere ontkenning van beslissende invloed niet volstaat om het vermoeden te weerleggen.⁶² De situatie was iets complexer in het Besluit van 22 december 2015 inzake Kloosbeheer (kartelafspraken vrieshuizen omgeving Betuwe)⁶³ waar bij het vaststellen van de aansprakelijkheid zowel directe betrokkenheid van een moedermaatschappij, als effectieve beslissende invloed en het weerlegbaar vermoeden aan bod komen. De gevolgde aanpak is echter geheel in lijn met de Europese praktijk en verwijst er uitdrukkelijk naar. Interessant is dat in die zaak één van de betrokken moedermaatschappijen (Kloosbeheer BV) zich garant stelt voor de betaling van de boete en het Besluit enkel aan die vennootschap een boete oplegt. Tot slot leert het Besluit van 20 januari 2014 in het leesmappenkartel⁶⁴

⁶⁰ Speaking notes, 10e jaarcongres “Ontwikkelingen Mededingingsrecht”, Kurhaus, 4 oktober 2012 waarnaar verwezen wordt in : S.G.J. SmalleGanGe en L.L. Bremer, “Kartels en concernverhoudingen: extra zorgplicht voor moeders?”, *Onderneming en Financiering*, 2012, 56.

⁶¹ ACM, Besluit op bezwaar inzake Vastgoed Barneveld B.V. (kartel huizenhandel executieveilingen) van 15 oktober 2015, zaak 7268/728.

⁶² Ibid, para. 318.

⁶³ ACM, Besluit inzake Kloosbeheer (kartelafspraken vrieshuizen omgeving Betuwe) van 22 december 2015, zaak 13.0698.31.

⁶⁴ ACM, Boetebesluit in kartelzaak Leesmappen van 20 januari 2014, zaak 7244.

dat de ACM het weerlegbaar vermoeden ook van toepassing acht in een gelaagde situatie waarin een uiteindelijke moedermaatschappij en tussenliggende moedermaatschappijen aansprakelijk worden gesteld voor het gedrag van een dochter/kleindochtervennootschap.

De eerder mechanische toepassing van de Europeesrechtelijke principes maakt dat de beleidsmatige onderbouwing van de “parental liability” in bovenstaande zaken niet uitdrukkelijk aan bod komt. In twee andere recente zaken wordt toch mogelijk een tipje van de sluier gelicht. Gezien het oogmerk van dit artikel is het nuttig hier even op in te gaan.

In het Besluit op bezwaar in Bencis (meelkartel) van 20 oktober 2015⁶⁵ verzetten Bencis Capital Partners BV en Bencis Buyout Fund II General Partner BV zich uitdrukkelijk en op basis van een brede waaier aan argumenten tegen de toerekening aan hen van de inbreukmakende gedragingen van dochtervennootschap Meneba (Meel) BV. Deze argumenten worden nagenoeg integraal op bestuursrechtelijke gronden afgewezen. Van de Europeesrechtelijke leer inzake “parental liability” wordt eveneens dankbaar en uitdrukkelijk gebruik gemaakt, hoewel de ACM – weliswaar zeer summier – ook van enige beleidsmatige bezorgdheid blijkt geeft.⁶⁶ Meneba had zich immers in de loop van de procedure beroepen op haar onvermogen om een boete te betalen, waarop de ACM stelt ook te hebben gekeken naar de vermogenspositie van de moedervernootschappen om dit argument te beoordelen. Het vermogen tot betalen lijkt in die zaak aldus een rol te hebben gespeeld.

In het ACM Besluit van 13 maart 2016 in Eimskip en Samskip (kartel vrieshuizen Ijmuiden/Velsen)⁶⁷ wijst Samskip erop dat de ACM gebruik kan, maar niet moet maken van de theorie van “parental liability”. Samskip wil hiermee de ACM dwingen om te verantwoorden waarom zij ten aanzien van haar gebruik maakt van deze discretionaire bevoegdheid. Zij alludeert op het feit dat de ACM haar wil sanctioneren om punitieve redenen (“speciale en generale preventie”) en voegt toe dat zij geen weet had van de kwaadwillige handelingen van de dochtervennootschap.⁶⁸ De ACM spreekt deze inaliteit van het beroep op de “parental liability” niet tegen, maar repliceert louter feitelijk door te stellen dat Samskip wel degelijk wetenschap had van de gedragingen van haar dochtervennootschap.⁶⁹

⁶⁵ ACM, Besluit op bezwaar in Bencis (kartelzaak meelproducenten) van 20 oktober 2015, zaak 6306.

⁶⁶ Ibid, para. 141.

⁶⁷ ACM, Boete Eimskip en Samskip (vrieshuizen IJMuiden/Velsen voor kartelafspraken), 23 maart 2016, zaak 13.0698.31, para. 305.

⁶⁸ Ibid, para. 306.

⁶⁹ Ibid, para. 309.

De situatie in Nederland kan in het licht van de meest recente beslissingen als volgt worden samengevat. De Europese theorie inzake “parental liability” wordt door de ACM in al zijn aspecten nauwgezet toegepast, met inbegrip van het weerlegbaar vermoeden. Hoewel de mechanische toepassing van deze principes de ACM niet meteen aanzet om zijn beleid met betrekking tot “parental liability” toe te lichten, zijn er (zachte) indicaties dat solvabiliteits- en preventieoverwegingen meespelen om in concrete gevallen van de theorie gebruik te maken.

Een opvallende vaststelling (zeker in vergelijking met de Belgische zaken die hierna aan bod komen) is dat de moedervernootschappen die in de Nederlandse zaken betrokken waren vrijwel systematisch Nederlandse rechtspersonen zijn. Hierdoor wordt een belangrijk deel van de mogelijke procedure-verwikkelingen die gepaard kunnen gaan met het betrekken van buitenlandse moedervernootschappen vermeden.

b. Frankrijk

Voor de Franse praktijk is het bijzonder nuttig om het arrest van het Hof van Cassatie van 6 januari 2015⁷⁰ onder de aandacht te brengen. Dit arrest is het sluitstuk van een bijzonder lange saga waarin een dochtervennootschap van France Telecom die actief was in de Caraïben zich zou hebben bezondigd aan misbruik van machtspositie. In deze zaak werd toepassing gemaakt zowel van het Frans als het Europees mededingingsrecht. France Telecom werd in die zaak aansprakelijk gehouden op basis van de theorie van “parental liability”.

Dit Cassatie-arrest illustreert dat de Franse praktijk zich volledig baseert op de Europese benaderingswijze met betrekking tot “parental liability”. Het Hof verwijst naar het weerlegbaar vermoeden en voegt hier een aantal feitelijke elementen aan toe om aan te tonen dat dit vermoeden door France Telecom niet behoorlijk was weerlegd. Verder, en dit is van belang voor onze analyse, maakt het Hof de koppeling met de problematiek van recidive. France Telecom was voorafgaand aan deze zaak reeds een vijftal keer veroordeeld tussen 1997 en 2005 voor mededingingsrechtelijke inbreuken. Het Hof treedt de lagere rechters bij waar deze in de gegeven omstandigheden recidive hebben ingeroepen bij de bepaling van de sanctie wegens de vastgestelde inbreuk.

Hoewel er reeds eerdere Franse uitspraken zijn die relevant zijn voor het thema van “parental liability” is deze uitspraak van het hoogste Franse Hof van bijzonder belang. Zij verankert de Europese theorie deinitief in de Franse praktijk.

⁷⁰ Cass. fr. com. 6 januari 2015 (nr. 17), arrest nr. 13-21.305 ; 13-22.477.

Verder onderstreept deze zaak het belang van de theorie van “parental liability” voor de bestrafing van recidive.

c. Duitsland

Het is opvallend dat de situatie in Duitsland markant verschilt van de andere ons omringende landen. “Parental liability” komt in de regel niet aan de orde in zaken die worden behandeld door het Bundeskartellamt. Dit heeft alles te maken met de juridisch-technische opbouw van het aansprakelijkheids-systeem in Duitsland.

Het ruime concept van “onderneming” (gebaseerd op het begrip economische eenheid) wordt in Duitsland toegepast bij de vaststelling van de boete. Zo zal de omzet van de moeder vennootschap bijvoorbeeld ten volle in rekening worden gebracht bij de bepaling van de wettelijke 10%- limiet voor de boete.

Dit zelfde concept wordt echter niet als uitgangspunt genomen bij de vaststelling van de aansprakelijkheid. Men zou haast kunnen stellen dat, in plaats van een top down, een bottom up aanpak wordt gevolgd. De Duitse mededingingswet (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) is gekoppeld aan de *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* wat de procedureregels betreft. Artikel 30, lid 1, van deze laatste wet stelt dat een onderneming enkel aansprakelijk kan worden gesteld via een direct betrokken persoon. Deze direct bij de inbreuk betrokken persoon wordt als de eigenlijke inbreukmaker beschouwd en de onderneming waarmee de persoon verbonden is, wordt als indirect betrokkene (“*Nebenbetroffene*”) gezien. Met deze aanpak is het bijzonder moeilijk om tot een vorm van “parental liability” te komen. Er zou al sprake moeten zijn van een bewezen nalatigheid in hoofde van de moeder vennootschap om deze stap te kunnen zetten.

De geheel eigen aanpak in Duitsland vormt de verklaring voor de uitzondering op de uitsluiting van het strafrecht die kan worden teruggevonden in overweging 8 van de preambule van Verordening 1/2003 en artikel 2, lid 3, van de “*Richtlijn inzake Private Vergoedingsaanspraken*”.⁷¹ Deze uitzondering is nodig om rekening te houden met het feit dat in Duitsland niet de betrokken onderneming het vertrekpunt vormt van de aansprakelijkheidsregeling, maar wel de direct betrokken personen. Er wordt verwacht dat, in het licht van de implementatie van de *Richtlijn inzake Private Vergoedingsaanspraken*, deze specifieke Duitse situatie zal worden bijgestuurd zodat ze meer in lijn is met de aanpak op Europees vlak.

⁷¹ Richtlijn 2014/104/EU; voor een korte toelichting, zie F. Wijkmans, M. Visser, S. Jaques, *The EU Private Damages Directive – Practical Insights*, Intersentia, 2016, p. 13-14.

De Duitse situatie is interessant in het licht van het objectief van dit artikel. Ze toont immers aan dat “parental liability” geen vanzelfsprekendheid is. Meerdere decennia heeft het Duitse mededingingsrecht het in de praktijk kunnen stellen zonder deze theorie. Het is enkel om een aanvaring met het Europees recht te vermijden dat nu wordt nagedacht om het systeem bij te sturen. Dit lijkt aan te geven dat er tot op heden niet echt een beleidsmatige nood werd gevoeld in Duitsland om met deze theorie te werken. Moest de Europese druk er niet geweest zijn, was het aansprakelijkheidsregime in Duitsland vermoedelijk onveranderd gebleven.

2. België

De huidige situatie in België is niet erg duidelijk en het is moeilijk om een bepaalde beleidslijn te onderkennen in de recente beslissingen.

In *Staalplaatradiatoren*⁷² valt het op dat de techniek van “parental liability” enkel op de Caradon groep wordt toegepast. Het blijkt nochtans duidelijk uit de beschrijving van de partijen in de Beslissing,⁷³ dat ook de andere veroordeelde Belgische vennootschappen volle dochters waren van buitenlandse moeder vennootschappen. De Raad veroordeelt de twee dochter vennootschappen van Caradon wegens hun daadwerkelijke betrokkenheid bij de inbreuk. Er volgt dan een merkwaardige passage⁷⁴ waarin ook de Engelse moeder vennootschap aansprakelijk wordt gesteld. De verwijzingen in de Beslissing naar *Akzo en Oostenrijkse Banken*, leren dat het voor de moeder vennootschap niet gaat om een geval van rechtstreekse betrokkenheid, maar van “parental liability”. Wat Caradon de das lijkt te hebben omgedaan, is haar ‘toegeving’ tijdens de procedure dat zij het prijsbeleid van haar dochters volledig stuurde en ze strikt toezag op de naleving van dit prijsbeleid. Deze toegeving over haar nauwe betrokkenheid bij het prijsthema, dat centraal stond in de zaak, is immers het enige onmiddellijke verschilpunt met de moeder vennootschappen van de andere partijen. De vergelijking met *ICI/Commissie* is niet zover weg.

In het *Meelkartel*⁷⁵ (waarvan de Nederlandse tegenhanger voorheen reeds aan bod kwam) is de situatie al even verward. In de centrale paragraaf aangaande de toerekenings- problematiek stelt de Raad als volgt :

⁷² Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 20 mei 2010, zaak MEDE-I/O-04/0063 en MEDE-I/O-06/0032, *Staalplaatradiatoren*.

⁷³ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 20 mei 2010, zaak MEDE-I/O-04/0063 en MEDE-I/O-06/0032, *Staalplaatradiatoren*, para. 9 e.v..

⁷⁴ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 20 mei 2010, zaak MEDE-I/O-04/0063 en MEDE-I/O-06/0032, *Staalplaatradiatoren*, para. 161-162.

⁷⁵ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 28 februari 2013, zaak MEDE-I/O-08/9, *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*.

“Voor wat betreft de toerekening aan entiteiten die tot een zelfde groep ondernemingen behoren, hebben verschil- lende van de betrokken ondernemingen kritiek geuit op de wijze waarop de bestemmingen in het verslag zijn geïdentificeerd. Voor sommige ondernemingen wordt de inbreuk toegerekend aan de moederonderneming en aan de dochterondernemingen en hebben beiden ook een verslag ontvangen. Voor andere ondernemingen is dat niet het geval. Gelet op de conclusie waartoe de Raad hierna komt bij het berekenen van de sanctie, wordt niet nader ingegaan op de vraag op welke wijze de moederondernemingen, eventueel buiten België gevestigd, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken van dochterondernemingen-maalderijen actief in België.”⁷⁶

De conclusie die hieraan wordt gekoppeld, is dat de moederondernemingen die (mede) clementie hebben gevraagd, worden veroordeeld en, al naargelang het geval, de hun opgelegde boete kwijtscholden of gereduceerd zien. Voor alle andere ondernemingen beperkt de Raad zich tot de rechtspersonen die rechtstreeks betrokken waren.

Deze zaak leert minstens twee dingen die nuttig zijn voor onze analyse. Vooreerst is er het klaarblijkelijke feit dat het betrekken van moederondernemingen, naast de rechtstreeks betrokken rechtspersonen die actief zijn op de Belgische markt, tot procedurele verwickelingen en complexiteit kan leiden. Daarnaast lijkt de Raad aan te geven dat het maken van de overstap naar “parental liability” geen automatisme is of mag zijn, maar dat hiervoor een goede reden aanwezig dient te zijn.

Twee van de meest recente zaken waarin “parental liability” aan bod is gekomen, zijn transactiebeslissingen. Het is ook hier opnieuw merkwaardig dat bepaalde moederondernemingen aansprakelijk worden gesteld en andere niet.

In de DPH-zaak⁷⁷ duiken Glaxosmithkline Plc (VK), the Proctor & Gamble Company (VS) en Proctor & Gamble International Operations SA (Zwitserland) op als aansprakelijke partijen. Het is nochtans duidelijk dat ook andere rechtstreeks betrokken partijen gehouden werden door moedermaatschappijen uit het buitenland. De verkorte transactiebeslissing bevat geen enkele aanwijzing die deze hybride situatie verklaart.

⁷⁶ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 28 februari 2013, zaak MEDE-I/O-08/9, *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*, para. 174.

⁷⁷ Beslissing van het Auditoraat van 22 juni 2015, zaak CONC-I/O-06/38 *Hausses coordonnées des prix de vente de produits de parfumerie, d'hygiène et de droguerie*.

*Industriële batterijen*⁷⁸ lijkt in het verlengde van de uitspraak in het meelkartel te liggen. De ondernemingen die clementie hebben aangevraagd, hebben dit niet alleen gedaan voor de direct betrokken lokale dochterondernemingen, maar ook voor de moedermaatschappij. In het licht van de Europese rechtspraak is dit een perfect rationele strategische keuze. Deze moedermaatschappijen worden in de transactiebeslissing mede aansprakelijk gesteld en (met uitzondering van de immunitetsverzoeker) veroordeeld tot een boete. Het is overigens opvallend dat het in het dispositief de moederondernemingen (en dus niet de dochterondernemingen) zijn die tot een boete worden veroordeeld.

Voormelde zaken illustreren dat we op Belgisch vlak nog ver verwijderd van de politiek van de Europese Commissie waarin haast systematisch moederondernemingen op basis van de theorie van “parental liability” mede aansprakelijk worden gesteld. Vermoedelijk kunnen er uit de praktijk van het verleden vier nuttige aandachtspunten worden meegepikt:

- “Parental liability” lijkt nuttig als de moederonderneming niet rechtstreeks, maar toch zeer dicht betrokken was bij de inbreuk (zie: *Staalplaatradiatoren*);
 - Het betrekken van buitenlandse moederondernemingen lijkt aanleiding te kunnen geven tot bijkomende procedurele verwickelingen (zie: *Meelkartel*);
 - Minstens de vroegere Raad ging op zoek naar een voldoende reden om de doorsteek naar de moederondernemingen te maken (zie: *Meelkartel*);
 - Het indienen van een clementieverzoek als moederonderneming verhoogt de kansen op “parental liability” (zie: *Meelkartel* en *Industriële batterijen*).
- reLevanTie en nut van de theorie voor de Belgische Mededingingsrechtelijke Praktijk

1. startpunt

Hoewel “parental liability” intussen vast op het menu staat van zowat iedere mededingingsprocedure die door de Europese Commissie wordt gevoerd, is het nuttig om in herinnering te brengen dat deze theorie eerder accidenteel tot stand is gekomen. Nadien werd ze stevig verankerd in het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip. Dit neemt echter niet weg dat de totstandkoming van de theorie niet meteen kan worden gekoppeld aan een zeer duidelijk beleids- oogmerk. De beleidsmatige onderbouwing is naderhand gebeurd en dan nog hoofdzakelijk in de rechtsleer.

Op nationaal vlak hebben een aantal van de ons omringende landen (met name Frankrijk en Nederland) de theorie van

⁷⁸ Beslissing van het Auditoraat van 23 februari 2016, zaak MEDE-I/O-14/3, *Prijsafspraken in de sector van industriële batterijen*.

“parental liability” gekopieerd van het Europese niveau. Vanuit beleidsperspectief bieden deze landen zachte indicaties. Er wordt verwezen naar solvabiliteitsproblemen, de nood aan een preventieve werking van de beslissingen en de problematiek van recidive.

Het Duitse voorbeeld is interessant omdat het illustreert dat “parental liability”, zelfs in een van de toonaangevende landen in het mededingingsrecht, geen vanzelfsprekendheid is. Niemand zal ontkennen dat Duitsland een gedegen handhavingsbeleid heeft. Tot op heden werd klaarblijkelijk nog niet de nood gevoeld om de regelgeving op dit punt aan te passen.

Het beleid dat in België tot op heden is gevoerd met betrekking tot “parental liability” relecteert al evenmin het quasi-automatisme dat op Europees vlak bestaat. Minstens de vroegere Raad leek niet bereid te zijn om zonder meer en zonder concrete aanleiding de doorsteek van de rechtstreeks betrokken rechtspersoon naar diens moederverenootschap te maken.

Een en ander maakt dat de vraag naar de situaties waarin “parental liability” wordt gebruikt, ernstig moet worden genomen. De vraag is hierbij niet de juridisch-technische uitwerking van de theorie. Vermoedelijk als gevolg van het convergentieprincipe dat verankerd is in Verordening 1/2003 (art. 3) volgt iedereen het Europese voorbeeld (met inbegrip van het weerlegbaar vermoeden).

De echte vraag is de beleidsmatige verantwoording van het gebruik van “parental liability”. Er rust immers geen verplichting op de mededingingsautoriteit om de theorie toe te passen. Ze mag dit doen, maar moet dit niet doen. Vertaald naar de Belgische situatie betekent dit dat de Belgische Mededingingsautoriteit zich zal moeten buigen over de vraag naar de omstandigheden waarin zij van de theorie gebruik zal willen maken. Dit is een beleidsvraag. De Belgische Mededingingsautoriteit beschikt nog over behoorlijk wat speelruimte om hier een eigen invulling aan te geven. Noch het Europese niveau, noch de ons omringende landen bieden immers een consistent of eensluidend antwoord. Een verantwoord mededingingsbeleid vergt dan ook dat deze vraag een doordacht antwoord krijgt. Het zou betreurenswaardig zijn als de Belgische Mededingingsautoriteit hierbij in automatisch men zou vervallen zonder echte beleidsmatige verankering.

2. afweging

Het lijkt ons weinig discutabel dat “parental liability” beleidsmatig verantwoord is indien solvabiliteitsproblemen er dreigen voor te zorgen dat de boete niet wordt betaald. Dit geldt des te meer als deze problemen het gevolg zouden zijn van herstructureringen binnen de betrokken groep. De mededingingsautoriteit heeft er immers alle belang bij dat boetes worden betaald en, meer nog, dat de ondernemingswereld ten

volle begrijpt dat ‘slimme’ herstructureringen (bijvoorbeeld door de direct betrokken operationele vennootschap leeg te halen of failliet te laten gaan) geen uitweg kunnen bieden.

Naar ons oordeel is de beoordeling moeilijker als er zich geen solvabiliteitsproblemen stellen en de “parental liability” in essentie het afschrikingsbeleid moet dienen. De rechtsleer⁷⁹ wijst er op dat op Europees niveau de afschrikking noodzakelijkerwijze moet komen van de boetes, en dat de Europese Commissie niet de bevoegdheid heeft om individuen te sanctioneren en al evenmin kan rekenen op private schadevergoedingsaanspraken om het afschrikingsniveau op te krikken.

De situatie is op dit vlak intussen verschillend voor de Belgische Mededingingsautoriteit. Deze beschikt wel over de mogelijkheid om individuen aan te pakken en persoonlijk te beboeten.⁸⁰ Daarnaast is met de implementering van de *Richtlijn Inzake Private Vergoedingsaanspraken* intussen het pad reëel geëffend op dit vlak. Onze persoonlijke ervaring is dat het afschrikkingseffect hiervan niet voldoende kan worden beklemtoond. Ondernemingen die betrokken zijn in mededingingsprocedures houden op dit ogenblik haast evenveel rekening met het risico op private vergoedingsaanspraken, als met de boete die hen te wachten staat. Tot slot heeft de Belgische Mededingingsautoriteit zijn boetebeleid intussen afgestemd op de Europese aanpak.⁸¹ Dit maakt dat de boetes van een zodanig niveau zijn dat ze meteen de agenda’s van de Raden van Bestuur van de moederverenootschappen (ook de buitenlandse) halen. Op dit vlak mag er geen misverstand bestaan.

Tegen deze achtergrond lijkt het ons dat de reële beleidsmatige invulling voor “parental liability” zich op Belgisch vlak situeert in de afweging tussen (nog) hogere afschrikking en procedurele efficiëntie. Het introduceren van “parental liability” in een Belgische procedure heeft immers aanzienlijke procedurele implicaties. Zo neemt het aantal partijen in de procedure aanzienlijk toe. Dit geldt des te meer als de inbreukmakende vennootschap intussen van eigenaar is veranderd en er dus meerdere moederverenootschappen in de procedure worden betrokken. Moederverenootschappen bevinden zich daarenboven vaak in het buitenland, wat bijkomende complicaties oplevert. Tenzij woonplaats wordt

⁷⁹ J. Faull en A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1253 – 1254, par. 8.519 Art. IV.1 §4 WER; Ingevoegd bij art. 4 Wet 3 april 2013 (BS 26 april 2013).

⁸¹ Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70, § 1, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, § 1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU; raadpleegbaar via: http://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/iles/20140826_richtsnoeren_boetes.pdf

gekozen bij een lokale advocaat, zullen betekenissen immers in het buitenland moeten gebeuren en stelt zich de vraag via welke procedure en in welke taal dit dient te gebeuren. De Europese ervaring leert daarenboven dat de ondernemings- wereld “parental liability” niet zomaar aanvaardt. Zowel voor de mededingingsautoriteit, als in graad van beroep tekenen moedervenootschappen vrijwel systematisch bezwaar aan en stellen ze in vraag of de voorwaarden voor “parental liability” wel zijn vervuld. Er stelt zich overigens een ruimere vraag, met name of “parental liability” te verzoenen is, of minstens in alle omstandigheden te verzoenen is, met het vermoeden van onschuld en dus de fundamentele rechten en vrijheden. Ook dit aspect kan een kapstok vormen voor beroepen tegen “parental liability”.

Benadeelden van mededingingsinbreuken hebben er alle belang bij dat de beslissingen van de Belgische Mededingingsautoriteit zo snel mogelijk deinitief worden. Hierdoor kunnen zij zich op de beslissing beroepen als bewijs van de fout bij de formulering van hun schadevergoedingsaanspraken.⁸² In de mate dat de problematiek van “parental liability” de procedure voor de Belgische Mededingingsautoriteit bemoeilijkt of vertraagt, of aanleiding geeft tot (bijkomende) beroepen, heeft dit dus nadelige gevolgen voor de benadeelden.

3. voorstel van beleidsmatige aanpak

Vanuit het oogpunt van een efficiënt mededingingsbeleid stellen we voor dat de Belgische Mededingingsautoriteit gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid bij de eventuele vaststelling van “parental liability” en deze op beleidsmatig verantwoorde argumenten schraagt. Naar ons oordeel impliceert dit dat er zonder meer tot de vaststelling van “parental liability” dient te worden overgegaan wanneer er een aantoonbaar risico is dat de boete niet zal worden betaald door de operationele vennootschap die de inbreuk concreet heeft begaan. Is er geen dergelijk risico voorhanden, lijkt het ons daarentegen niet opportuun om “parental liability” automatisch en zonder verdere beleidsmatige afwegingen vast te stellen.

In dit laatste geval stellen we voor dat het verhoogde afschrikkingseffect wordt afgewogen tegen het mogelijk verlies aan procedurele efficiëntie. Bij de inschatting van de eerste factor mag niet uit het oog worden verloren dat het huidige systeem in België reeds behoorlijk afschrikwekkend werkt, met hoge boetes (gebaseerd op de Europese berekeningsmethode), de mogelijkheid om individuen te sanctioneren en het uitnodigend procedureel kader dat op Europees niveau is gecreëerd om vergoedingsaanspraken te faciliteren. Een belangrijke vraag is dan ook of “parental liability” in een

concrete zaak nog reëel bijdraagt tot de specifieke en algemene afschrikking als beleidsobjectief.

Om beleidsmatig verantwoord te handelen, moet het concrete antwoord op die vraag worden afgewogen tegen de concrete procedurele implicaties van het introduceren van “parental liability” in de zaak. Dit is de tweede factor die best in balans wordt gelegd. We kunnen ons voorstellen dat in vele zaken “parental liability” een bijkomend actieterrein opent dat de procedure bemoeilijkt of kan bemoeilijken en de kans op beroepen doet toenemen. We hebben de stellige indruk dat de (vroegere) Raad in het *Meelkartel* een afweging van dit type heeft gemaakt. Dit lijkt ons de juiste weg voor de toekomst. Automatismen worden zo vermeden en de Belgische Mededingingsautoriteit weegt af of “parental liability” in een concrete zaak het handhavingsbeleid efficiënt dient.

⁸² Art. 9 Richtlijn 2014/104/EU.