

roep' (Hof Amsterdam 10 juli 2012, «JBPR» 2012/70).

11. De vraag is of deze suggestie van *categorische* onderlinge uitwisselbaarheid van appel en hernieuwde voeging kan worden onderschreven. Het Arnhemse hof vindt in ieder geval van niet, met een beroep op de door hem geformuleerde rechtsregel dat voeging niet kan dienen als middel tot herstel van het verzuim om (tijdig) een rechtsmiddel aan te wenden. Of een algemene rechtsregel van deze inhoud bestaat, kan echter reeds worden betwijfeld als het begrip 'verzuim' wordt verbreed tot andere processuele fouten dan termijnoverschrijding (zie bijv. HR 2 april 1993, *NJ* 1993/573, m.nt. Verkade, r.o. 4.3; HR 2 december 2011, «JBPR» 2012/23, m.nt. Vos). Het hof zelf verwijst ter legitimatie losjes ('vgl.') naar een nogal casuïstisch arrest van de Hoge Raad over het aanwenden van een rechtsmiddel door een op dat moment niet meer bestaande procespartij (HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/222, m.nt. Snijders). In een Arnhemse arrest van twee jaren eerder vinden we dezelfde verwijzing, ietwat voorzichtiger geformuleerd ('in beginsel'), in een overweging ten overvloede, en ditmaal met de strekking dat het nalaten om in beroep te komen van de afwijzing van een voegingsvordering in eerste aanleg maakt dat een hernieuwde voegingsvordering in appel moet worden gekwalificeerd als een ontoelaatbare poging tot verzuimherstel (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6411, r.o. 3.4). Deze redenering lijkt mij alleen al daarom niet juist, nu de partij wier voegingsvordering in eerste aanleg was afgewezen nooit partij is geworden in de hoofdzaak. Maar dat terzijde. In de hier geannoteerde uitspraak komt de verwijzing naar het arrest uit 2004 mij minder gelukkig voor omdat onduidelijk is of – zo überhaupt sprake is van een 'fout' als de in eerste aanleg gevoegde partij helemaal geen zelfstandig belang had bij een principaal appel – de fout in een geval als het onderhavige 'onherstelbaar' is als bedoeld in genoemd arrest (r.o. 3.5, 3.4.2 en 3.4.3; vgl. ook de onderdelen 4 en 5.22 van de conclusie van A-G Verkade).

12. Anderzijds en met inachtneming van deze kanttekeningen valt wel het nodige te zeggen voor het uitgangspunt dat een instrument als voeging niet dient als 'herstelmiddel voor foutief procederen' (M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Kluwer: Deventer 2009, nr. 137; ter zake

van voeging ex art. 222 Rv bijv. Rb. Middelburg 4 november 2009, ECLI:NL:RBMD:2009:BK8440). Maar dan moet natuurlijk wel (meer dan) aanneemelijk zijn dat in een concreet geval daadwerkelijk op ontoelaatbare en onherstelbare wijze processueel is geblunderd. We tasten in het duister of een dergelijke situatie zich voordeed in het Arnhemse arrest van 21 mei 2019.

mr. dr. T. van Malssen
advocaat (bij de Hoge Raad) bij Dirkzwager legal & tax te Nijmegen en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch

51

Wegens kartelinbreuk beboete dochtermaatschappij roept moedermaatschappij in vrijwaring op

Rechtbank Amsterdam
5 september 2018, nr. C/13/501013/HA ZA 11-2565, ECLI:NL:RBAMS:2018:6332
(mr. Dudok van Heel, mr. James-Pater, mr. Van Hassel)
Noot mr. S.L. Boersen

Afsplitsing vrijwaringsprocedure. Ondernemingsbegrip. Regresverhouding karteldeelnemers.

[Rv art.215, 222, VWEU art. 101]

Vrijwaringszaak tussen dochtervennootschap (deelnemer aan een kartel) en haar moedermaatschappij. In dit incident vordert de moedermaatschappij afsplitsing van de vrijwaringsprocedure van de hoofdprocedure. De rechtbank wijkt af van het uitgangspunt de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure zo veel mogelijk gelijktijdig af te doen en maakt de voeging van de zaken (art. 222 Rv) ongedaan. Redengevend is dat de discussie in de vrijwaringszaak over de interne draagplicht tussen de dochtervennootschap en de moedermaatschappij, niet afhankelijk is van het debat over draagplicht dat plaatsvindt in de hoofdzaak.

De vennootschap naar Fins recht,
Kemira Chemicals Oy te Helsinki (Finland),

eiseres in de hoofdzaak (vrijwaringsprocedure),
verweerster in het incident,
advocaat: mr. A. Knigge te Amsterdam,
tegen
de vennootschap naar Luxemburgs recht,
Erikem Luxemburg S.A. (en liquidation volontaire)
te Luxemburg (Luxemburg),
gedaagde in de hoofdzaak (vrijwaringsproce-
dure),
eiseres in het incident,
advocaat: mr. D.J. Beenders te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Kemira en Erikem worden
genoemd.

1. De procedure (...; red.)

2. De feiten in het incident

2.1. De Europese Commissie (hierna: de Com-
missie) heeft bij beschikking van 11 juni 2008
(hierna: de beschikking) vastgesteld dat (onder
meer) Kemira heeft deelgenomen aan een natri-
umchloraatkartel gedurende de periode van
21 september 1994 tot 9 februari 2000.

2.2. Erikem is op 13 februari 1997 middellijk aan-
deelhouders van Kemira geworden. Erikem is
sinds 30 juni 1997 direct aandeelhouders van Ke-
mira. Erikem verkeert sinds 13 september 2015 in
liquidatie.

2.3. Erikem is een van de geadresseerden van de
beschikking.

2.4. CDC Project 13 SA (hierna: CDC) heeft bij
dagvaarding van 31 mei 2011 onder meer Kemira
voor deze rechtbank aangesproken tot vergoeding
van schade die afnemers van natriumchloraat
hebben geleden als gevolg van de kartelafspraken
waaraan Kemira heeft deelgenomen (hierna: de
hoofdprocedure). CDC had aanvankelijk ook
Akzo Nobel N.V. en Eka Chemicals AB (hierna:
Akzo en Eka) gedagvaard. De procedure tegen
Akzo en Eka is na het incidentele vonnis (over
onder meer de (internationale) bevoegdheid van
de rechtbank) van deze rechtbank van 4 juni 2014
(ECLI:NL:RBAMS:2014:3190) op de rol doorge-
haald.

2.5. Kemira heeft Erikem bij dagvaarding van
1 september 2011 in vrijwaring voor de rechtbank
opgeroepen (hierna: de vrijwaringsprocedure).

2.6. De rechtbank heeft bij het hiervoor vermelde
incidentele vonnis van 4 juni 2014 op vordering

van Kemira de hoofdprocedure en de vrijwarings-
procedure gevoegd.

2.7. Bij tussenvonnis van 10 mei 2017
(ECLI:NL:RBAMS:2017:3166) heeft de rechtbank
in de hoofdprocedure ten aanzien van een aantal
onderwerpen een tussenvonnis gewezen. De
rechtbank heeft tussentijds hoger beroep tegen dit
tussenvonnis opengesteld. CDC en Kemira zijn
van het vonnis in hoger beroep gegaan.

3. Het geschil

in de vrijwaringsprocedure

3.1. Kemira vordert – enigszins samengevat – dat
de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uit-
voerbaar bij voorraad en indien mogelijk gelijktij-
dig met het vonnis in de hoofdprocedure:

1. voor recht verklaart dat Erikem tegenover Ke-
mira gehouden is voor haar deel bij te dragen in
het bedrag waartoe Kemira in de hoofdprocedure
jegens CDC wordt veroordeeld en Erikem veroor-
deelt tot betaling van haar deel, nader op te ma-
ken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

2. voor recht verklaart dat Erikem tegenover Ke-
mira aansprakelijk is voor betaling van haar aan-
deel in de gerechtelijke kosten van verweer van
Kemira in de hoofdprocedure en haar veroordeelt
tot betaling van haar deel, nader op te maken bij
staat en te vereffenen volgens de wet;

3. Erikem veroordeelt in de proceskosten, waar-
onder de nakosten, te vermeerderen met wettelij-
ke rente.

3.2. Kemira legt – samengevat – aan haar vorde-
ring het volgende ten grondslag. CDC heeft haar
vordering in de hoofdprocedure primair gegrond
op Europese regelgeving en subsidiair op ver-
schillende door CDC genoemde nationale rechts-
regels. Volgens CDC volgt rechtstreeks uit de be-
schikking, de Europese regelgeving en de
jurisprudentie van het Hof van Justitie van de
Europese Unie dat de geadresseerden van de be-
schikking hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de
door de benadeelden als gevolg van de inbreuk
geleden schade. Erikem is geadresseerde van de
beschikking, maar niet door CDC in rechte be-
trokken. Als de rechtbank in de hoofdproce-
dure – conform de stellingen van CDC – oordeelt
dat een schending van artikel 81 EU-Verdrag
(rechtbank: thans artikel 101 VWEU) en artikel
53 EER-Overeenkomst, op zichzelf en/of onder
de diverse mogelijke toepasselijke nationale
rechtssystemen, voldoende grondslag biedt voor

hoofdelijke aansprakelijkheid, dan is ook Erikem hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die door CDC wordt gevorderd. Hieruit volgt dat Kemira dan een (regres)vordering heeft op Erikem voor haar aandeel in de door CDC van Kemira gevorderde schade en in de kosten van verweer van Kemira tegen de vordering van CDC.

3.3. Subsidiair stelt Kemira dat de Commissie in de beschikking heeft bepaald dat Erikem hoofdelijk aansprakelijk moet worden gehouden voor de door Kemira begane schending voor de periode van 13 februari 1997 tot 9 februari 2000. In de beschikking heeft de Commissie geoordeeld dat Erikem beslissende invloed heeft gehad op (het gedrag van) Kemira: Erikem hield in de periode van ten minste 13 februari 1997 tot 30 januari 2003 100% van de aandelen in Kemira, bepaalde besluiten die Kemira raakten konden uitsluitend worden genomen met toestemming van de Raad van Bestuur van Erikem, bepaalde strategische beslissingen konden pas worden genomen op voorstel van de Managing Director Finnish Chemical (de voormalige naam van Kemira, *rechtbank*) (die tevens aandeelhouder en lid van de Raad van Bestuur van Erikem was), het ondernemingsplan en de begroting van Kemira zijn opgesteld door deze persoon/ functionaris en/of rechtstreeks betrokken werknemers die rechtstreeks/ indirect aan deze persoon/functionaris rapporteerden. Ook in dat geval kan Kemira Erikem aanspreken tot een bijdrage in de schadevergoeding die Kemira aan CDC moet voldoen, vanwege de beslissende invloed en zeggenschap die Erikem had dan wel op grond van onrechtmatige daad, aldus Kemira.

3.4. Erikem voert verweer. In de kern komt dit verweer erop neer dat Erikem nooit enige betrokkenheid heeft gehad bij de door de Commissie vastgestelde inbreuk, dat van een bijdrageplicht geen sprake is, althans dat er geen grond is waarop Erikem tegenover Kemira gehouden is de door haar geleden schade te vergoeden.

in het incident

3.5. Erikem vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. de voeging van de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure op grond van artikel 222 Rv ongedaan maakt en een splitsing van de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure uitspreekt;
2. de vrijwaringsprocedure voortprocederen op de rol plaatst;

3. Kemira veroordeelt in de proceskosten, waaronder de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.6. Erikem legt aan haar incidentele vordering het volgende ten grondslag. Erikem wenst in de vrijwaringsprocedure door te procederen. Er is geen grond voor een regresvordering van Kemira op Erikem omdat Erikem civielrechtelijk niet (naast Kemira) hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade van CDC. In de hoofdprocedure is Erikem ook niet door CDC aangesproken en zal niet worden vastgesteld dat Erikem hoofdelijk aansprakelijk is op grond van Europees of nationaal recht. Ook indien Erikem wel hoofdelijk aansprakelijk zou zijn jegens CDC, heeft Kemira geen regresvordering op haar omdat de schuld Erikem niet aangaat (in de interne (*intercompany*) verhouding tot Kemira). Op deze gronden, en dus onafhankelijk van enige beslissing in de hoofdprocedure, moeten de vorderingen van Kemira in de vrijwaringsprocedure worden afgewezen. De beslissing in de vrijwaringsprocedure kan dus vooruitlopend op een beslissing in de hoofdprocedure worden genomen. Erikem verkeert sinds 2005 in liquidatie. Erikem heeft een zwaarwegend belang bij afsplitsing van de vrijwaringsprocedure, omdat de vrijwaringsprocedure de afronding van de vereffening verhindert. Totdat de vrijwaringsprocedure is afgerond, kan Erikem niet tot uitdeling aan haar schuldeisers en aandeelhouders overgaan. Tot slot ondervindt Kemira geen nadeel van het doorprocederen in de vrijwaringsprocedure, omdat de rechtsvraag in de vrijwaringsprocedure onafhankelijk van de hoofdprocedure kan worden afgedaan, zodat het belang van Erikem bij (vlotte) afdoening van de vrijwaringsprocedure dient te prevaleren.

3.7. Kemira voert verweer. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van belang, (nader) worden ingegaan.

4. De beoordeling in het incident

rechtsmacht

4.1. Kemira is gevestigd in Finland, Erikem is in Luxemburg gevestigd. De vrijwaringsprocedure, en daarmee ook dit incident, heeft aldus een internationaal karakter. De rechtbank is gehouden ambtshalve na te gaan of haar rechtsmacht toekomt. Omdat zowel Kemira als Erikem woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie en de vrijwaringsprocedure

is aangebracht vóór 10 januari 2015, blijft de (oude) EEX-Vo (Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) van toepassing. Op grond van artikel 6 lid 2 EEX-Vo (oud) is, in het geval van een vordering tot vrijwaring, het gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt bevoegd om van de vordering kennis te nemen, tenzij de vordering slechts is ingesteld om de gedaagde te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die in zijn zaak bevoegd zou zijn. De rechtbank heeft in de hoofdprocedure geoordeeld dat haar ten aanzien van de vordering tegen Kemira rechtsmacht toekomt. In de onderhavige vrijwaringsprocedure vordert Kemira dat Erikem haar vrijwaart voor hetgeen zij aan CDC moet voldoen. Niet is gesteld dat de vordering slechts is ingesteld om Erikem te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die in haar zaak bevoegd zou zijn. De rechtbank acht zich daarmee (op grond van artikel 6 lid 2 EEX-Vo (oud)) bevoegd om kennis te nemen van het geschil in het incident en in de hoofdzaak (vrijwaringsprocedure).

verder in het incident

4.2. De vordering van Erikem ziet op afsplitsing van de vrijwaringsprocedure van de hoofdprocedure, zodat in de vrijwaringsprocedure kan worden voortgeprocedeerd.

4.3. Uitgangspunt bij een hoofdprocedure en vrijwaringsprocedure is dat het in het algemeen de voorkeur verdient de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure gelijktijdig af te doen, en, indien dat niet mogelijk is, eerst de hoofdprocedure af te doen (zie in dit verband ook artikel 215 Rv). In voorkomend geval kan de rechter, wanneer daartoe aanleiding bestaat, ervoor kiezen in de vrijwaringsprocedure te beslissen voordat in de hoofdzaak einduitspraak wordt gedaan. De vrijwaringsprocedure kan echter in ieder geval nog niet worden afgedaan als de uitkomst afhangt, of redelijkerwijs kan afhangen, van de beslissing of het debat in de hoofdprocedure (zie HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388).

4.4. Naar het oordeel van de rechtbank is er in dit geval aanleiding om af te wijken van het onder 4.3 weergegeven uitgangspunt. Voorop wordt gesteld dat het in dit geval gaat om een vrijwaringsprocedure van een dochtermaatschappij (een van de deelnemers aan het kartel) jegens haar (voormali-

ge) moedermaatschappij die (mededingingsrechtelijk) tot dezelfde *onderneming* in de zin van artikel 101 VWEU behoorde. Erikem heeft terecht aangevoerd dat het antwoord op de vraag of zij als moedermaatschappij jegens haar (voormalige) dochtermaatschappij een bijdrageplicht heeft in het geval dat Kemira in de hoofdprocedure wordt veroordeeld een bedrag aan schadevergoeding te betalen aan CDC, *niet* afhankelijk is van de uitkomst in de hoofdprocedure. Zoals Erikem eveneens terecht heeft aangevoerd gaat de discussie in de hoofdprocedure over de bijdrageplicht over de vraag welke bijdrageplicht ieder van de beboete *ondernemingen* heeft voor de schade waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. De vraag die in de vrijwaringsprocedure zal moeten worden beantwoord, is of Erikem jegens haar voormalige dochtervennootschap Kemira (die tot dezelfde *onderneming* behoorde) gehouden is om iets bij te dragen. Dat is een andere discussie. Met Erikem ziet de rechtbank vooralsnog niet dat een afsplitsing en eerdere afdoening van de vrijwaringsprocedure tot gevolg kan hebben dat in de hoofdprocedure en in de vrijwaringsprocedure tegenstrijdige beslissingen worden gegeven.

4.5. Kemira heeft betoogd dat de rechtbank in het incidentele vonnis van 4 juni 2014, waarbij de hoofdprocedure is gevoegd met de vrijwaringsprocedure, reeds heeft geoordeeld dat de geadresseerden van de beschikking worden geacht dezelfde inbreuk te hebben gepleegd. Erikem betwist dit. Zij stelt dat zij weliswaar geadresseerde is van de beschikking, maar dat de Commissie niet heeft vastgesteld dat zij heeft deelgenomen aan het natriumchloraatkartel. In de vrijwaringsprocedure zal moeten worden uitgemaakt of de omstandigheid dat zij medegeadresseerde van de beschikking is, van betekenis is voor haar eventuele aansprakelijkheid (bijdrageplicht) jegens Kemira.

4.6. De rechtbank volgt Erikem daarin. In het vonnis van 4 juni 2014 is – in het kader van het bevoegdheidsincident en niet in het kader van het voegingsincident – overwogen dat voorshands de door CDC gestelde marktvervalsing centraal staat bij de beoordeling in de hoofdzaak. De rechtbank heeft in dat verband voorshands geoordeeld dat de geadresseerden van de beschikking, zoals CDC in het kader van het bevoegdheidsincident naar het oordeel van de rechtbank voldoende had toegelicht, geacht worden dezelfde inbreuk te hebben gepleegd, en dat daarom voorshands moet worden aangenomen dat sprake is van eenzelfde situ-

atie rechtens. In hetzelfde incidentele vonnis is overigens overwogen dat de positie van een geadresseerde moedermaatschappij (Akzo) volgens de beschikking niet op één lijn kan worden gesteld met de positie van haar dochtermaatschappij (Eka). De rechtbank merkt verder op dat Erikem – die geen partij is in de hoofdprocedure – zich destijds niet heeft kunnen uitlaten over de eerdere beslissing (in het incidentele vonnis van 4 juni 2014) tot voeging van de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure.

4.7. Het komt de rechtbank voor dat er geen redenen (van doelmatigheid) zijn om het principiële debat over de vraag of Erikem jegens Kemira een bijdrageplicht heeft, niet thans reeds in de vrijwaringsprocedure te voeren. Indien in de vrijwaringsprocedure wordt geoordeeld dat Erikem een bijdrageplicht heeft (of dat de vraag of zij een bijdrageplicht heeft tóch samenhangt met het debat in de hoofdprocedure), kunnen de beide procedures alsnog opnieuw worden gevoegd.

4.8. Kemira heeft nog aangevoerd dat in de hoofdprocedure ook de vraag zal moeten worden beantwoord wat de bijdrageplicht is van de moedermaatschappij van Arkema (Elf). Dit betreft evenwel de vraag naar de bijdrageplicht van ieder van de beboete *ondernemingen* (zie hiervoor onder 4.4) en dus niet zozeer de vraag die in de onderhavige vrijwarings-procedure moet worden beantwoord.

4.9. Ten slotte heeft Kemira erop gewezen dat zij ook Aragonesas en haar moeder-maatschappij Uralita in vrijwaring heeft opgeroepen en dat ook in die vrijwaringszaak de vraag voorligt welk deel van de schade kan worden toegerekend aan Uralita in haar hoedanigheid van moedermaatschappij. Als in die vrijwaringszaak (met zaak- en rolnummer C/13/56962 / HA ZA 14-747) inderdaad dezelfde principiële vraag voorligt als in deze vrijwaringsprocedure, is het mogelijk doelmatig om de vrijwaringszaak tegen Aragonesas en Uralita te voegen met de onderhavige vrijwaringsprocedure (ook om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen). Kemira kan hiertoe desgewenst een incidentele vordering instellen, waarop de rechtbank dan zal beslissen.

4.10. Dit alles betekent dat de rechtbank zal beslissen de onderhavige vrijwarings-procedure af te splitsen van de hoofdprocedure.

4.11. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank
in het incident en de hoofdzaak (de vrijwaringsprocedure)

5.1. maakt ongedaan de voeging van de vrijwaringsprocedure met de bij de rechtbank aanhangige hoofdzaak met zaak- en rolnummer C/13/500953 / HA ZA 11-2560,

5.2. verwijst de vrijwaringsprocedure naar de rol van 19 september 2018 voor opgave verhinderdata voor de eerste drie maanden van 2019 waarna een comparitie van partijen zal worden bepaald,

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Introductie

Een kartelinbreuk vergt naar zijn aard betrokkenheid van twee of meer (markt)partijen. Deze partijen zijn – naar Nederlands recht – in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die door hun inbreuk is veroorzaakt. Een hoofdelijk verbonden schuldenaar kan regres nemen op zijn medeschuldenaren, voor zover hij wordt gehouden tot betaling van de hoofdelijke schuld boven zijn draagplicht. Vrijwaringsprocedures zijn zodoende in kartelschadeland een veel voorkomend fenomeen. De hier gepubliceerde zaak is daar een voorbeeld van.

Verhouding tussen hoofdzaak en vrijwaringszaak

Een vrijwaringsprocedure is erop gericht de nadelige effecten van een veroordeling in een procedure – de hoofdzaak – af te wentelen op een derde (de waarborg). Dit kan door de waarborg in vrijwaring op te roepen. De gedaagde in de hoofdzaak, tevens eiser in vrijwaring, kan dit ofwel doen vóór dag waarop de hoofdzaak voor het eerst dient, ofwel tijdens de procedure, zij het met toestemming van de rechter (art. 210 lid 1 Rv). De vrijwaringszaak is dan verbonden met de hoofdzaak. In de praktijk wordt vaak om voeging van de twee procedures op de voet van art. 222 Rv verzocht. Indien de vrijwaringvordering zelfstandig wordt ingesteld (zonder een verlot in de hoofdzaak), bijvoorbeeld door oproeping in vrijwaring tegen de dag waarop de hoofdzaak moet worden aangebracht, zal een voeging telkens nodig zijn om een koppeling tussen de procedures te verkrijgen (*GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 2 Rv, aant. 6).

De (mogelijkheid tot een) koppeling tussen de vrijwarings- en hoofdprocedure brengt voor procespartijen diverse voordelen mee boven een zelfstandige vrijwaringsprocedure. De internationale bevoegdheid van de rechter in de hoofdzaak schept steeds rechtsmacht voor de vrijwaringsprocedure (zie art. 8 lid 2 Brussel I-bis Verordening en art. 7 lid 2 Rv). Verder kan de waarborg zich in de hoofdzaak voegen zonder dat daar een incidentele vordering voor nodig is (art. 214 Rv). Bij gekoppelde zaken is de wet er bovendien op gericht dat de beide procedures zoveel mogelijk gelijktijdig en voor dezelfde rechter worden afgedaan, teneinde tegenstrijdige uitspraken te voorkomen (art. 215 en 216 Rv). Gelijktijdige afdoening van de beide procedures is in het belang van de gewaarborgde, want dan kan hij bij een voor hem ongunstige uitkomst in de hoofdzaak zonder verdere vertraging regres nemen op de waarborg, voor zover zijn vordering in de vrijwaringszaak slaagt. Dit beperkt voor hem de noodzaak van voorfinancieren en vermindert het risico dat de waarborg uiteindelijk onvoldoende verhaal biedt. Deze gelijktijdige behandeling wordt in de literatuur ook wel geduid als voeging van rechtswege, maar een zaaksvoeging is het strikt genomen niet. Over de (processuele) koppeling tussen hoofdzaak en vrijwaringszaak gaat het hier besproken tussenvonnis.

Procesgang

De eiseres in deze vrijwaringsprocedure (Kemira Chemicals Oy) is door de Europese Commissie beboet voor een kartelinbreuk op de markt voor natriumchloraat, een chemisch product dat onder meer wordt toegepast als bleekmiddel bij de productie van papier. Zij is vervolgens door een claim vehikel (CDC Project 13 S.A.) voor de Rechtbank Amsterdam aangesproken tot vergoeding van schade die door deze kartelinbreuk is veroorzaakt. Daarop heeft Kemira de gedaagde in deze vrijwaringsprocedure (Erikem Luxemburg S.A.) in vrijwaring opgeroepen. Erikem hield gedurende een deel van de inbreukperiode 100% van de aandelen in het vermogen van Kemira en is tevens geadresseerde van het boetebesluit van de Commissie.

Hangende de hoofdprocedure heeft CDC de vorderingen jegens drie medegedaagden van Kemira in de hoofdzaak (Akzo Nobel N.V., Eka Chemicals AG en Arkema France S.A.) ingetrokken en haar eis jegens Kemira verminderd met de

draagplicht van de desbetreffende partijen (ECLI:NL:RBAMS:2017:3166, r.o. 1.2 en 3.1). Aan die eisverminderingen liggen kennelijk schikkingen met een regeling op grond van art. 6:14 BW (of een equivalent daarvan) ten grondslag. Om de omvang van die eisverminderingen vast te stellen zal in de hoofdprocedure moeten worden nagegaan in welke mate de totale hoofdelijke schuld de desbetreffende (weggeschikte) partijen aangaat in de interne verhouding tot de andere hoofdelijke schuldenaren, waaronder Kemira. In de hier besproken vrijwaringsprocedure vordert Kemira, kort gezegd, dat Erikem 'voor haar deel' bijdraagt in het bedrag waarin Kerima in de hoofdprocedure wordt veroordeeld, evenals in de kosten van verweer in die procedure. Aan deze vordering legt Kemira ten grondslag dat CDC in de hoofdprocedure stelt dat alle geadresseerden van het boetebesluit hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die het kartel heeft veroorzaakt en dat – als die stelling van CDC slaagt – daaruit volgt dat ook Erikem hoofdelijk aansprakelijk is. Kemira meent in dat geval een regresvordering op Erikem te hebben (r.o. 3.2). Verder stelt Kemira dat uit het boetebesluit van de commissie zou volgen dat Erikem in de relevante periode 'beslissende invloed heeft gehad op (het gedrag van) Kemira' en zij stelt (subsidiar) ook om die reden een (regres)vordering te hebben op Erikem 'vanwege de beslissende invloed en zeggenschap die Erikem had dan wel op grond van onrechtmatige daad' (r.o. 3.3). Erikem betwist dat zij enige betrokkenheid heeft gehad bij de door de Commissie vastgestelde kartelinbreuk. Daarom meent zij dat zij niet (naast Kemira) hoofdelijk aansprakelijk is voor de gevolgen van de kartelinbreuk en dat op haar geen verplichting rust om bij te dragen in de vergoeding van schade die door die inbreuk is veroorzaakt. Omdat Erikem al sinds 2005 in liquidatie verkeert en de vrijwaringsaanspraak van Kemira de vereffening verhindert, stelt zij belang te hebben bij een vlote afdoening van de vrijwaringszaak. Dit wordt echter belemmerd doordat de zaak is gevoegd op de voet van art. 222 lid 1 Rv met de hoofdzaak tussen CDC en Kemira (ECLI:NL:RBAMS:2014:3190, r.o. 2.33), welke procedure kennelijk niet erg opschiet. Kemira vordert daarom in een incident dat de rechtbank de vrijwaringszaak splitst van de hoofdzaak, zodat kan worden voortgeprocedeerd (r.o. 3.5 en 3.6).

Ontkoppeling vrijwaringsprocedure

In het arrest *Paulissen/Gemeente Tilburg e.a.* van 6 februari 1998 maakte de Hoge Raad uit dat – hoewel gelijktijdige afdoening de voorkeur heeft (zie nr. 2 hiervoor) – geen rechtsregel de rechter belet een einduitspraak te doen in de vrijwaringszaak voordat de hoofdzaak is afgedaan (NJ 1998/350, r.o. 3.3). De hoofd- en vrijwaringszaken zijn immers zelfstandige procedures, waarin afzonderlijk wordt geprocedeerd en beslist. Stellingen en processtukken van partijen die in een procedure zijn ingebracht, maken in beginsel geen deel uit van de andere procedure, net zo min als vaststellingen en oordelen van de rechter (HR 4 februari 2005, NJ 2006/504). Dit wordt aangeduid als het beginsel van materiële zelfstandigheid. Niettemin kunnen ontwikkelingen in de hoofdzaak doorwerken in de vrijwaringszaak, gelet op het afhankelijke karakter van de vordering in vrijwaring. Omdat de gewaarborgde afwenteling van de gevolgen van de hoofdzaak vordert, heeft een eisvermindering of afwijzing in de hoofdzaak rechtstreekse gevolgen voor de vrijwaring. Ook het debat en de beoordeling in de hoofdzaak kan een rol spelen bij de toewijsbaarheid van de vrijwaringsvordering. Bijvoorbeeld de vraag voor welke schade de gewaarborgde aansprakelijk is, kan relevant zijn voor de vrijwaringzaak, omdat de gewaarborgde mogelijk niet voor alle vormen van schade een regresrecht heeft. Dit was aan de hand in het door de rechtbank aangehaalde arrest *Eiseres/Grindacc* van 15 september 2017, waarin de Hoge Raad om die reden oordeelde dat geen eindbeslissing in de vrijwaringszaak kan worden gegeven, voor zover deze beslissing afhangt of redelijkerwijze kan afhangen van de uitkomst of het debat in de hoofdzaak («JBPr» 2018/4, m.nt. Stein, r.o. 3.3.2). Naar aanleiding van de incidentele vordering van Erikem tot ontkoppeling van de vrijwaringsprocedure, is dus van belang in hoeverre de vordering in de vrijwaringszaak afhankelijk is van het debat en de uitkomst van de hoofdzaak. De rechtbank oordeelt dat de vraag in hoeverre Erikem een verplichting tot bijdrage heeft in de schadevergoeding waartoe Kemira wordt veroordeeld (vooralsnog) niet afhankelijk is van de uitkomst in de hoofdprocedure en dat de vrijwaringszaak daarom vooruitlopend op de hoofdzaak kan worden uitgeprocedeerd. De voeging wordt in het dictum ongedaan gemaakt. De rechtbank overweegt daartoe dat de discussie in de hoofdzaak

ziet op de vraag welke bijdrageplicht ieder van de beboete *ondernemingen* heeft (welke discussie kennelijk plaatsvindt naar aanleiding van de vermindering van de eis door CDC met de draagplicht van diverse hoofdelijk medeschuldenaren, zie nr. 5 hiervoor). De vraag die in de vrijwaringszaak voorligt, is of Erikem jegens haar voormalige dochtervennootschap Kemira een bijdrageplicht heeft en dat is volgens de rechtbank een andere discussie (r.o. 4.4).

Duiding oordeel rechtbank

Voor een goed begrip van het oordeel van de rechtbank is het zinvol eerst nader te kijken naar de grondslag van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kartelinbreuken. Op grond van het Europese recht heeft een ieder die schade leidt als gevolg van een kartelinbreuk, recht op vergoeding van die schade. Dit Unierechtelijke recht op schadevergoeding vloeit volgens het Hof van Justitie rechtstreeks voort uit in art. 101 VWEU neergelegde kartelverbod (NJ 2014/424, r.o. 29). Dit kartelverbod richt zich echter tot *ondernemingen*. Ook art. 11 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn (2014/104/EU) schrijft voor dat *ondernemingen* die door gemeenschappelijk optreden een inbreuk maken op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade, hetgeen met die woorden in Nederland is geïmplementeerd in art. 6:193m lid 1 BW. Een onderneming is echter geen rechtssubject dat in civielrechtelijke zin rechten en verplichtingen kan dragen of waartegen een executoriale titel ten uitvoer kan worden gelegd. Een onderneming in mededingingsrechtelijke zin is een economische eenheid die marktactiviteiten uitoefent, ongeacht de rechtsvorm of wijze van financiering en kan bestaan uit één of meer (rechts)personen (NJ 2008/161, r.o. 38). Een geïsoleerde zal zijn schadevergoedingsactie dus moeten richten tegen één of meer (rechts)personen binnen de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd, bijvoorbeeld de rechtspersoon die de concurrentiebeperkende afspraken heeft gemaakt. De rechtspraak over de vraag welke entiteiten binnen een onderneming civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden en of iedere entiteit die is beboet ook (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de door het kartel veroorzaakte schade, is nog niet uitgekristalliseerd (MvV 2019-7/8, p. 279-285).

Het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 4.4 lijkt te impliceren dat de onderneming waarvan Kemira en Erikem deel uitmaakten hoofdelijk aansprakelijk is, naast de andere ondernemingen die deelnamen aan het kartel, en dat in de onderlinge verhouding tussen deze *ondernemingen* (dus niet: rechtspersonen) een verplichting tot bijdragen bestaat. Hoe de plicht tot bijdragen van een individuele onderneming zou moeten worden verdeeld onder de groepsvennootschappen binnen de onderneming – in dit geval tussen Kemira en Erikem – is in de redenering van de rechtbank een op zichzelf staande discussie. Deze discussie is volgens de rechtbank niet afhankelijk van de vraag wat de draagplicht is van de onderneming in de onderlinge verhouding tot andere ondernemingen. Dit is voor zover mij bekend een benadering waarover nog geen rechtspraak bestaat.

In wezen gaat deze redenering uit van een gestapelde hoofdelijkheid en regres:

ten eerste de horizontale hoofdelijke verbondenheid van *ondernemingen* voor vergoeding van de schade die door een kartelinbreuk is veroorzaakt, met daarbij de verplichting tot bijdragen in deze hoofdelijke schuld in de onderlinge verhouding tussen deze ondernemingen; en ten tweede de verticale hoofdelijke verbondenheid van groepsentiteiten *binnen* de onderneming voor de regresvordering van (rechtspersonen uit) andere ondernemingen, met onderling de verplichting tot bijdragen in die schuld.

Vanuit het perspectief van een hoofdelijk verbonden schuldenaar die regres wil nemen op zijn medeschuldenaren is dit wellicht een gunstige benadering, omdat hij zich niet hoeft te bekommeren over de vraag welke rechtspersoon binnen een onderneming in welke mate aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen (uitgaande van de verdeelsleutel van art. 6:101 lid 1 BW). Deze benadering lijkt ook aan te sluiten bij art. 6:193n BW, welke bepaling (gelezen in samenhang met art. 6:193k onder b BW) volgens de woordelijke tekst een regresrecht verleent aan een inbreukmakende *onderneming* jegens andere *ondernemingen* (zie ook art. 11 lid 5 jo. art. 2 sub 2 Kartelschaderichtlijn). Zij veronderstelt dat een groepsvennootschap uit hoofde van regres kan worden aangesproken voor de gehele draagplicht van de onderneming waar hij gedurende de inbreuk deel van uitmaakte – en (zo gezien) dus voor meer dan het gedeelte van de schuld

dat hem individueel aangaat. Hij zal dan op zijn beurt voor dat meerdere regres moeten nemen op de andere vennootschappen binnen de onderneming, hetgeen weer zal leiden tot ondervrijwaring.

De rechtbank ontleent deze verdelingssystematiek kennelijk rechtstreeks aan het Unierecht (art. 101 VWEU; de Kartelschaderichtlijn en art. 6:193k BW zijn temporeel in ieder geval niet van toepassing). Of het Unierecht hiervoor inderdaad een grondslag biedt, heeft het Hof van Justitie nog niet uitgemaakt. De door de rechtbank gekozen systematiek sluit in ieder geval niet één-op-één aan op de regresregeling naar Nederlands recht, die er immers van uitgaat dat een (rechts)persoon uit hoofde van regres niet voor meer kan worden aangesproken dan hetgeen hem in de interne verhouding tot de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren aangaat (op de regresverhouding is overigens het recht van toepassing dat de hoofdelijke schuld beheerst, art. 20 Rome II-Vo). Een onderneming is in ons privaatrecht bovendien geen figuur die rechtstreeks kan worden geadresseerd. Op die basis zou bij regresacties dus door de onderneming moeten worden heen gekeken naar de extern aansprakelijke (rechts)personen, om zodoende uitsluitend de eigen draagplicht van de (rechts)persoon vast te stellen in de onderlinge verhouding tot de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren (niet zijnde ondernemingen).

Toepassing van een systeem van gestapelde hoofdelijkheid brengt ook andere complicaties mee. Over welke schuldenaren wordt een onverhaalbaar gebleken deel omgeslagen (vergelijk art. 6:13 lid 1 BW)? Moeten de vennootschappen in dezelfde onderneming daarvoor opdraaien of kunnen ook (rechtspersonen uit) andere ondernemingen daarvoor worden aangesproken? De eerste optie ligt voor de hand, maar een grondslag hiervoor is niet duidelijk aanwijsbaar. Verder is voor de praktijk van belang dat wanneer bij een schikking een regeling in de zin van art. 6:14 BW wordt afgesproken, deze verplicht tot vermindering van de eis met de interne draagplicht van de gehele *onderneming* en niet slechts van de schikkende rechtspersoon.

Terug naar de hier besproken uitspraak. Staat het debat over de draagplicht van Erikem inderdaad los van het debat in de hoofdzaak, zodat de vrijwaringsprocedure vooruitlopend op de hoofdzaak kan worden afgedaan? Op basis van de be-

nadering die de rechtbank kiest, is de uitkomst van de hoofdzaak inderdaad niet beslissend voor de bepaling van de interne verhouding – mits procentueel uitgedrukt – tussen Erikem en Kemira (en eventuele andere entiteiten binnen de onderneming die voor de kartelinbreuk aansprakelijk is). Zou ook het bedrag waarin Kemira dient bij te dragen moeten worden vastgesteld, dan zou uiteraard wel eerst het debat in de hoofdzaak moeten worden afgewacht. Als daarentegen wordt uitgegaan van de ‘conventionele’ benadering, te weten dat de relatieve draagplicht van Kemira moet worden bepaald in verhouding tot alle andere hoofdelijk verbonden schuldenaren, waaronder de rechtspersonen binnen andere aansprakelijke ondernemingen, dan zal de uitkomst van de hoofdzaak zonder meer moeten worden afgewacht. Daarin ligt immers de bijdrageplicht van diverse andere partijen ter beoordeling voor, in verband met de vermindering van de eis door CDC met de draagplicht van Akzo Nobel N.V., Eka Chemicals AG en Arkema France S.A. Dit alles laat echter onverlet dat de rechtbank, hangende de hoofdzaak, al een eindvonnis kan wijzen in de vrijwaringszaak, indien zij tot het oordeel zou komen dat Erikem in het geheel geen verplichting tot bijdragen heeft. Zoals de rechtbank ook overweegt in rechtsoverweging 4.7 kunnen de beide procedures bovendien weer worden gevoegd, als blijkt dat de beoordeling in de vrijwaring toch afhankelijk is van het debat of de uitkomst van de hoofdzaak.

De civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is, onder invloed van het Unierecht, nog volop in ontwikkeling. Unierechtelijke figuren, zoals het ondernemingsbegrip, moeten hun plaats krijgen in de civielrechtelijke stelsels van de lidstaten. Dit leidt niet alleen tot lastige vraagstukken in het aansprakelijkheidsrecht, maar heeft ook procesrechtelijke implicaties, zoals het hier besproken tussenvonnis illustreert.

mr. S.L. Boersen
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

52

Ook in conservatoire fase moet derde-beslagene verklaring afleggen

Rechtbank Amsterdam
1 april 2019, nr. C/13/661319/KG ZA 19-104,
ECLI:NL:RBAMS:2019:2920
(mr. Bakels)
Noot mr. M.A.J.G. Janssen

Derdenbeslag. Derdenverklaring en conservatoire fase. Vordering tot aanvulling derdenverklaring in kort geding.

[Rv art. 476a, 476b, 477a, 720]

Op grond van de art. 476a en 476b Rv (in samenhang gezien met art. 720 Rv) is de derde-beslagene in de conservatoire fase van een beslag verplicht aan de beslaglegger om een juiste en volledige verklaring af te leggen over wat door het beslag is getroffen. Indien hieraan niet of niet volledig wordt voldaan, kan de beslaglegger deze verplichting afdwingen in kort geding.

De rechtspersoon naar Oekraïens recht, *national joint stock company Naftogaz of Ukraine* te Kiev (Oekraïne), eiseres bij dagvaarding van 8 maart 2019, advocaat mr. R.M. Avezaat te Rotterdam, tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
South Stream Transport B.V.,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Gazprom Ep International B.V.,
 3. de coöperatie,
Gazprom Holding Coöperatie U.A.,
 4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
Blue Stream Pipeline Company B.V.,
- allen te Amsterdam,
gedaagden,
advocaat van gedaagden 1 tot en met 3 mr. J.Ph. de Korte te Amsterdam, advocaat van gedaagde 4 mr. L.P. Wiggers te Amsterdam.