

Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?

*Mr. S.L. Boersen en mr. S. de Jong**

1 Inleiding

Personen die schade lijden als gevolg van een kartelinbreuk hebben recht op vergoeding van die schade. Bij gebreke van een Unierechtelijke regeling, worden de voorwaarden van dergelijke schadevergoedingsvorderingen overgelaten aan de interne rechtsorde van de lidstaten. In het arrest Vantaa/Skanska e.a. van 14 maart 2019 oordeelde het Hof van Justitie echter dat de doorwerking van het Europese recht verder gaat.¹ De vraag welke partij aansprakelijk is voor de schade die door een kartelinbreuk is veroorzaakt, wordt volgens het Hof beantwoord door het Unierecht. De normadressaat die het Hof van Justitie daarvoor formuleert, is ontleend aan het publieke mededingingsrecht: aansprakelijk is de onderneming die de inbreuk pleegde. De onderneming is in het privaatrecht echter geen herkenbaar rechtssubject. Voor de vergoeding van schade die de aansprakelijke onderneming heeft veroorzaakt, moet dus een rechtspersoon uit de onderneming worden aangewezen. Daarvoor kan, aldus de beantwoording van de prejudiciële vragen in het Skanska-arrest, onder omstandigheden het beginsel van economische continuïteit worden toegepast. Dit beginsel kan de Commissie hanteren bij het opleggen van geldboetes, indien de inbreukmakende vennootschap rechtens of economisch gezien is opgehouden te bestaan. De partij die de commerciële activiteiten heeft voortgezet kan in dat geval verantwoordelijk worden gehouden voor de betaling van de boete en – blijkens de Skanska-uitspraak – tevens voor de vergoeding van schade. In hoeverre bij de allocatie van civielrechtelijke aansprakelijkheid ook andere mededingingsrechtelijke figuren doorwerken, kan uit de uitspraak niet worden opgemaakt. Naar onze mening moet die vraag terughoudend worden beantwoord, omdat voor een brede doorwerking van het ondernemingsbegrip in de civielrechtelijke context geen rechtvaardiging bestaat.

2 Het Unierechtelijke recht op schadevergoeding

Art. 101 VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) verbiedt concurrentiebeperkende afspraken tussen ondernemingen.² Dit kartelverbod bepaalt dat dergelijke verboden afspraken van rechtswege nietig zijn. De Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten handhaven dit verbod door het opleggen van boetes, de zogeheten ‘publieke handhaving van het mededingingsrecht’. Naast deze publieke handhaving bestaat het fenomeen van de ‘privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht’. Al decennia geleden oordeelde het Hof van Justitie dat het kartelverbod rechtstreekse werking heeft en rechten en verplichtingen in het leven roept voor justitiabelen.³ Dit betekent dat eenieder zich op de nietigheid van kartelafspraken kan beroepen. Sinds het arrest Courage/Crehan van 20 september 2001 weten wij bovendien dat er meer rechten en plichten voortvloeien uit art. 101 VWEU.⁴ In die uitspraak oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat aan de volle werking en in het bijzonder het nuttige effect van het kartelverbod zou worden afgedaan als niet eenieder vergoeding kan vorderen van schade die is veroorzaakt door een kartelinbreuk. Het Hof spreekt van vorderingen ter bescherming van de rechten die justitiabelen ontleenen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht (r.o. 29).

Kijkende naar de tekst van art. 101 VWEU, is de Courage/Crehan-uitspraak van het Hof van Justitie verstrekkend. De opstellers van het verdrag hebben immers niet meer bepaald dan dat afspraken en onderling afgestemde gedragingen die de mededinging kunnen beperken verboden zijn en dat overeenkomsten die strijdig zijn met dit verbod van rechtswege nietig zijn. Een zelfstandige grondslag voor een recht op schadevergoeding is in de tekst niet terug te vinden. Het Hof wijst er echter op dat het verdrag niet alleen expliciet verplichtingen oplegt, maar dat verplichtingen ook als ‘weerslag’ van duidelijk

* Mr. S.L. Boersen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Mr. S. de Jong is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Vantaa/Skanska e.a.). Tevens geannoteerd in Ondernemingsrecht 2019/74 door B.J. Drijber, in JOR 2019/151 door S.A. van Dijk. Zie verder Robbert Jaspers en Tom Binder, Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving, *M&M* 2019, p. 112-119.

2. Dit verbod was voorheen neergelegd in art. 85 EG-Verdrag.

3. HvJ EG 30 januari 1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6 (BRT c.s.), nr. 16.

4. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, NJ 2014/424, m.nt. M.R. Mok (Courage/Crehan).

bepaalde verdragsvoorschriften kunnen ontstaan.⁵ Met dit uitgangspunt in het achterhoofd heeft het Hof het recht op vergoeding van schade ingelezen in het doel van het kartelverbod, te weten een daadwerkelijke vrije mededinging in de Unie.⁶ Het recht op schadevergoeding draagt volgens het Hof bij aan het nuttige effect van het kartelverbod, omdat de verplichting tot schadeloosstelling het maken van concurrentiebeperkende afspraken minder aantrekkelijk maakt. Schadevergoedingsacties dragen volgens het Hof daarom bij aan de handhaving van de eerlijke mededinging. Dit is ook een van de redenen waarom A-G Van Gerven al in 1993 in zijn conclusie voor het arrest *Banks/British Coal* pleitte voor een Europees recht op schadevergoeding.⁷

Het recht op schadevergoeding wordt dus ontleend aan het Unierecht, maar omdat verdere regelgeving ten tijde van het arrest *Courage/Crehan* ontbrak, is de beoordeling van dit recht op grond van het beginsel van processuele autonomie een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten.⁸ Zij moeten – uiteraard met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel – procedure-regels vaststellen ter bescherming van dit schadevergoedingsrecht, aldus het Hof van Justitie.⁹ Hiermee lijkt het Hof ruimte te geven aan het interne recht van de lidstaten om inhoudelijk gestalte te geven aan dit recht.¹⁰ Voor deze ogenschijnlijke ruimte zijn ook wel aanwijzingen te vinden in latere uitspraken, waaronder de zaak *CDC/Akzo* waarin het Hof overwoog dat de voorwaarden voor civiele aansprakelijkheid door het nationale recht van iedere lidstaat wordt bepaald.¹¹ Ook het vaststellen van regels voor de feitelijke toepassing van het begrip causaal verband is volgens het Hof een aangelegenheid van de lidstaten.¹² Daar staat tegenover dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak na de *Courage/Crehan*-beslissing verdere invulling heeft gegeven aan het Europese recht op schadevergoeding. In het arrest *Manfredi* oordeelde het Hof

bijvoorbeeld dat dit recht ziet op vergoeding van alle schade die in causaal verband staat met de mededingingsinbreuk, waarbij het een autonoom Unierechtelijk schadebegrip formuleerde.¹³ Daarnaast is de private handhaving van het mededingingsrecht sinds medio 2014 vergaand – doch niet uitputtend – op Europees niveau geharmoniseerd door de Kartelschaderichtlijn, waarin onder meer regels zijn voorgescreven inzake verjaring, toegang tot bewijsmateriaal en het ‘doorberekeningsverweer’.¹⁴ In deze Kartelschaderichtlijn is echter niet geregeld welke entiteit de door een mededingingsinbreuk veroorzaakte schade moet vergoeden.¹⁵ Wordt dat bepaald door het Unierecht of door het nationale recht? Op grond van het *Skanska*-arrest blijkt dat het Europese recht op dit punt verder doorwerkt dan velen vermoeden. Het Hof oordeelt in de *Skanska*-beslissing namelijk dat de aansprakelijke partij rechtstreeks door het Unierecht wordt aangewezen.¹⁶

3 Het Skanska-arrest

Deze prejudiciële procedure ziet op een kartel op de Finse asfaltmarkt tussen 1994 en 2002. De stad Vantaa, die in de periode 1998 tot en met 2001 asfalteringswerkzaamheden had laten uitvoeren, start in 2009 een schadevergoedingsactie in Finland, waarbij zij vergoeding vordert van de meerkosten die zij als gevolg van het kartel heeft moeten betalen. Drie vennootschappen die aan het kartel hadden deelgenomen waren op dat moment echter al ontbonden, nadat zij hun economische activiteiten hadden overgedragen (kennelijk via activa-passivatransacties) aan andere partijen, te weten SIS, NCC en Asfaltmix. Om die reden stelt Vantaa de vordering in tegen onder meer deze drie verkrijgende vennootschappen.

SIS, NIC en Asfaltmix betwisten dat zij aansprakelijk zijn voor de schade die was veroorzaakt door de vennootschappen van wie zij de commerciële activiteiten hebben overgenomen. Dat zijn immers juridisch zelfstandige rechtspersonen, met een eigen vermogen en die eigen aansprakelijkheid dragen. Vantaa had de vorderingen volgens SIS, NIC en Asfaltmix daarom moeten indienen in de liquidatieprocedures van de ontbonden vennootschappen.

In eerste aanleg oordeelt de rechter dat het in deze situatie voor Vantaa in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is de schade vergoed te zien op grond van het Finse aansprakelijk-

5. HvJ EG 20 september 2001, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), r.o. 19.

6. HvJ EG 20 september 2001, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), r.o. 27.

7. Conclusie A-G Van Gerven 27 oktober 1993, C-128/92, ECLI:EU:C:1993:860 (*Banks/British Coal*), punt 44. Zie verder ook Conclusie A-G Wahl 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punt 27-28 en 46 e.v. (*Vantaa/Skanska e.a.*).

8. Zie over het beginsel van processuele autonomie van lidstaten o.a. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 24 (*Mostaza Claro*).

9. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), r.o. 29. Thans geeft de Kartelschaderichtlijn (2014/104/EU) een nadere invulling aan het recht op volledige schadevergoeding.

10. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/15.

11. HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo e.a.*), r.o. 21.

12. HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone e.a./OBB*), r.o. 24. Net als A-G Kokott in haar conclusie voor deze uitspraak, houdt A-G Wahl er in zijn conclusie voor het *Skanska*-arrest een andere lezing op na. Het feit dat het Hof in het *Kone*-arrest geen autonome invulling heeft gegeven aan het vereiste van causaal verband betekent volgens hem niet dat dit een voorwaarde is die door het nationale recht wordt ingevuld. Conclusie A-G Wahl 6 februari 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punt 42-43 (*Vantaa/Skanska e.a.*).

13. HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, NJ 2007/34, r.o. 59 e.v. en r.o. 95-96 (*Manfredi e.a.*). De te vergoeden schade bestaat niet alleen uit de reële schade (*damnum emergens*), maar ook uit gederfde winst (*lucrum cessans*) en rente.

14. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PbEU 2014, L 349) ('Kartelschaderichtlijn').

15. Wel bepaalt art. 11 lid 1 Kartelschaderichtlijn kort gezegd dat lidstaten moeten zorgdragen dat ondernemingen die een inbreuk maken op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid van ondernemingen is terechtgekomen in art. 6:193m lid 1 BW.

16. Zie HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaa/Skanska e.a.*), r.o. 28.

heidsrecht. SIS, NIC en Asfaltmix worden daarom veroordeeld tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de gedragingen van de ontbonden rechtspersonen van wie zij de commerciële activiteiten hadden voortgezet. Het hoger beroep pakt anders uit. De appelrechter oordeelt dat het doeltreffendheidsbeginsel geen afbreuk kan doen aan de fundamentele kenmerken van het Finse civiele aansprakelijkheidsrecht en wijst de vorderingen tegen SIS, NIC en Asfaltmix alsnog af.

In cassatie overweegt het Finse Hooggerechtshof dat naar Fins recht aansprakelijkheid uitsluitend rust op de rechtspersoon die de schade heeft veroorzaakt en dat dit beginsel van zelfstandigheid alleen kan worden doorbroken als, kort gezegd, sprake is van een laakbare of kunstmatige gedraging om aansprakelijkheid te omzeilen. Het Hooggerechtshof legt vervolgens aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor of de personen die civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor een kartelinbreuk worden aangewezen door het begrip ‘onderneming’ in art. 101 VWEU of door het nationale recht. Voor zover de aansprakelijke personen door het Europese recht worden aangewezen, vraagt het Hooggerechtshof verder of daarbij ook de beginselen van toepassing zijn die gelden voor de vraag aan welke entiteiten binnen een onderneming een boete kan worden opgelegd.

Bij de beantwoording wijst het Hof van Justitie eerst op de hiervoor omschreven rechtspraak, waarin is uitgemaakt dat eenieder op grond van het verdrag recht heeft op vergoeding van zijn schade. Vervolgens wijst het Hof erop dat de opstellers van het verdrag ervoor gekozen hebben de in art. 101 VWEU neergelegde norm te richten tot ondernemingen. Tegen die achtergrond oordeelt het Hof dat ook de civielrechtelijke aansprakelijkheid berust bij de onderneming in de zin van deze bepaling:

‘32. Gelet op het voorgaande zijn de ondernemingen, in de zin van artikel 101 VWEU, die hebben deelgenomen aan een door die bepaling verboden mededingingsregeling of gedraging, gehouden tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door die mededingingsregeling of door die gedraging.’

Het Hof legt vervolgens uit hoe deze aansprakelijkheid van de onderneming moet worden vertaald naar het geval dat de vennootschap die rechtstreeks bij de inbreuk betrokken was, niet meer bestaat en de relevante commerciële activiteiten door een ander zijn voortgezet. Daarbij verwijst het Hof naar de bevoegdheid van de Commissie om onder omstandigheden een boete op te leggen aan de entiteit die de commerciële activiteiten van een verdwenen vennootschap heeft voortgezet. Dit beginsel van economische continuïteit was door de Finse mededingingsautoriteit toegepast, teneinde SIS, NIC en Asfaltmix te beboeten voor de karteldeelname van de ontbonden vennootschappen van wie zij de commerciële asfaltactiviteiten hadden overgenomen. Het Hof van Justitie oordeelt in het Skanska-arrest dat deze doctrine van economische conti-

nuïteit ook in civiele schadevergoedingszaken toepasbaar is. Vervolgens beantwoordt het Hof de prejudiciële vragen met het oordeel dat de partij die een desbetreffende vennootschap die heeft deelgenomen aan een kartelafspraken, heeft verkregen en ontbonden en die haar commerciële activiteiten heeft voortgezet, aansprakelijk kan worden gesteld voor door die inbreuk veroorzaakte schade.

4 Het ondernemingsbegrip in de context van de oplegging van geldboeten

In de Skanska-zaak waren de economische opvolgers beboet. Deze feitelijke context is van belang bij de uitleg van het de overwegingen van het Hof. Zonder toepassing van het beginsel van economische continuïteit, zou verhaal van de boete en vergoeding van de veroorzaakte schade niet mogelijk zijn. Dit zou afdoen aan de handhaving en het nuttige effect van het kartelverbod en precies daarin ligt volgens het Hof de rechtvaardiging van de aansprakelijkheid – in zoverre – van de verkrijgende vennootschappen SIS, NCC en Asfaltmix, zoals het Hof benadrukt in rechtsoverweging 46:

‘Indien ondernemingen die aansprakelijk zijn voor de schade die is veroorzaakt doordat de mededingingsregels van de Unie zijn geschonden, aan hun aansprakelijkheid konden ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten dan wel andere juridische of organisatorische wijzigingen, zou dan ook afbreuk worden gedaan aan de met dat stelsel nagestreefde doelstelling en aan het nuttige effect van die regels.’

In de daaropvolgende rechtsoverweging 47 overweegt het Hof dat het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in schadevergoedingszaken geen andere betekenis kan hebben dan in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten, maar het Hof formuleert dit als een gevolgtrekking van het oordeel dat voorkomen moet worden dat ondernemingen door middel van herstructureringen aan aansprakelijkheid zouden kunnen ontsnappen. Het oordeel dat het ondernemingsbegrip bij de beoordeling van schadevergoedingsvorderingen een autonome betekenis heeft, kan volgens ons dan ook niet zonder meer buiten de hiervoor beschreven feitelijke kaders worden toegepast. Wij kunnen ons moeilijk voorstellen dat het Hof heeft bedoeld dat ook in andere omstandigheden het ondernemingsbegrip met alle daaraan verbonden leerstukken toepasselijk zou zijn in civiele schadevergoedingsacties. Die leerstukken – zoals de boete-aansprakelijkheid van een moeder-vennootschap (waarover hierna meer) – zijn immers ontwikkeld in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke boetebevoegdheid door een bestuursorgaan (de Commissie) die daarbij gebonden is aan (Unierechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷ Dergelijke beginselen zijn naar hun aard niet van toepassing in civiele procedures tussen particulieren. Deze systematische dissonantie maakt dat men

17. Zie over Unierechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur R.J.N. Schlössels, *Constitutionalisering van behoorlijk bestuur*, *JBplus* 2016/4.

volgens ons terughoudend zou moeten zijn met de conclusie dat eisers via een beroep op het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip aansprakelijkheid voor schade kunnen neerleggen bij een andere entiteit dan de vennootschap die rechtstreeks bij de inbreuk betrokken was.

Om te onderzoeken in welke mate het ondernemingsbegrip door zou kunnen werken in civiele zaken, is het zinvol na te gaan hoe het ondernemingsbegrip precies wordt uitgelegd en toegepast in de context van de oplegging door de Commissie van geldboetes. De onderneming in mededingingsrechtelijke zin is een economische eenheid die marktactiviteiten uitoefent, ongeacht de rechtsvorm of wijze van financiering.¹⁸ Een onderneming kan bestaan uit een groep van verschillende vennootschappen of natuurlijke personen die (al dan niet in concernverband) met elkaar als één economische eenheid optreden.¹⁹ Voor de toepassing van de mededingingsregels is de eenheid van marktgedrag van de verschillende entiteiten dus belangrijker dan de formele juridische scheiding tussen die vennootschappen.²⁰ Toch moet de Commissie, onder meer gelet op de rechten van verdediging, de inbreuk van de onderneming in het kader van de boeteoplegging toerekenen aan een of meer rechtspersonen.²¹ Bij de daarbij te maken keuze heeft de Commissie een beoordelingsmarge.²² Zij kan echter niet zonder meer iedere rechtspersoon binnen een concern beboeten. Aan de rechtspraak zijn de volgende boetebevoegdheden te ontlelen:

- i. *De rechtstreekse deelnemer(s) aan de inbreuk.* Dit is de rechtspersoon die rechtstreeks heeft deelgenomen aan het mededingingsbeperkende gedrag, bijvoorbeeld door kartelbijekomsten bij te wonen.²³ Ook kan het gaan om meerdere rechtspersonen binnen dezelfde onderneming, indien zij alle hebben deelgenomen aan dit gedrag.
- ii. *De moedervennootschap van de rechtstreekse deelnemer.* De moedervennootschap van de rechtstreekse deelnemer kan

zelfs als zij zelf niet aan het concurrentiebeperkende gedrag heeft deelgenomen, toch beboet worden als aan twee voorwaarden is voldaan: de moedervennootschap is in staat om beslissende invloed uit te oefenen op het gedrag van de rechtstreekse deelnemer, en, ten tweede, zij heeft deze invloed daadwerkelijk uitgeoefend.²⁴

- iii. *De economische opvolger van de rechtstreekse deelnemer.* De Commissie kan onder omstandigheden ook een rechtspersoon beboeten die het 'samenstel van materiële en menselijke factoren [waarmee] de inbreuk is begaan' (dus bijvoorbeeld de fabriek waarin de gekarteliseerde producten werden gemaakt) heeft overgenomen van de rechtstreekse deelnemer.²⁵ Dit instrument – dat ook werd gehanteerd door de mededingingsautoriteit in de Skanska-zaak – wordt aangeduid als het beginsel van economische continuïteit. Dit beginsel kan worden toegepast in twee situaties: a) wanneer de rechtstreekse deelnemer ontbonden is of economisch gezien opgehouden is te bestaan;²⁶ of b) wanneer zowel de overdragende als de verkrijgende vennootschap onder de beslissende invloed van dezelfde moedervennootschap stond ten tijde van de overdracht van de vermogensbestanddelen.²⁷
- iv. *Toerekening van het gedrag van agenten en hulppersonen.* Het mededingingsbeperkende gedrag van een agent of een onafhankelijke dienstverrichter (zoals een consultant of een accountant) kan onder omstandigheden aan de opdrachtgevende rechtspersoon worden toegerekend.²⁸

Welke mogelijkheden de Commissie eventueel nog meer heeft – met andere woorden: wat de buitengrens is van het ondernemingsbegrip in de context van de oplegging van geldboeten – is vooralsnog onduidelijk. Het Hof van Justitie overwoog in het Akzo Nobel-arrest uit 2017 dat de moedervennootschap en de andere rechtspersonen waaruit de economische eenheid die het mededingingsrecht heeft geschonden bestaat, hoofdelijk aansprakelijk zijn in mededingingsrechtelijke zin voor de gepleegde inbreuk.²⁹ Wij betwijfelen echter of het Hof daar-

18. HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775 (*Eti*), r.o. 38.

19. HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Química e.a./Commissie*), r.o. 35.

20. Gerecht EU 10 maart 1992, T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33 (*Shell/Commissie*), punt 311: '(...) [A]rtikel 85, lid 1, EEG-Verdrag [richt] zich tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personen, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk.'

21. HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel e.a./Commissie*), r.o. 57 met verwijzing naar HvJ EG 3 september 2009, C-322/07, ECLI:EU:C:2009:500 (*Papierfabrik August Koehler AG*), r.o. 38. Denkbaar is ook dat de boete wordt opgelegd aan natuurlijke personen, maar in de praktijk gebeurt dat niet.

22. HvJ EG 24 september 2009, C-125/07, ECLI:EU:C:2009:576 (*Erste Group Bank*), r.o. 82; HvJ EU 11 juli 2013, C-444/11, ECLI:EU:C:2013:464 (*Team Relocations e.a./Commissie*), r.o. 159-160. Wat het Hof van Justitie in dit arrest kwalificeert als 'beoordelingsmarge', kan worden beschouwd als wat in het Nederlandse bestuursrecht beleidsruimte wordt genoemd. Daar waar de Commissie de bevoegdheid heeft om een boete op te leggen aan een bepaalde entiteit binnen een onderneming, kan zij er ook voor kiezen daarvan af te zien.

23. HvJ EG 16 november 2000, C-248/98, ECLI:EU:C:2000:625 (*KNP BT/Commissie*), r.o. 71.

24. HvJ EU 27 april 2017, C-516/15, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel e.a.*), r.o. 52 e.v. Als een moedervennootschap in het bezit is van (nagenoeg) het gehele kapitaal van een inbreukmakende groepsvennootschap, bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent.

25. Gerecht EU 17 december 1991, T-6/89, ECLI:EU:T:1991:74 (*Enichem Anic*), r.o. 237.

26. HvJ EU 11 december 2007, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775 (*Eti*), r.o. 40.

27. HvJ EU 13 juni 2013, C-511/11, ECLI:EU:C:2013:386 (*Versalis SpA v Commission*), r.o. 52.

28. Zie onder meer HvJ EU 21 juli 2016, C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (*SIA 'VM Remonts'*), r.o. 26-27 en Gerecht EU 26 november 2014, T-272/12, ECLI:EU:T:2014:995 (*Energetický a průmyslový holding a.s.*). Uit de rechtspraak volgt dat mededingingsverstoring gedrag van een werknemer (zoals het organiseren van een kartel) kan worden toegerekend aan de onderneming waarvan hij deel uitmaakt, zelfs als de onderneming niet op de hoogte was van het gedrag van de werknemer (HvJ EU 7 februari 2013, C-618/12, ECLI:EU:C:2013:7 (*Slovenská sporiteľňa*)).

29. HvJ EU 27 april 2017, C-516/15, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel e.a.*), r.o. 57. Zie ook de Conclusie van A-G Kokott 23 april 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel e.a./Commissie*), nr. 97.

mee bedoelt dat daadwerkelijk alle (rechts)personen binnen een onderneming boete-aansprakelijk zijn. Concernvennootschappen die niet hebben deelgenomen aan het inbreukmakende marktgedrag en evenmin beslissende invloed uitoefenden (of als economisch opvolger kwalificeren), zijn tot nu toe gevrijwaard gebleven van boete-aansprakelijkheid. Een ruimere aansprakelijkheid van dergelijke concernvennootschappen is bovendien – gelet op de mogelijkheid de hoogste moeder te beboeten – niet nodig om een voldoende afschrikkend effect te creëren en zou daarentegen wel een (nog verdere) inbreuk maken op het beginsel dat een (rechts)persoon slechts aansprakelijk is voor zijn eigen gedragingen. Er zijn evenwel auteurs die dat anders zien.³⁰

5 De betekenis van het Skanska-arrest voor civiele acties

In de Skanska-zaak past het Hof in wezen het beginsel van economische continuïteit toe bij de toerekening van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het arrest gaat niet in op de mogelijkheid van (analoge) toepassing van andere boetebevoegdheden, zoals de aansprakelijkheid van de (moeder)vennootschap met beslissende invloed. Dat is op zich logisch, want een dergelijke uitbreiding van de kring van aansprakelijke personen is niet (zonder meer) noodzakelijk voor het nuttige effect van het kartelverbod, zolang de rechtstreekse inbreukmaker nog bestaat en kan worden aangesproken. Als al zou worden aangenomen dat via analoge toepassing van andere boetebevoegdheden aansprakelijkheid kan worden gevestigd op andere (rechts)personen dan de inbreukmaker, brengt dat niet mee dat eisers elke vennootschap binnen een concern kunnen aanspreken voor het mededingingsbeperkende gedrag van een andere entiteit in die groep. Dat kan de Commissie ook niet, zoals hiervoor is uiteengezet.

Een belangrijke voorwaarde bij de boeteoplegging is dat de Commissie alleen entiteiten mag beboeten die tijdens de inbreukperiode deel uitmaakten van de onderneming.³¹ Een moedervennootschap kan dus geen boete krijgen voor de inbreuken die haar dochtervennootschap (zelfstandig) heeft gepleegd voordat deze deel uitmaakte van de onderneming van

de moeder.³² Hetzelfde zal gelden voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid.³³ Het beginsel van economische continuïteit, op basis waarvan de Commissie een sanctie kan opleggen aan een derde ‘die met de inbreuk niets van doen heeft’, vormt hierop een uitzondering.³⁴ De vraag is of een eiser ook een zelfstandig beroep zou kunnen doen op dit beginsel, waar de Commissie dit niet heeft gedaan, bijvoorbeeld als de herstructurering heeft plaatsgevonden na de beschikking van de Commissie. Een dergelijke logica waarin – in de woorden van A-G Wahl – ‘aansprakelijkheid eerder aan activa verbonden is dan aan rechtspersoonlijkheid’, lijkt lastig inpasbaar in het huidige Nederlandse civielrechtelijke denken.³⁵ Wat gebeurt er bijvoorbeeld als het bewuste vermogensbestanddeel – zoals een fabriek waarin gekarteliseerde producten werden gemaakt – halverwege de schadevergoedingsprocedure wordt overgedragen aan een derde? Wat gebeurt er als de fabriek wordt gesloten, of opgesplitst en verkocht in delen? De onzekerheid over deze tot dusver onbeantwoorde rechtsvragen maakt het onwaarschijnlijk dat veel eisers een procedure volledig zullen baseren op het mededingingsrechtelijke beginsel van economische continuïteit.

Naast deze perikelen is onduidelijk in hoeverre de inhoud van de boetebeschikking van belang is voor de invulling van het ondernemingsbegrip in civiele acties. Op grond van de Masterfoods-uitspraak is de nationale rechter gebonden aan het dispositief van het door de Commissie gegeven besluit en mag hij geen uitspraak doen die tegen een dergelijk boetebesluit ‘indruist’.³⁶ In het Martinair-arrest heeft het Gerecht deze doctrine als volgt beschreven:

‘In dat verband zou een nationale rechterlijke instantie, anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, een beslissing nemen die strijdig is met het door deze instelling gegeven besluit, niet alleen indien zij de onderzochte mededingingsverstoringe gedragingen juridisch anders kwalificeert, maar tevens indien haar beslissing verschilt van het besluit van de Commissie wat betreft de temporele of geografische omvang van de onderzochte

30. Christian Kersting, Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law, *SSRN Electronic Journal* 2019.

31. Een uitzondering hierop is het hiervoor besproken beginsel van economische continuïteit. Zie Gerecht EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 t/m T-264/02 en T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396 (Raiffeisen Zentralbank Österreich AG), r.o. 334: ‘Daarentegen is het niet onverenigbaar met dit beginsel om de dochteronderneming aansprakelijk te houden voor haar eigen gedrag, zelfs indien dat voor het geval dat de dochteronderneming haar rechtspersoonlijkheid na de inbreuk heeft verloren, tot gevolg heeft dat de sanctie wordt opgelegd aan de koper die met de inbreuk niets van doen heeft.’

32. HvJ EG 16 november 2000, C-279/98, ECLI:EU:C:2000:626 (Cascades/Commissie), r.o. 77-79: ‘(...) Bovendien zijn die ondernemingen niet eenvoudigweg door rekwirante opgeslorpt, maar hebben zij hun activiteiten voortgezet als haar dochterondernemingen. Zij zijn derhalve zelf verantwoordelijk voor hun onrechtmatige gedrag van voor de overname door rekwirante en rekwirante kan niet daarvoor aansprakelijk worden gehouden.’ De Commissie mag ook geen hoofdelijke boete opleggen aan twee achtereenvolgende moedervennootschappen die nooit deel hebben uitgemaakt van één en dezelfde onderneming (HvJ EU 10 april 2014, C-247/11 P en C-253/11 P, ECLI:EU:C:2014:257 (Areva e.a./Commissie), r.o. 126-133).

33. HvJ EU 10 april 2014, C-247/11 P en C-253/11 P, ECLI:EU:C:2014:257 (Areva e.a./Commissie), r.o. 126-133.

34. Zie Gerecht EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 t/m T-264/02 en T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396 (Raiffeisen Zentralbank Österreich AG), r.o. 334.

35. Conclusie A-G Wahl 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punt 80 (Vantaa/Skanska e.a.).

36. HvJ EG 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:2000:689 (Masterfoods), r.o. 60. Zie ook Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013.

gedragingen, dan wel de aansprakelijkheid of het ontbreken van aansprakelijkheid van diegenen op wie het onderzoek van de betrokken gedragingen was gericht en wier aansprakelijkheid in het besluit van de Commissie is onderzocht.’

Als de Commissie geen boete oplegt aan een of meer (indirecte) moedervennootschappen of afziet van de toepassing van het beginsel van economische continuïteit (terwijl de Commissie deze mogelijkheden wel heeft onderzocht), dan zal een civiele eiser zich daar volgens ons dus bij moeten neerleggen. Wij zien ook niet in wat de rechtvaardiging zou zijn van civielrechtelijke aansprakelijkheid van dergelijke niet-beoete vennootschappen. Daar waar de Commissie namelijk meent dat de volle werking en het nuttige effect van het kartelverbod niet vergen dat de boete-aansprakelijkheid zodanig wordt uitgebreid (naar een moedervennootschap of economische opvolger), geldt dat evenmin voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Een eventuele ruimere uitleg, op basis waarvan civielrechtelijke aansprakelijkheid ook kan worden neergelegd bij niet-beoete moedervennootschappen, is overigens niet zonder meer behulpzaam in schadevergoedingszaken. Zoals hiervoor toegelicht, is voor boete-aansprakelijkheid van een moedervennootschap namelijk vereist dat zij daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op het marktgedrag van haar inbreukmakende groepsvennootschap. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de Europese Commissie op dit punt een bewijsvermoeden mag gebruiken, dat inhoudt dat een moeder die al dan niet indirect (nagenoeg) het volledige kapitaal bezit van de entiteit die bij de inbreuk betrokken was, haar beslissende invloed daadwerkelijk heeft uitgeoefend.³⁷ Als eisers in schadevergoedingszaken niet worden gesteund door dit vermoeden, wordt het voor hen lastig met succes aansprakelijkheid van de moeder te bepleiten. Het Skanska-arrest bevat geen concrete aanwijzingen dat ook dit mededingingsrechtelijke leerstuk doorwerkt in civielrechtelijke verhoudingen. In laatstgenoemde verhoudingen wordt het beroep op dat vermoeden bovendien niet afgebakend door de Unierechtelijke beginselen waaraan de Commissie bij de oplegging van boetes wel gehouden is, zoals het evenredigheidsbeginsel. Ook om die reden lijkt ons dit geen wenselijke benadering.

Als een dergelijke ruime uitleg van het Skanska-arrest desondanks aangewezen is, dan is de keerzijde daarvan dat de moedervennootschap zich ook – net als in de Europese boetezaken – kan beroepen op de verweren van haar dochtervennootschap, althans voor zover de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uitsluitend is afgeleid van die van haar dochtermaatschappij en waarin het aan de moedermaatschappij verweten gedrag niet specifiek wordt gekenmerkt door enig ander element. In een dergelijke situatie heeft het Hof van Justitie

namelijk reeds geoordeeld dat de ‘aansprakelijkheid van deze moedermaatschappij niet verder kan gaan dan die van haar dochtermaatschappij’ en dat ‘de moedermaatschappij waarvan de aansprakelijkheid volledig is afgeleid van die van haar dochtermaatschappij, in beginsel dient te profiteren van een eventuele beperking van de omvang van de aansprakelijkheid van haar dochtermaatschappij’.³⁸ Om die reden zouden wij denken dat de moedervennootschap die civielrechtelijk wordt aangesproken voor schade die is veroorzaakt door concurrentiebeperkende afspraken van een dochter in beginsel dezelfde feitelijke verweren zou moeten kunnen voeren als die dochter. Denk aan verweren ten aanzien van de omvang van de schade en de (temporele of geografische) reikwijdte van de aansprakelijkheid. Ook het recht dat van toepassing is op de vordering tegen de moedervennootschap zal naar ons idee moeten worden bepaald op basis van de feiten die ten grondslag liggen aan de aansprakelijkheid van de dochtervennootschap. Tegelijkertijd zouden de vorderingen op de moedervennootschap en de dochtervennootschap naar Nederlands recht vermoedelijk wel twee zelfstandige vorderingen betreffen die los van elkaar bestaan en die – bijvoorbeeld – onafhankelijk van elkaar kunnen verjaren of worden overgedragen.³⁹

Naast deze meer dogmatische vraagstukken, zou een ruimere benadering van de overwegingen in de Skanska-beslissing ook praktische consequenties hebben. In kartelschadezaken, die in de regel een grensoverschrijdend karakter hebben, wordt bij het aanzoeken van een bevoegde rechter regelmatig een beroep gedaan op art. 8 lid 1 van de Brussel I bis-Verordening. Daarin is bepaald dat een gedaagde kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een medegedaagde (de ‘anker-gedaagde’), op voorwaarde dat er tussen de vorderingen op beide partijen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting.⁴⁰ Ongetwijfeld zullen eisers bij toekomstige zaken op zoek gaan naar groepsvennootschappen van de inbreukmakende onderneming die zijn gevestigd in een ‘gunstige’ jurisdictie, om daarmee een forum te creëren waarin alle overige karteldeelneemers kunnen worden gedagvaard. Naar onze mening kan een eiser evenwel niet naar believen elke entiteit binnen een onderneming als ankergedaagde betrekken, simpelweg omdat de Commissie ook niet iedere groepsvennootschap kan beboeten voor het gedrag van één rechtspersoon binnen de onderneming. Dochter- en zustervennootschappen van de vennootschap die de concurrentiebeperkende gedragingen heeft verricht, zijn niet (boete)aansprakelijk, uitzonderingen daargelaten. Dit laat uiteraard onverlet dat sinds de Skanska-zaak er allicht wel meer ruimte zal worden gezocht voor cherry-picking uit moedervennootschappen die beslissende invloed hebben uitgeoefend op de inbreukmakende dochter-

37. HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo Nobel e.a./Commissie), r.o. 60 e.v. Zie ook HvJ EU 27 april 2017, C-516/15, ECLI:EU:C:2017:314 (Akzo Nobel e.a.), r.o. 54 e.v.

38. HvJ EU 17 september 2015, C-561/15, ECLI:EU:C:2015:613 (Total), r.o. 38-41.

39. Art. 6:6 e.v. BW.

40. Zie voor Nederlandse voorbeelden Rb. Amsterdam 4 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3190 (CDC/Akzo Nobel); Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203 (Heineken), Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4408 (Schenker).

vennootschap. Zoals wij hebben toegelicht is het discutabel of civiele aansprakelijkheid berust op iedere willekeurige moeder-vennootschap (of andere groepsvennootschap) met beslissende invloed op de rechtstreekse deelnemer binnen de onderneming. Dit maakt het dan ook twijfelachtig of dergelijke vennootschappen als ankergedaagde kunnen fungeren.

6 Concluderende opmerking

Het oordeel van het Hof van Justitie dat de persoon die aansprakelijk is rechtstreeks wordt aangewezen door het Unierecht, roept de vraag op welke elementen van het recht op schadevergoeding nog meer Europeesrechtelijk zijn bepaald. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft 'eenieder' recht op vergoeding van schade als gevolg van ongeoorloofd concurrentiebeperkend gedrag. Een dergelijke ruim geformuleerde norm zou in theorie ook andere elementen van de vordering kunnen omvatten. Hoewel de verleiding kan bestaan te zoeken naar aanwijzingen in deze richting geeft het Skanska-arrest hierover geen duidelijkheid. Het antwoord dat het Hof wel geeft, ziet op een specifieke feitelijke context. De situatie in Skanska is een uitzonderingsgeval, waarbij doorslaggevend was dat de gemeente Vantaa geen verhaal zou kunnen nemen voor de geleden schade als de economische opvolgers van de inbreukmakers niet civielrechtelijk aansprakelijk konden worden gehouden. Dat is in de meeste follow-on-zaken niet het geval. Het zal uiteindelijk in verdere rechtspraak moeten worden uitgemaakt in hoeverre het speelveld is veranderd door de Skanska-beslissing en of het ondernemingsbegrip ook een andere doorwerking heeft in de nationale civielrechtelijke rechtsordes.