

Het Skanska-arrest: een mogelijke fundamentele verandering in de civiele handhaving van het Europese mededingingsrecht

S. W. B o t h o f*

In deze bijdrage analyseert de auteur de gevolgen van het Skanska-arrest in een schadeprocedure voor overtreding van het Europese mededingingsrecht. Op grond van de jurisprudentie en literatuur concludeert de auteur dat de doorwerking van het ondernemingsbegrip, als gevolg van het Skanska-arrest, de benadeelde een significante uitbreiding van aansprakelijkheidsmogelijkheden kan bieden.

1 Inleiding

Met de oprichting van de VOC als eerste rechtspersoon werd in 1602 een nieuwe entiteit geïntroduceerd die aan het juridisch verkeer kon deelnemen.¹ Het uitgangspunt hierbij was dat de aansprakelijkheid van de natuurlijke persoon die participeerde in dergelijke compagnieën niet verder reikte dan zijn eigen inleg.² Deze beperking van aansprakelijkheid van kapitaalverschaffers geldt na 419 jaar nog steeds als belangrijk uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Tegenwoordig verhindert artikel 2:64/174 BW namelijk dat de aandeelhouder van de vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen van de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is. Deze beperking van aansprakelijkheid is evenwel niet absoluut. Gedragingen van de aandeelhouder kunnen ertoe leiden dat zijn aansprakelijkheid verder reikt dan enkel zijn inleg.³ Maar het uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht blijft 'dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden'.⁴ Het Skanska-arrest van maart 2019 lijkt

echter aan dit principe een einde te maken wanneer het aansprakelijkheid voor een overtreding van het Europese mededingingsrecht betreft.⁵ In het Skanska-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) namelijk bepaald dat het Europese recht leidend is bij de vraag welke entiteit(en) aansprakelijk kan (kunnen) worden gehouden voor overtredingen van het Europese mededingingsrecht.⁶ Het Europese mededingingsrecht adresseert (in tegenstelling tot het Nederlandse recht) niet vennootschappen, maar ondernemingen. Een onderneming onder het Europese mededingingsrecht bestaat uit de verschillende entiteiten die gezamenlijk een economische eenheid vormen. Dit kan het geval zijn bij moeder- en dochtervennootschappen, maar ook zustervennootschappen en holdingmaatschappijen (gezamenlijk met de moedermaatschappij) kunnen als één onderneming worden aangemerkt.⁷ Daarnaast strekt aansprakelijkheid onder het ondernemingsbegrip mogelijk niet alleen tot entiteiten die aandelen houden in de inbreukmakende entiteit, maar ook tot niet-vennootschappen zoals agentschappen, tussenpersonen en werknemers.⁸ Het Skanska-arrest zou de benadeelde dus in theorie een significante uitbreiding van aansprakelijkheidsmogelijkheden kunnen bieden. Maar nadat het arrest was gewezen, ontstond in de literatuur discussie over de omstandigheden waaronder de benadeelde een beroep toekomt op het ondernemingsbegrip, en (daardoor) over de praktische

* S.W. Bothof is juridisch medewerker bij Newground Law te Amsterdam.

1. Groot Placaet-Boek I, kolom 530 e.v. en Asser/Kroeze 2-I* 2015/31 met verdere verwijzingen. Zie voor een korte toelichting A. de Jong, J.P.B. Jonker & A. Röell, De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland tot 1850: een bedrijfseconomisch perspectief, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* (87) 2013, afl. 5, p. 217-232.

2. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland (IVOR nr. 78), Deventer: Kluwer 2010/I.3.4.2.

3. Zie bijv. HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Albada Jelgersma).

4. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs), r.o. 3.5.

5. HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska Industrial Solutions) (hierna: Skanska Industrial Solutions).

6. Skanska Industrial Solutions, r.o. 48-52.

7. Zie bijv. HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11, ECLI:EU:C:2013:522 (Schindler Holding), Gerecht EG 27 september 2006, T-43/02, ECLI:EU:T:2006:270 (Jungbunzlauer AG/Commission of the European Communities) (hierna: Jungbunzlauer AG/Commission) en HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo Nobel) (hierna: Akzo Nobel).

8. Omwille van de focus en omvang van deze bijdrage zullen deze potentiële aansprakelijkheidsmogelijkheden buiten beschouwing worden gelaten. Zie in dit verband nog HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (Becu e.a.), HvJ EU 21 juli 2016, C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (Remonts/Konkurences) en S. van der Heul & F.J.J. Cornelissen, Houd rekening met het mededingingsrecht bij personeelsbeleid, *MP* 2018, afl. 3, p. 20-25.

gevolgen van het arrest.⁹ De precieze gevolgen van het Skanska-arrest zijn dan ook nog niet duidelijk. In deze bijdrage onderzoek ik de mogelijke gevolgen van het Skanska-arrest voor de benadeelde in een civiele schadeprocedure. In paragraaf 2 analyseer ik de achtergrond van het ondernemingsbegrip, waarna ik kort het Skanska-arrest bespreek (par. 3). In paragraaf 4 staat de wijze van doorwerking van het ondernemingsbegrip centraal en in paragraaf 5 de wijze waarop het ondernemingsbegrip wordt geconstrueerd. Paragraaf 6 concludeert.

2 De achtergrond van (de handhaving van) het ondernemingsbegrip

2.1 Het ondernemingsbegrip nader geanalyseerd

Hoewel het Europese mededingingsrecht enkel ‘ondernemingen’ adresseert, bevat de regelgeving zelf geen definitie van dit begrip. Een concrete omschrijving moet daarom worden gevonden in de relevante jurisprudentie. In het Höfner-arrest¹⁰ heeft het Hof een onderneming als volgt omschreven: ‘[H]et mededingingsrechtelijke begrip “onderneming” omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.’¹¹ Een onderneming vereist op grond van dit arrest een economische activiteit uitgeoefend door een economische eenheid.¹² Anders aan dit begrip is dat een onderneming niet geconstrueerd moet worden op basis van de rechtsvorm van de entiteiten, maar op basis van de juridische, organisatorische en economische banden tussen de entiteiten, aldus het Hof.¹³ Met deze invulling wordt getracht aansluiting te zoeken bij de economische werkelijkheid van de actoren die het mededingingsrecht tracht te reguleren.¹⁴ Deze actoren treden namelijk regelmatig op als eenheid, maar kunnen (juridisch) uit verschillende vennootschappen bestaan. Bij toetsing aan het ondernemingsbegrip speelt de juridische structuur van de entiteiten geen rol en daardoor kan (bijvoorbeeld) een moedermaatschappij aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen van haar dochter. Hoewel het Hof heeft uitgemakt dat het bestaan van een economische eenheid geconstrueerd moet worden aan de hand van de organisatorische, economische en juridische banden tussen de verschillende entiteiten, wordt in de jurisprudentie bij het vaststellen van een economische eenheid vaak doorslaggevende waarde gehecht aan de (mogelijke) beslissende invloed die een entiteit

op het beleid van de andere entiteit kan uitoefenen.¹⁵ Deze (nieuwe) maatstaf bij het bepalen van een economische eenheid speelt voornamelijk een rol bij het vaststellen van aansprakelijkheid van entiteiten die aandelen hebben in de directe inbreukpleger (of vice versa).¹⁶ Van den Berg en Ten Cate concluderen op basis van de jurisprudentie van het Hof dat de toets van beslissende invloed uit twee trappen bestaat. Eerst moet aannemelijk worden dat de vennootschap beslissende invloed kan uitoefenen, daarna moet worden bewezen dat de vennootschap die invloed ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend. Dat laatste wordt vermoed wanneer de vennootschap (nagenoeg) 100% van de aandelen heeft gehouden in de inbreukplegende vennootschap ten tijde van de overtreding.¹⁷ Op de eiser rust de plicht om met aanvullend bewijs te komen bij een minder omvangrijk aandeelhouderschap.¹⁸

De vraag is of bij een aandeelhoudersrelatie tussen entiteiten zonder dat beslissende invloed bewezen is nog steeds een economische eenheid kan bestaan. Volgens het Competition Appeal Tribunal¹⁹ in het Mastercard-arrest is dat niet het geval.²⁰ Deze casus betrof de mogelijke aansprakelijkheid van een vennootschap voor gedragingen van haar zustervenootschap. Omdat beslissende invloed tussen de twee zustervenootschappen niet bewezen werd geacht, was er geen sprake van een onderneming tussen deze zusterentiteiten, waardoor aansprakelijkheid op grond van het ondernemingsbegrip niet mogelijk was.²¹ Ik deel echter de opvatting van Kersting, die meent dat een economische eenheid in alle gevallen (uiteindelijk) geconstrueerd moet worden aan de hand van de juridische, economische en organisatorische banden tussen de entiteiten, en dat dus een economische eenheid bij een dergelijke relatie ook kan bestaan zonder beslissende invloed.²² Kersting stelt dat bij het vaststellen of sprake is van een herhaaldelijke inbreukpleger de economische, organisatorische en juridische banden tussen de entiteiten bepalend zijn.²³ Daarnaast zijn deze banden ook bepalend bij de vraag of sprake is van een economische continuïteit.²⁴ Tot slot meen ik zelf dat afbreuk zou worden gedaan aan het ondernemingsbegrip als economisch concept als (te veel) gefocust wordt op alleen beslissende invloed. Beslissende invloed komt namelijk in de buurt van

9. Zie bijv. S.L. Boersen & S. de Jong, Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?, MvO 2019, afl. 7-8, p. 279-285.
10. HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner and Elser/Macrotron GmbH) (hierna: Höfner and Elser/Macrotron GmbH).
11. Höfner and Elser/Macrotron GmbH, r.o. 21.
12. Höfner and Elser/Macrotron GmbH, r.o. 23.
13. Zie bijv. HvJ EU 19 juli 2012, C-628/10 en C-14/11, ECLI:EU:C:2012:479 (Alliance One International, Inc. e.a.), r.o. 43.
14. C. Kersting, Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law, European Competition Law Review (41) 2020/125; Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 2018/182, p. 8.

15. Zie ook par 5.1.
16. Deze maatstaf is geïntroduceerd door het Hof in 1972 in het Imperial Chemical Industries-arrest (zie par. 5.1) en nadien is dit uitgangspunt verder uitgewerkt in de jurisprudentie en uitgebreid commentariseerd in de literatuur.
17. P. van den Berg & J. ten Cate, Meelzaak – beperking aansprakelijkheid investeringsmaatschappijen door ACM?, M&M 2015, afl. 3, p. 117-123.
18. HvJ EG 25 oktober 1983, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293 (AEG-Telefunken Groep).
19. Het Competition Appeal Tribunal (CAT) is de Engelse rechtbank die zich o.a. bezighoudt met verzet van ondernemingen tegen boetesbesluiten van de Competition and Market Authority (de Engelse versie van de ACM).
20. CAT 2016, Sainsbury’s Supermarkets v Mastercard, 11 1241/5/7/15 (T), para 363 (8).
21. Sainsbury’s Supermarkets v Mastercard, r.o. 363 (22).
22. Kersting 2020, p. 8.
23. Kersting 2020, p. 15.
24. Zie par. 5.1.

indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, wat een juridisch concept is, terwijl de ratio van het ondernemingsbegrip is om juist ook andere niet-juridische argumenten te kunnen betrekken bij deze toets. De wijze waarop wordt bepaald welke entiteiten gezamenlijk één onderneming vormen, raakt aan het fundament van het ondernemingsbegrip zelf en kan dan ook significante gevolgen hebben voor de aansprakelijkheidsmogelijkheden van de benadeelde in een civiele schadeprocedure. In paragraaf 5 zal dit onderwerp centraal staan.

2.2 Handhaving van het ondernemingsbegrip door de Europese Commissie

Bij handhaving van het ondernemingsbegrip moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen handhaving door de Europese Commissie en de vaststelling van aansprakelijkheid door het Hof. De Europese Commissie treedt niet op tegen de onderneming als geheel, maar tegen de entiteiten die gezamenlijk de onderneming vormen. Dit volgt uit het feit dat de bevoegdheid tot handhaving van de Europese Commissie (enkel) ziet op handhaving jegens (*rechts*)personen.²⁵ Het begrip ‘onderneming’ in de Boeteverordening 1/2003 biedt (enkel) de grondslag voor handhaving jegens de betrokken entiteiten. Het Hof stelt juist de aansprakelijkheid van de onderneming vast en dus niet van de entiteiten afzonderlijk.²⁶ Bij het opleggen van een boete aan (een van) de entiteiten beschikt de Europese Commissie over een zekere discretionaire bevoegdheid. De Europese Commissie heeft bij het opleggen van een boete keuzevrijheid tussen de entiteiten die gezamenlijk de onderneming vormen.²⁷ Wel moet de keuze voldoen aan de motiveringsplicht van artikel 253 EG-Verdrag (art. 296 VWEU).²⁸ Deze plicht eist van de Europese instelling die de handeling heeft verricht een duidelijke en ondubbelzinnige redenering, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen.²⁹ Het niet voldoen aan deze motiveringsplicht kan serieuze consequenties hebben voor de betreffende handeling. Zo haalde het Gerecht in het Grolsch-arrest een streep door de boetebeschikking van de Europese Commissie vanwege een ontoereikende motivering.³⁰ In beroep tegen de boetebeschikking voerde Grolsch N.V. (hierna: Grolsch) kort samengevat aan dat het bewijs van de Europese Commissie niet op haar zag, maar op de dochter Grolsche Bierbrouwerij Nederland B.V. (hierna: GBN). De Europese Commissie had namelijk bewijs dat enkele directeuren van GBN hadden deelgenomen aan de kartelafspraken, maar liet na om te onderbouwen waarom Grolsch vervolgens aansprakelijk werd gehouden. Het

Gerecht oordeelde over het bewijs dat dit onvoldoende was om aan te nemen dat Grolsch ook had deelgenomen aan de kartelafspraken.³¹ Als gevolg van dit misverstand was in de boetebeschikking namelijk nagelaten te motiveren waarom de moedermaatschappij aansprakelijk werd gehouden voor de inbreuken van haar dochter. Hierdoor was Grolsch de mogelijkheid ontnomen om in beroep tegen de boetebeschikking deze vereenzelviging te weerleggen en werd de beschikking daardoor vernietigd.³² Ondanks dat de Europese Commissie dus keuzevrijheid heeft bij het opleggen van een boete, moet de Europese Commissie motiveren dat de beboete entiteit een overtreding heeft begaan dan wel samen met de directe inbreukpleger een onderneming vormt.

2.3 De doorwerking van het ondernemingsbegrip vanuit Europees en nationaal perspectief

Tot aan het Skanska-arrest was zowel op Europees als op nationaal niveau discussie over de (wenselijkheid van de) doorwerking van het ondernemingsbegrip in een nationale schadeprocedure als gevolg van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht. Al in 1993 pleitte A-G Van Gerven voor het verlaten van de opvatting dat het aan de lidstaten is om nadere regels te stellen over welke entiteit aansprakelijk kan worden gesteld. Hij waarschuwde dat deze vorm van ‘delegatie’ de doeltreffende werking van het Europese mededingingsrecht kan aantasten.³³ Het Hof ging niet mee in deze redenering,³⁴ maar met het Courage-arrest heeft hij alsnog een (eerste) stap gezet in het terzijde schuiven van nationale regels die de mogelijkheid tot schadevergoeding bemoeilijkten.³⁵ Daarnaast heeft het Hof in hetzelfde arrest een noodzakelijk verband gelegd tussen de mogelijkheid tot schadevergoeding en de effectiviteit van het Europese mededingingsrecht. In het Courage-arrest heeft het Hof namelijk bepaald dat:

‘Aan de volle werking van artikel 85 van het Verdrag, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen’.³⁶

In navolging van dit oordeel ligt het Kone-arrest, waarin een uitleg van causaliteit die op voorhand ‘umbrella pricing’ uitsluit, in strijd wordt geacht met het effectiviteitsbeginsel.³⁷ Het Hof hecht dus veel belang aan de mogelijkheid van schadeverhaal voor inbreuken op het Europese mededingingsrecht.

25. W. Wils, The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural legal persons, *European Law Review* (25) 2000, afl. 2, p. 102.

26. Kersting 2020, p. 9.

27. Gerecht EG 1 april 1993, T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31 (BPB Industries and British Gypsum/Commissie), r.o. 5.

28. HvJ EG 2 oktober 2003, C-196/99, ECLI:EU:C:2003:529 (Aristrain), r.o. 94.

29. Gerecht EU 15 september 2011, T-234/07, ECLI:EU:T:2011:476 (Koninklijke Grolsch/Commissie), r.o. 76 (hierna: Koninklijke Grolsch/Commissie).

30. Koninklijke Grolsch/Commissie, r.o. 89-94.

31. Koninklijke Grolsch/Commissie, r.o. 42-72.

32. Koninklijke Grolsch/Commissie, r.o. 89-91.

33. Concl. A-G 27 oktober 1993, C-128-92, ECLI:EU:C:1993:860 (Banks/British Coal), r.o. 47.

34. HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 (Banks/British Coal), r.o. 18.

35. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage en Crehan), r.o. 36 (hierna: Courage en Crehan).

36. Courage en Crehan, r.o. 26.

37. HvJ EU 15 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone e.a.).

In de nationale literatuur is (de wenselijkheid van) de doorwerking van het ondernemingsbegrip door een aantal auteurs vanuit een andere invalshoek benaderd. Zo stelt Verdam onder verwijzing naar artikel 2:5 BW dat het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht al niet wenselijk is, laat staan de doorwerking ervan in het privaatrecht.³⁸ Een rechtspersoon heeft het fundamentele recht op eerbiediging van zijn identiteit.³⁹ Kortmann stelt dat het Manfredi-arrest aanknopingspunten biedt om het ondernemingsbegrip niet civielrechtelijk te laten doorwerken.⁴⁰ Verder betogen Cornelissen, Van Uden en Van Hoogervorst dat de Richtlijn 2014/104/EU (hierna: de Richtlijn) niet verplicht tot doorwerking van het ondernemingsbegrip en dat een eventuele doorwerking gepaard gaat met negatieve consequenties, zoals de verschuiving van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid.⁴¹ Tot slot stelt Katan dat 'het hele rechtspersonenrecht op losse schroeven gezet zou worden, indien rechtspersonen categorisch aansprakelijk gehouden zouden worden voor onrechtmatige daden waarvan niet wordt aangetoond dat zij daarbij enige concrete betrokkenheid hadden'.⁴²

Ik deel de opvatting van de auteurs in zoverre dat het Europese recht bij de vraag of het ondernemingsbegrip moet doorwerken (tot aan het Skanska-arrest) multi-interpretabel was. Daarnaast bestaat inderdaad het onwenselijke risico dat een entiteit op grond van het ondernemingsbegrip aansprakelijk wordt gehouden voor gedragingen die zij niet direct heeft verricht. Maar ik wil aan deze discussie toevoegen dat de doorwerking van het ondernemingsbegrip mogelijk een significante rol kan spelen in de effectieve handhaving van het mededingingsrecht en het vergoed krijgen van de schade van de benadeelde. Omdat het mededingingsrecht een van de kernvoorwaarden is voor een goed functioneren van de interne markt, lijkt het mij nog noodzakelijker dat dit voorargument moet worden meegewogen.⁴³

3 Het Skanska-arrest

3.1 Het feitencomplex

In het Skanska-arrest stond centraal het geschil in 2011 tussen de Finse gemeente Vantaan Kaupunki en de opvolgers⁴⁴ van de reeds ontbonden Finse vennootschappen die het Europese

kartelverbod hadden overtreden. De rechtsvorm van de Finse ontbonden vennootschappen en hun Finse opvolgers is vergelijkbaar met een Nederlandse BV.⁴⁵ De ontbonden vennootschappen hadden onderling verboden prijsafspraken gemaakt en waren daarvoor aansprakelijk gehouden door de hoogste bestuursrechter van Finland in 2009.⁴⁶ Dit publiekrechtelijke arrest was voor de gemeente Vantaan Kaupunki aanleiding om in een civiele schadeprocedure de schade die zij heeft geleden door de verboden mededingingsrechtelijke praktijken van de ontbonden vennootschappen te verhalen op hun opvolgers.⁴⁷ De betrokken vennootschappen beriepen zich op het standpunt dat de gemeente Vantaan Kaupunki een vordering had moeten instellen tegen de inmiddels geliquideerde vennootschappen, maar dit had nagelaten.⁴⁸ De rechter in eerste aanleg constateerde dat in de gegeven situatie het nagenoeg onmogelijk was voor de gemeente om op grond van het Finse privaatrecht haar schade vergoed te kunnen krijgen. Daarom oordeelde de rechter dat, op grond van het Europese doeltreffendheidsbeginsel, het begrip 'economische continuïteit' van het Europese mededingingsrecht in dit geval moet worden toegepast en stelde op basis van deze redenering de economische opvolgers van de inbreukplegers aansprakelijk voor de geleden schade van de gemeente.⁴⁹ De rechter in tweede aanleg verklaarde het beroep van de vennootschappen echter gegrond. Hij stelde dat het doeltreffendheidsbeginsel geen afbreuk mag doen aan de fundamentele kenmerken van de Finse regeling inzake civiele aansprakelijkheid en wees de vordering af.⁵⁰ Deze toewijzing heeft uiteindelijk geleid tot drie prejudiciële vragen van de hoogste Finse rechter in burgerlijke en strafzaken aan het Hof.⁵¹

3.2 Het oordeel van het Hof

Het Hof begint met een verwijzing naar het Kone-arrest, waarin is bepaald dat aan de volle werking van het mededingingsrecht afbreuk zou worden gedaan wanneer niet eenieder zijn schade vergoed zou kunnen krijgen,⁵² met als gevolg dat eenieder het recht heeft om zijn schade vergoed te krijgen wanneer de causaliteit tussen de verboden gedraging en de schade vaststaat.⁵³ Bij gebrek aan Unieregelingen is het aan de lidstaten om de voorwaarden vast te stellen waaronder dit recht kan worden uitgeoefend, mits deze voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel.⁵⁴ Het Hof merkt vervolgens op dat privaatrechtelijke handhaving een integrerend onderdeel uitmaakt van handhaving van het mededingingsrecht in het algemeen. Hij volgt hierbij

38. A.F. Verdam, Het concern van 2020; enige afsluitende beschouwingen, in: J.B. Huizink e.a., Het concern van 2020 (ZIFO nr. 14), Deventer: Kluwer 2015, p. 84 e.v.

39. Verdam 2020, p. 86 e.v.

40. HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi).

41. H.M. Cornelissen, L.N.M. van Uden & E.M. Hoogervorst, Parental liability (O&R nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 64-67.

42. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, JOR 2013/129 m.nt. B.M. Katan.

43. Protocol betreffende de interne markt en de mededinging, PbEU 2007, C 306/156, art. 3, 119 en 120 VWEU (art. 4, 98 en 105 EG-Verdrag oud).

44. Een nadere definitie wordt niet gegeven, enkel dat de opvolgers in economisch opzicht identiek zijn aan de ontbonden vennootschappen, zie Skanska Industrial Solutions, r.o. 49.

45. De vennootschappen hadden 'Oy' achter hun naam, wat staat voor een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; zie www.companyformationnetherlands.com/nl/bedrijfsregistratie-in-finland.

46. Skanska Industrial Solutions, r.o. 10.

47. Skanska Industrial Solutions, r.o. 11.

48. Concl. A-G 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 14.

49. Skanska Industrial Solutions, r.o. 12.

50. Skanska Industrial Solutions, r.o. 13.

51. Skanska Industrial Solutions, r.o. 15-21.

52. Skanska Industrial Solutions, r.o. 25.

53. Skanska Industrial Solutions, r.o. 26.

54. Skanska Industrial Solutions, r.o. 27.

de conclusie van A-G N. Wahl, inhoudende dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving samen één handhavingssysteem vormen.⁵⁵ De (aanvullende) regels van de lidstaten over de invulling van de vordering tot schadevergoeding moeten voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel was ook de grondslag in eerste aanleg om de toepasselijke fundamentele kenmerken van het Finse civiele aansprakelijkheidsrecht terzijde te schuiven. Maar het Hof gaat verder dan een toets van de toepasselijke rechtsregels aan deze beginselen. Het Hof stelt namelijk dat de vraag welke entiteit aansprakelijk kan worden gehouden een *constitutieve voorwaarde* is die vastgesteld moet worden op basis van de volle doorwerking van artikel 101 VWEU, waarbij het ondernemingsbegrip een autonoom Unierechtelijk begrip is.⁵⁶ Hiermee introduceert het Hof dus twee verschillende manieren waarop het Europese mededingingsrecht kan doorwerken. De regels die zien op de invulling van de vordering tot schadevergoeding moeten voldoen aan het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Hierbij genieten lidstaten dus nog relatieve vrijheid. Wanneer het regels betreft die kwalificeren als een constitutieve voorwaarde, werkt het Europese mededingingsrecht direct door en genieten de lidstaten dus (op dat gebied) nagenoeg geen vrijheid. De inwerkingtreding van de Richtlijn doet daar niets aan af. Deze Richtlijn heeft immers geen betrekking op de aanwijzing van de entiteiten die dergelijke schade moeten vergoeden, maar op de verdeling van de aansprakelijkheid tussen die entiteiten, aldus het Hof.⁵⁷

Het Hof volgt in zijn oordeel de conclusie van A-G N. Wahl, waarin hij stelde dat het Europese mededingingsrecht op (deze) twee verschillende manieren kan doorwerken.⁵⁸ Daarnaast concludeerde de A-G dat uit de aangehaalde rechtspraak⁵⁹ is gebleken dat het recht op schadevergoeding niet enkel is vastgesteld met het oog op het herstellen van de schade, maar het voor rechters ook een instrument is voor het behouden van een daadwerkelijke mededinging in de Europese Unie. Anders geformuleerd, de vorderingen ingesteld door particulieren leiden ertoe dat ondernemingen worden afgeschrikt om mededingingsverstoring gedrag te tonen.⁶⁰ In het mededingingsrecht moet privaatrechtelijke handhaving dus zowel een compenserende als een afschrikkende functie vervullen.⁶¹

Op grond van het ondernemingsbegrip en het daaruit voortvloeiende begrip van economische continuïteit kunnen de

vennootschappen Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy en Asfaltmix Oy dus aansprakelijk worden gesteld in een civiele schadeprocedure voor gedragingen van hun economische voorgangers.⁶²

4 De wijze van doorwerking van het ondernemingsbegrip in het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht

4.1 Is sprake van een contextafhankelijke doorwerking?

Nu artikel 101 VWEU rechtstreeks doorwerkt, kan civielrechtelijke aansprakelijkheid van een entiteit behorend tot de onderneming die het kartelverbod heeft geschonden, worden gebaseerd op artikel 101 VWEU jo. artikel 6:162 BW.⁶³ Maar het feit dat de prejudiciële vragen in het Skanska-arrest zijn gesteld onder de omstandigheid dat de benadeelde zijn schade niet vergoed kon krijgen, was voor enkele auteurs aanleiding te betogen dat het ondernemingsbegrip enkel doorwerkt in vergelijkbare situaties. Zo stellen Boersen en De Jong dat de feitelijke context van het Skanska-arrest bepalend is geweest. Zonder toepassing van het begrip 'economische continuïteit' was het verhalen van de schade immers onmogelijk.⁶⁴ Mijns inziens is een contextafhankelijke doorwerking van het ondernemingsbegrip niet wat het Hof voor ogen heeft. Een dergelijke doorwerking doet zich voor wanneer de toepasselijke nationale rechtsregel getoetst zou worden aan het doeltreffendheidsbeginsel: staat in dit specifieke geval de desbetreffende nationale regel een effectieve doorwerking van het mededingingsrecht in de weg? Dit was ook de grondslag van de Finse rechter in eerste aanleg om tot een aansprakelijkstelling te kunnen komen. Het Hof gaat echter veel verder dan toepasselijke nationale rechtsregels toetsen aan het doeltreffendheidsbeginsel. Het Hof heeft namelijk in navolging van de conclusie van A-G N. Wahl bepaald dat regels die zien op het aanwijzen van entiteiten een *constitutieve voorwaarde* zijn voor succesvol schadeverhaal, met als gevolg dat het ondernemingsbegrip, ongeacht de situatie, doorwerkt in een nationale schadeprocedure. Een benadeelde komt dus een direct beroep toe op het ondernemingsbegrip. Deze opvatting wordt gedeeld door Jaspers en Binder, die menen dat het Skanska-arrest een veel principiële karakter heeft.⁶⁵ Deze tweede opvatting is bevestigd in het Alstom/TenneT-arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin de benadeelde zonder deze contextafhankelijke voorwaarden een succesvol beroep heeft gedaan op het ondernemingsbegrip.⁶⁶ Dit arrest komt in paragraaf 5.3 nader aan de orde.

55. Concl. A-G 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 76.

56. Skanska Industrial Solutions, r.o. 43-47.

57. Skanska Industrial Solutions, r.o. 33-34.

58. Concl. A-G 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 38.

59. Courage en Crehan, Manfredi e.a.

60. Concl. A-G 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 32.

61. Concl. A-G 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 28.

62. Skanska Industrial Solutions, r.o. 48-52.

63. A. Rosielle & M. Kuijper, TenneT/ABB – Een richtinggevende uitspraak in Nederlandse follow-on procedures?, MP 2013, afl. 5, p. 201-208.

64. Boersen & De Jong 2019, p. 279.

65. R. Jaspers & T. Binder, Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving, M&M 2019, afl. 3, p. 112-119.

66. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165 (Alstom/TenneT) (hierna: Alstom/TenneT).

4.2 Aansprakelijkheid van de niet-beboete entiteit

Een vraag die met de vorige paragraaf samenhangt, is of de boetebeschikking van de Europese Commissie gevolgen heeft voor de aansprakelijkheidsmogelijkheden van de benadeelde. Boersen en S. de Jong halen, onder verwijzing naar het Masterfood-arrest,⁶⁷ aan dat de nationale rechter gebonden is aan het door de Europese Commissie gegeven boetebesluit en geen uitspraak mag doen die tegen een boetebesluit van de Europese Commissie ‘indruist’. Hieruit trekken zij de conclusie dat het niet opleggen van een boete door de Europese Commissie jegens een rechtspersoon die onderdeel is van een inbreukmakende onderneming (terwijl zij dat wel had kunnen doen) als gevolg heeft dat benadeelden in een private schadeprocedure niet diezelfde rechtspersoon aansprakelijk kunnen houden voor de schade.⁶⁸ N.R. de Jong ondersteunt deze conclusie onder verwijzing naar artikel 16 lid 1 van de Verordening (EG) 1/2003, dat de overweging in het Masterfood-arrest feitelijk herhaalt, en voegt daaraan toe dat volgens het Hof het begrip onderneming ‘in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten (...) geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade’.⁶⁹ Ook Van Dijk neigt, hoewel met iets meer onzekerheid, naar dezelfde conclusie onder verwijzing naar de leer van de formele rechtskracht.⁷⁰

Ik begrijp het standpunt van de auteurs dat een boetebesluit van de Europese Commissie kan verhinderen dat een andere entiteit aansprakelijk kan worden gehouden. Ik ben het met hen eens dat wanneer de Europese Commissie heeft geconcludeerd dat de betreffende entiteit noch de inbreuk heeft gepleegd, noch een onderneming vormt met de inbreukpleger, afbreuk zou worden gedaan aan dit oordeel wanneer diezelfde entiteit succesvol civielrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld. Maar mogelijk kan deze conclusie enigszins worden genuanceerd. Deze nuance heeft te maken met hoe de gegeven beschikking van de Europese Commissie geïnterpreteerd kan worden. De Europese Commissie kan namelijk afzonderlijk handhaven jegens de economische entiteiten,⁷¹ terwijl het Hof (enkel) de aansprakelijkheid kan vaststellen van een onderneming als geheel. Als de Europese Commissie (bijvoorbeeld) besluit om niet de dochtervennootschap maar enkel de moeder te beboeten, terwijl zij beide wel één onderneming zijn, betekent dat niet dat de Europese Commissie heeft besloten dat deze entiteit in haar geheel niet aansprakelijk is. Er is enkel geen boete opgelegd aan deze entiteit. Als een ‘positieve’ uitkomst van het onderzoek van de Europese Commissie zo geïnterpreteerd moet worden dat het ziet op de aansprakelijkheid van de *onderneming*, hoeft een civiele schadeprocedure

gericht op de niet-beboete entiteit in dat geval niet per se afbreuk te doen aan de uitkomst van het onderzoek van de Europese Commissie. Immers, uit het onderzoek is gebleken dat de onderneming waartoe de niet-beboete entiteit behoort de wel degelijk het Europese mededingingsrecht heeft overtreden. Hieraan voeg ik nog toe dat de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke afweging of moet worden opgetreden jegens een specifieke entiteit plaatsvindt binnen verschillende afwegingskaders. Deze discrepantie maakt het ook verdedigbaar dat een specifiek besluit van een handhavingsautoriteit niet automatisch hoeft te leiden tot een identiek besluit in een private procedure, mits de laatste procedure geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de onderneming zoals is gebleken uit het onderzoek van de Europese Commissie. Dit zou als gevolg kunnen hebben dat de niet-beboete dochter mogelijk wel in een civiele schadeprocedure aansprakelijk kan worden gehouden op grond van het feit dat zij één onderneming vormde met de beboete moedervernootschap.⁷²

Een andere situatie kan zich voordoen wanneer de aansprakelijk gestelde entiteit in haar geheel niet is onderzocht door de Europese Commissie, maar wel behoort tot de onderneming waarvan een entiteit beboet is dan wel aansprakelijk is gesteld door het Hof.⁷³ Deze situatie deed zich voor in het Alstom/TenneT-arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het hof erkende dat de aansprakelijk gestelde dochter weliswaar niet door de Europese Commissie is beboet, maar dat dat in dit geval niet verhindert dat de dochter aansprakelijk kan worden gehouden. De Europese Commissie had namelijk helemaal geen onderzoek ingesteld naar deze entiteit en het hof meende dat de Europese wetgever niet zo ver wil gaan dat de afwezigheid van een onderzoek van de Europese Commissie gelijkstaat aan een besluit om geen boete op te leggen.⁷⁴ Als deze overweging wordt herhaald in toekomstige jurisprudentie, speelt het feit dat de Europese Commissie geen boete heeft opgelegd in een dergelijke situatie waarschijnlijk maar een beperkte rol.

4.3 De toerekenbaarheid

Op grond van de Richtlijn zijn de lidstaten bevoegd om nadere regels te stellen over vereisten zoals causaliteit en toerekenbaarheid, mits deze voldoen aan het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.⁷⁵ Nu het ondernemingsbegrip rechtstreeks doorwerkt en in het geval van een 100%-aandeelhouderschap van de moeder een inbreuk nagenoeg altijd kan worden toegerekend aan die moedervernootschap, kan de vraag gesteld worden of ‘toerekenbaarheid’ onder het Nederlandse recht niet in strijd zou kunnen komen met het doeltreffendheidsbeginsel. Deze problematiek laat zich illus-

67. HvJ EG 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (Masterfoods), r.o. 60.

68. Boersen & De Jong 2019.

69. N.R. de Jong, Civiele aansprakelijkheid voor de ‘economisch opvolger’ van een overtreder van het mededingingsrecht, MvO 2019, afl. 7, p. 220-228.

70. HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, JOR 2019/151 m.nt. S.A. van Dijk (Skanska e.a.), par. 9.

71. Zie par 2.2.

72. Zie ook par. 5.1.

73. Zie voor een uitgebreidere analyse R. Meijer, Concernaansprakelijkheid bij inbreuken op het EU-mededingingsrecht: Skanska in actie, M&M 2020, afl. 3, p. 118-124.

74. Alstom/TenneT, r.o. 2.7.

75. Zie overweging 11 van de considerans van Richtlijn 2014/104/EU.

treren aan de hand van het Schindler Holding-arrest.⁷⁶ De moedermaatschappij Schindler Holding Ltd werd beboet vanwege mededingingsrechtelijke overtredingen begaan door haar dochtermaatschappijen. De moedermaatschappij beargumenteerde dat zij zich juist actief had ingezet om overtredingen van het mededingingsrecht te voorkomen door het geven van een complianceprogramma. Toch kwam het Hof tot het oordeel dat zij vanwege de beslissende invloed van de moedervennootschap een economische eenheid vormden en daardoor de moedermaatschappij aansprakelijk kon worden gesteld.⁷⁷ Het is niet onwaarschijnlijk dat op grond van het 'Nederlandse' begrip van toerekenbaarheid aansprakelijkheid van de moeder zou zijn afgewezen. Een dergelijke toepassing van de eis van toerekenbaarheid zou op gespannen voet kunnen komen te staan met het doeltreffendheidsbeginsel.

Het is echter niet ondenkbaar dat het vereiste van toerekenbaarheid direct doorwerkt in een private aansprakelijkheidsprocedure. Ik deel hierbij de opvatting van Meijer, die (kort gezegd) heeft beargumenteerd dat de toerekenbaarheid van het ondernemingsbegrip ingebakken is in het ondernemingsbegrip zelf.⁷⁸ Als het ondernemingsbegrip direct doorwerkt in het nationale recht, zou dit betekenen dat het begrip toerekenbaarheid zoals toegepast in het Europese mededingingsrecht ook op precies dezelfde wijze zou moeten worden toegepast in het Nederlandse recht. In dat geval zou het vereiste van toerekenbaarheid hoe dan ook geen extra barrières opwerpen voor de benadeelde (en zou considerans 11 van de Richtlijn niet meer actueel zijn).

4.4 De doorwerking van het bewijsvermoeden

In een civiele aansprakelijkheidsprocedure kan de benadeelde een beroep doen op een aantal bewijsvermoedens. Deze bewijsvermoedens komen tegemoet aan de moeilijke bewijsrechtelijke positie van de benadeelde. Zo bevat artikel 6:193l BW het bewijsvermoeden dat een kartel schade heeft veroorzaakt. In de Nederlandse jurisprudentie is in het verleden aanvaard dat de nationale handhavingsautoriteit ook een beroep kan doen op het bewijsvermoeden.⁷⁹ Het doorwerken van het bewijsvermoeden bij een (nagenoeg) 100%-aandeelhouderchap zou dus niet opmerkelijk zijn. Daarnaast heeft het Hof (in navolging van A-G N. Wahl) geoordeeld dat privaatrechtelijke handhaving een belangrijke functie vervult bij handhaving van het mededingingsrecht.⁸⁰ En gezien het feit dat het bewijsvermoeden erg lastig te weerleggen is,⁸¹ is het niet ondenkbaar dat de doorwerking van het bewijsvermoeden (significant) kan bijdragen aan de handhavingsrol van het privaatrecht. Dit zou ook als argument kunnen dienen waarom

het bewijsvermoeden zou moeten doorwerken in een civiele aansprakelijkheidsprocedure. Dit zijn echter alleen normatieve argumenten. Of het bewijsvermoeden daadwerkelijk doorwerkt, is mijns inziens onzekerder. Al in 2008 stelde Brants dat het bewijsvermoeden kwalificeert als procesrechtelijke regel, omdat het een regel is die ziet op (de waardering van) bewijs.⁸² Het is dus aan de lidstaten om hierover nadere regels te stellen. Bovendien is dit bewijsvermoeden geformuleerd in de jurisprudentie van het Hof en ligt het hoogstwaarschijnlijk (dus) niet ingebakken in het ondernemingsbegrip zelf, zoals dat bij toerekenbaarheid waarschijnlijk wel het geval is. Ik denk dan ook niet dat het bewijsvermoeden doorwerkt enkel vanwege het feit dat het ondernemingsbegrip direct doorwerkt. Maar mogelijk kan het doeltreffendheidsbeginsel wel als grondslag dienen voor de doorwerking van het bewijsvermoeden. Procesregels zijn onderdeel van de interne rechtsorde van de lidstaten en moeten daarom (onder andere) voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel.⁸³ Wanneer de benadeelde een entiteit niet succesvol aansprakelijk kan stellen, omdat hem geen beroep toekomt op het bewijsvermoeden, lijkt me een beroep op het doeltreffendheidsbeginsel zeker niet kansloos. Maar bovenal zou een verduidelijking door de (Europese) rechter van deze kwestie (naar mijn mening) zeer welkom zijn.

4.5 Werkt het ondernemingsbegrip alleen door in een follow-on-procedure?

In een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt onderscheid gemaakt tussen een *stand-alone*-procedure en een *follow-on*-procedure. Het verschil tussen deze procedures is dat de benadeelde bij een *stand-alone*-procedure zelf moet bewijzen dat er sprake is van een overtreding van het mededingingsrecht,⁸⁴ terwijl bij een *follow-on*-procedure de overtreding reeds door de Europese Commissie is vastgesteld (en deze vaststelling de bewijslast van de benadeelde aanzienlijk vermindert). Dat laatste was het geval in het Skanska-arrest. Dit was voor Drijber reden om te stellen dat de doorwerking van het ondernemingsbegrip enkel mogelijk is bij *follow-on*-procedures.⁸⁵ Drijber verwees in deze context naar de parallel die het Hof heeft getrokken tussen private en publieke handhaving van het Europese mededingingsrecht.⁸⁶ Kortmann, Bredenoord-Spoek en De Jong haalden dit argument ook aan, en verwezen daarbij voorts naar het Martinair-arrest,⁸⁷ waarin het Hof

76. HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11, ECLI:EU:C:2013:522 (Schindler Holding) (hierna: Schindler Holding).

77. Schindler Holding, r.o. 114 en 144.

78. Meijer 2020.

79. Rb. Rotterdam 13 februari 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AO3912 (Secon/Dg Nma).

80. Zie par. 3.2.

81. S. Kennepohl, Toerekening kartelinbreuk aan moeder in strijd met onschuldpresumptie, MP 2012, afl. 4, p. 138-143.

82. W.J. Brants, Vergaande toerekening van kartelinbreuken aan moedermaatschappijen, NtER 2008, afl. 6, p. 153-158.

83. Brants 2008, p. 157.

84. Zie voor de gevolgen van de bewijslast HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (ANVR/LATA), r.o. 3.61-3.62.

85. HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Ondernemingsrecht 2019/74 m.nt. B.J. Drijber (Skanska Industrial Solutions e.a.).

86. B.J. Drijber, annotatie bij HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Ondernemingsrecht 2019/74, nr. 5.

87. J. Kortmann, M. Bredenoord-Spoek & N. de Jong, European Court of Justice issues landmark ruling on parental liability, 15 maart 2019, www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/commercial-litigation/european-court-of-justice-issues-landmark-ruling-on-parental-liability/, geraadpleegd op 5 december 2020.

(kort samengevat) heeft bepaald dat voor nationale rechtbanken geen ruimte bestaat om af te wijken van de boetebeschikking van de Europese Commissie.⁸⁸ Deze discussie lijkt op de discussie van paragraaf 4.2, maar verschilt wezenlijk. In paragraaf 4.2 stond centraal of de benadeelde op grond van het ondernemingsbegrip niet-beboete entiteiten die wel behoren tot de inbreukplegende onderneming (nog steeds) aansprakelijk kan stellen. In deze paragraaf betreft het echter de situatie waarin überhaupt nog geen inbreuk is vastgesteld door de Europese Commissie.

Ik meen dat de bovengenoemde opvatting gestoeld is op een mogelijk te beperkte opvatting van de overwegingen van het Hof. In het Skanska-arrest voerde een van de Finse vennootschappen aan dat de jurisprudentie omtrent het ondernemingsbegrip is ontwikkeld in verband met het opleggen van geldboeten door de Europese Commissie. Daardoor is deze niet van toepassing in een private procedure.⁸⁹ Hierop reageerde het Hof dat afbreuk zou worden gedaan aan de doelstellingen en effectiviteit van het mededingingsrecht als entiteiten hun aansprakelijkheid eenvoudigweg zouden kunnen ontlopen door hun juridische structuur te veranderen,⁹⁰ om vervolgens in de daaropvolgende rechtsoverweging de parallel te leggen:

‘Hieruit volgt dat het begrip “onderneming” in de zin van artikel 101 VWEU, dat een autonoom Unierechtelijk begrip is, in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten op grond van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Unie.’⁹¹ (curs. SB)

Niet alleen heeft het Hof onbesproken gelaten of een boetebeschikking van de Europese Commissie als noodzakelijke voorwaarde geldt voor de doorwerking van het ondernemingsbegrip, aan de geciteerde overweging ging vooraf de mededeling van het Hof dat adequate privaatrechtelijke handhaving van het Europese mededingingsrecht van groot belang is. Dit belang was voor het Hof direct (‘hieruit volgt dat’) een argument om te stellen dat ook in een privaatrechtelijke procedure het ondernemingsbegrip direct doorwerkt. Dus ook de context van de betreffende overweging van het Hof maakt het onwaarschijnlijk dat een follow-on-procedure een noodzakelijke voorwaarde is. Dit zou immers de mogelijkheid tot schadeverhaal significant kunnen beperken. Naar mijn mening wordt in deze context het Martinair-arrest waarschijnlijk ook te beperkt uitgelegd door de bovengenoemde auteurs. In het Martinair-arrest heeft het Gerecht bepaald dat een oordeel van de nationale rechter niet mag afwijken van de uitkomsten

van het onderzoek van de Europese Commissie. In zoverre ben ik het met de auteurs eens dat een ‘negatieve’ uitkomst verhindert dat diezelfde entiteit civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.⁹² Maar de overweging van het Martinair-arrest lijkt alleen van toepassing te zijn als er een onderzoek is gehouden door de Europese Commissie. Dat wordt namelijk expliciet in het arrest overwogen: ‘(...) 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* [curs. SB].’⁹³ Ook dit arrest verhindert dus mogelijk niet dat de benadeelde in een stand-alone-procedure een beroep kan doen op het ondernemingsbegrip in het geval er nog geen onderzoek is ingesteld door de Europese Commissie.

5 Aansprakelijkheid van de economische eenheid

5.1 De rol van beslissende invloed

Zoals ik in paragraaf 2.1 heb toegelicht, wordt het bestaan van een economische eenheid getoetst aan de juridische, economische en organisatorische banden tussen de entiteiten. De aansprakelijkheid van deze economische eenheid (en dus de onderneming) strekt enkel tot de entiteiten die onderdeel zijn van die economische eenheid. In de Europese jurisprudentie zijn echter ook arresten te vinden die de mate van beslissende invloed als maatstaf (lijken te) nemen bij de vraag of sprake is van één onderneming. Daarnaast kunnen deze arresten de indruk wekken dat, naast de directe inbreukpleger, alleen de entiteit die beslissende invloed heeft uitgeoefend aansprakelijk kan worden gesteld. Deze beslissende invloed wordt over het algemeen uitgeoefend door de moedermaatschappij op het beleid van haar dochter (maar er zijn ook situaties bekend waarin een zustervenootschap op het beleid van de andere zuster beslissende invloed uitoefende⁹⁴). Het Hof stelde in zijn Imperial Chemical Industries-arrest⁹⁵ van 1972 al dat de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gehouden voor mededingingsrechtelijke inbreuken van haar dochter indien zij beslissende invloed heeft uitgeoefend op het beleid van haar dochter:

‘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.’⁹⁶ (curs. SB)

‘Dat zulks met name het geval kan zijn wanneer de dochtermaatschappij haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofd-

88. Gerecht EU 12 februari 2015, T-67/11, ECLI:EU:T:2015:98 (Martinair), r.o. 33 (hierna: Martinair).

89. Skanska Industrial Solutions, r.o. 41.

90. Skanska Industrial Solutions, r.o. 46.

91. Skanska Industrial Solutions, r.o. 47.

92. Zie ook par. 4.2.

93. Martinair, r.o. 35.

94. Zie bijv. Jungbunzlauer AG/Commission.

95. HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70 (Imperial Chemical Industries) (hierna: Imperial Chemical Industries).

96. Imperial Chemical Industries, r.o. 132.

*zaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.*⁹⁷ (curs. SB)

Het Hof heeft deze overweging in het recente Akzo-arrest herhaald.⁹⁸ En sluit met zijn overwegingen aan op de conclusie van A-G Kokott, die (ook) een verband heeft gelegd tussen (het uitoefenen van) beslissende invloed en aansprakelijkheid van de moedervenootschap.⁹⁹

Tegen deze achtergrond kan worden beargumenteerd dat de benadeelde enkel de directe inbreukpleger en de entiteit die op de directe inbreukpleger beslissende invloed heeft uitgeoefend aansprakelijk zou kunnen stellen. Dit zou betekenen dat (bijvoorbeeld) de ‘onschuldige’ dochter-, holding- en zustermaatschappijen niet aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zij oefenen immers over het algemeen geen beslissende invloed uit (maar uitzonderingen zijn dus te vinden in de jurisprudentie). Dit is ook de mening van Drijber, die stelt dat de benadeelde enkel andere entiteiten, naast de moedervenootschap, aansprakelijk kan stellen wanneer bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen.¹⁰⁰

Hoewel beslissende invloed overduidelijk een zeer belangrijke rol speelt, laat de jurisprudentie van het Hof alsmede de conclusie van A-G Kokott ook een beeld zien waarin het bestaan van een economische eenheid (ook) als grondslag dient voor aansprakelijkheid. Zo bepaalde het Hof in hetzelfde Imperial Chemical Industries-arrest:

‘Dat deze eenheid – als concern – medebrengt dat de handelingen der dochtermaatschappij in bepaalde omstandigheden aan de moedermaatschappij mogen worden aangerekend.’¹⁰¹ (curs. SB)

‘Dat in deze omstandigheden het feit dat hier, gelet op de eigen rechtspersoonlijkheid in formele zin van twee verschillende vennootschappen sprake is, er niet aan afdoet dat hun *marktgedrag, voor wat de toepassing der mededingingsregelen betreft*, als een eenheid moet worden opgevat.’¹⁰² (curs. SB)

Net zoals het Hof de overwegingen die erop wijzen dat het uitoefenen van beslissende invloed kan leiden tot aansprakelijkheid heeft herhaald in het Akzo-arrest, heeft hij de bovengenoemde overwegingen ook in het Akzo-arrest herhaald.¹⁰³ Daarnaast noemt ook A-G Kokott in zijn conclusie bij het

Akzo-arrest het bestaan van een eenheid als grondslag voor aansprakelijkheid van de onderneming.¹⁰⁴

Het zou echter te voorbarig zijn om hieruit de conclusie te trekken dat het bestaan van een economische eenheid (in deze situaties) uiteindelijk de grondslag vormt voor de aansprakelijkheid van de entiteiten. Hoogstens kan worden beargumenteerd dat zowel beslissende invloed als het bestaan van een economische eenheid als grondslag kan dienen voor aansprakelijkheid. Dit roept de vraag op waar de aansprakelijkheid van een onderneming uiteindelijk op gebaseerd is en welke rol beslissende invloed precies speelt.

Kersting meent dat de aansprakelijkheid van de economische eenheid uiteindelijk is gebaseerd op het bestaan van die economische eenheid. Allereerst concludeert hij dat een inbreuk op het Europese mededingingsrecht (uiteindelijk) wordt toegerekend aan de economische eenheid en niet aan de entiteit die beslissende invloed heeft uitgeoefend.¹⁰⁵ Dit volgt (onder andere) uit een paragraaf in de conclusie van A-G Kokott, waarin hij specifiek heeft toegelicht hoe de aansprakelijkheid van de onderneming zich vervolgens vertaalt naar de aansprakelijkheid van de entiteiten:

‘(...) Maakt deze onderneming nu opzettelijk of door onachtzaamheid inbreuk op de mededingingsregels, in het bijzonder op artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, dan heeft dit een *gemeenschappelijke, persoonlijke verantwoordelijkheid tot gevolg van alle rechtssubjecten in de groepsstructuur*, ongeacht of het gaat om de moedermaatschappij of een dochtervenootschap.’¹⁰⁶ (curs. SB)

De aansprakelijkheid van de onderneming lijkt zich dus (uiteindelijk) te vertalen naar aansprakelijkheid van alle entiteiten die gezamenlijk de onderneming vormen, en (dus) niet naar aansprakelijkheid van de entiteit die beslissende invloed heeft uitgeoefend. Zoals Meijer al concludeerde, betekent het feit dat de Europese Commissie een boete over het algemeen oplegt aan de entiteit die beslissende invloed uitoefende, niet dat de andere entiteiten (daardoor) geen boete opgelegd zouden kunnen krijgen.¹⁰⁷ Ik meen dan ook dat de relatieve keuzevrijheid van de Europese Commissie om (enkel) de moedermaatschappij te beboeten, niet verward moet worden met de wijze waarop het ondernemingsbegrip uiteindelijk moet worden geconstrueerd.¹⁰⁸ Dat iedere entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor de inbreuk, volgt ook uit het oordeel van het Gerecht in het Biogaran-arrest:

97. Imperial Chemical Industries, r.o. 133.

98. Akzo Nobel, r.o. 58.

99. Concl. A-G 23 april 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:262 (Akzo Nobel), par. 97.

100. B.J. Drijber, annotatie bij HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Ondernemingsrecht 2019/74, nr. 7.

101. Imperial Chemical Industries, r.o. 135.

102. Imperial Chemical Industries, r.o. 140.

103. Akzo Nobel, r.o. 59.

104. Concl. A-G 23 april 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:262 (Akzo Nobel), par. 97.

105. Kersting 2020, p. 15.

106. Concl. A-G 23 april 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:262 (Akzo Nobel), par. 97.

107. Meijer 2020, p. 122-123.

108. Op deze redenering is ook gedeeltelijk mijn argument in par. 4.2 gebaseerd.

‘De Commissie kan dus op goede gronden op basis van het begrip “onderneming” tot het oordeel komen dat een moedermaatschappij en haar volle dochteronderneming *hoofdelijk aansprakelijk zijn* voor een inbreuk op artikel 101 VWEU die hun wordt verweten, *zodat de handelingen van de ene of de andere van hen moeten worden geacht door één en dezelfde onderneming te zijn verricht*.’¹⁰⁹ (curs. SB)

Het Gerecht oordeelde vervolgens dat de individuele gedragingen van de aansprakelijk gestelde entiteiten geen afbreuk kunnen doen aan hun individuele aansprakelijkheid.¹¹⁰ Dit onderbouwt de conclusie dat de aansprakelijkheid is gegrond op het bestaan van de economische eenheid en dat de benadeelde *iedere* entiteit die ten tijde van de inbreuk een onderneming vormde aansprakelijk kan stellen, *ongeacht* wie direct heeft bijgedragen aan de inbreuk op het Europese mededingingsrecht.

Vervolgens moet worden onderzocht wat dan de precieze rol is van beslissende invloed. In dit kader speelt mijns inziens vooral de vraag of een economische eenheid ook zonder beslissende invloed kan bestaan. Kersting meent dat beslissende invloed door het Hof wordt gebruikt ten behoeve van een eerste afbakening van de onderneming, maar dat het Hof na deze afbakening verder kan onderzoeken welke entiteiten nog meer behoren tot deze onderneming. Kersting komt tot deze conclusie door te analyseren hoe het Hof precies concludeert dat er sprake is van een onderneming.¹¹¹ Kort samengevat houdt deze analyse volgens Kersting het volgende in. Eerst bekijkt het Hof op een abstracte manier welke marktactoren op de relevante markt actief zijn. Deze abstracte manier van kijken stelt het Hof echter niet in staat om precies te kunnen definiëren welke entiteiten tot welke onderneming behoren. Daarom baseert het Hof zich in stap twee hoofdzakelijk¹¹² op de juridische relaties tussen de entiteiten die (mogelijk) een economische eenheid vormen. In deze stap speelt beslissende invloed een belangrijke rol. Nu het Hof een concreet beeld heeft van de entiteiten die gezamenlijk de onderneming vormen, attribueert hij aansprakelijkheid aan deze entiteiten in stap drie en onderzoekt hij middels een perspectief van ‘buitenaf’ welke entiteiten nog meer tot de economische eenheid (kunnen) behoren. In de laatste stap bekijkt het Hof vervolgens concreet op basis van de economische, organisatorische en juridische banden welke entiteiten nog meer een economische eenheid vormen met de entiteiten die hij in stap twee al heeft onderzocht, en stelt alle entiteiten vervolgens aansprakelijk op grond van het feit dat zij behoren tot dezelfde onderneming.¹¹³

Dat het Hof entiteiten onder dezelfde economische eenheid kan scharen zonder dat er sprake was van beslissende invloed, volgt (ook) uit de jurisprudentie betreffende herhaaldelijke inbreukplegers. In het Michelin II-arrest hield de moederverenootschap meer dan 99% van de aandelen in twee van haar dochterondernemingen.¹¹⁴ Dochtermaatschappij A was gezamenlijk met haar moederverenootschap al eens in 1983 aansprakelijk gesteld voor een inbreuk op het mededingingsrecht begaan in 1981.¹¹⁵ Dochtermaatschappij B participeerde in 2001 in een kartel. Hierop verhoogde de Europese Commissie de boete, omdat de onderneming reeds in 1981 een inbreuk op het mededingingsrecht had gepleegd, en het Gerecht meende dat de Europese Commissie deze bevoegdheid toekwam op grond van het ondernemingsbegrip.¹¹⁶ Dat de moedermaatschappij een verhoogde boete heeft gekregen, kan nog steeds worden verklaard met de eis van beslissende invloed. Zowel in 1981 als in 2001 heeft de moeder beslissende invloed uitgeoefend en kan daarom als herhaaldelijke inbreukpleger worden aangemerkt. Dit gaat echter niet op voor dochtermaatschappij B. Zij is als herhaaldelijke inbreukpleger aangemerkt enkel vanwege het feit dat zij onderdeel was van de economische eenheid ten tijde van de tweede inbreuk.

In het Versalis-arrest redeneert het Hof op een vergelijkbare manier. Dit impliceert dat ook andere economische entiteiten op deze wijze als herhaaldelijke inbreukpleger kunnen worden aangemerkt.¹¹⁷ Kort gezegd bestond deze onderneming uit een dochter, twee zusters en een moeder. Zowel de dochter als de zustersverenootschap heeft in respectievelijk 1994 en 1986 het mededingingsrecht overtreden. De directe aanleiding van dit arrest was echter (wederom) een overtreding van de dochter. Op grond van de overtredingen van de dochter, maar ook die van de zuster in 1986, werd de gehele onderneming inclusief moeder en andere zuster aangezien als herhaaldelijke inbreukpleger. Volgens het Hof zou het namelijk onwenselijk zijn als entiteiten middels een juridische wijziging aan hun aansprakelijkheid kunnen ontsnappen.¹¹⁸

Deze redenering wordt ook toegepast wanneer sprake is van economische continuïteit van de onderneming. Hiervan is sprake wanneer het samenstel van menselijke en materiële factoren van de inbreukplegende onderneming is overgegaan op een andere onderneming.¹¹⁹ Deze situatie deed zich voor in het Skanska-arrest. Het uitgangspunt¹²⁰ bij economische continuïteit is dat de inbreuk wordt toegerekend aan de vennootschap die de onderneming ten tijde van de inbreuk leidt en/of

109. Gerecht EU 12 december 2018, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 (Biogaran/Commissie), r.o. 216 (hierna: Biogaran/Commissie).

110. Biogaran/Commissie, r.o. 217.

111. Kersting 2020, p. 16.

112. Kersting 2020, p. 18. ‘Hoofdzakelijk’ betekent niet dat het Hof andere banden tussen de moeder en dochter niet meeweegt, zie op dezelfde pagina: ‘economic, organisational and legal links’.

113. Kersting 2020, p. 16-19.

114. Gerecht EG 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 (Michelin/Commission) (hierna: Michelin II).

115. HvJ EG 9 oktober 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (Michelin I).

116. Michelin II, r.o. 290.

117. HvJ EU 5 maart 2015, C-93/13, ECLI:EU:C:2015:150 (Commissie/Versalis Spa) (hierna: Commissie/Versalis Spa).

118. Commissie/Versalis Spa, r.o. 92.

119. Gerecht EG 17 december 1991, T-6/89 (Anic Partecipazioni), r.o. 236-238 (hierna: Anic Partecipazioni).

120. Dit is evenwel geen verplichting van de Europese Commissie.

heeft geleid.¹²¹ Dit lijkt, net zoals bij de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, te wijzen op beslissende invloed als bepalende factor, maar als deze is opgehouden te bestaan, wordt de aansprakelijkheid toegerekend aan de kopende partij op grond van het feit dat zij de onderneming heeft voortgezet en daarmee de facto zelf de inbreukplegende onderneming is geworden.¹²² Het Gerecht heeft namelijk benadrukt dat voorkomen moet worden dat de onderneming aan haar aansprakelijkheid kan ontkomen.¹²³

5.2 *Tussenconclusie*

Hoe het bestaan van een onderneming moet worden geconstrueerd, is mede bepalend voor de aansprakelijkheidsmogelijkheden van de benadeelde. Het is dan ook ongelukkig te noemen dat juist op dit onderwerp de jurisprudentie niet eenduidig is. In ieder geval kan worden geconcludeerd dat, naast de directe inbreukpleger, naar alle waarschijnlijkheid ook de entiteit die beslissende invloed op het beleid van de inbreukpleger heeft uitgeoefend door de benadeelde aansprakelijk kan worden gesteld op grond van het ondernemingsbegrip. Daarnaast kan worden beargumenteerd dat (in ieder geval) beslissende invloed leidt tot het bestaan van een economische eenheid. En dat het bestaan van deze economische eenheid uiteindelijk de grondslag vormt waarop de aansprakelijkheid van de entiteiten wordt gebaseerd. Strikt genomen zou in dat geval ook geen sprake meer zijn van (bijvoorbeeld) moeder-, dochter-, holding- of concernaansprakelijkheid, maar (enkel) aansprakelijkheid van de economische eenheid.¹²⁴ Zoals A-G Kokott al concludeerde, vertaalt deze aansprakelijkheid van de economische eenheid zich naar aansprakelijkheid van elke entiteit die samen de economische eenheid vormde ten tijde van de inbreuk. Voor de benadeelde betekent dit dat hij ook een entiteit aansprakelijk kan stellen die noch de directe inbreukpleger is, noch beslissende invloed heeft uitgeoefend op het beleid van de directe inbreukpleger, maar waarop wel beslissende invloed is uitgeoefend door de directe inbreukpleger en daarom een entiteit van de economische eenheid vormt. In het verlengde hiervan ligt de vraag of beslissende invloed een noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van een economische eenheid. Dit lijkt niet het geval te zijn bij economische continuïteit (en bij de jurisprudentie betreffende herhaaldelijke inbreukplegers) en Kersting meent dat dit ook niet zo is in andere gevallen, zoals bij aansprakelijkheid van de ('onschuldige') zustervennootschap. Indien aansprakelijkheid op grond van het ondernemingsbegrip inderdaad zover reikt als Kersting meent, heeft het Skanska-arrest nog fundamente-

lere gevolgen dan nu door de aangehaalde auteurs wordt vermoed.¹²⁵

Zelf denk ik dat het ondernemingsbegrip inderdaad de benadeelde de mogelijkheid biedt om ook 'onschuldige' entiteiten aansprakelijk te stellen zonder dat beslissende invloed moet worden bewezen. Dit volgt naar mijn mening uit het feit dat de aansprakelijkheid van de entiteiten ligt in het feit dat zij een economische eenheid vormen, het bestaan van deze eenheid beoordeeld moet worden op basis van de organisatorische, juridische en economische banden tussen de entiteiten, en de aansprakelijkheid van deze economische entiteit zich vertaalt naar aansprakelijkheid van alle entiteiten die onderdeel zijn van de economische eenheid. Wel meen ik dat Kersting wellicht iets te stellig is in zijn standpunten. Kersting baseert zich namelijk slechts *indirect* op de jurisprudentie bij een aantal van zijn argumenten. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is geen arrest gewezen waaruit (bijvoorbeeld) blijkt dat het Hof daadwerkelijk redeneert zoals Kersting heeft omschreven. Dit laat naar mijn mening nog wat ruimte over voor onzekerheid over dit onderwerp. Wel zijn door een Spaanse rechter prejudiciële vragen gesteld die onder andere zien op de wijze waarop een economische eenheid moet worden geconstrueerd.¹²⁶ Hopelijk zal het Hof dus snel wat meer duidelijkheid verschaffen over dit onderwerp.

5.3 *Het Alstom/TenneT-arrest*

Een eerste indruk van de (nieuwe) aansprakelijkheidsmogelijkheden die het ondernemingsbegrip aan de benadeelde kan bieden, kan worden gevonden in het Alstom/TenneT-arrest.¹²⁷ Deze procedure betrof een follow-on-procedure gestart door TenneT c.s. TSO B.V. en Saranne B.V. (hierna: TenneT) tegen Grid Solutions SAS, Alstom Holdings (en gezamenlijk 'het Alstom-concern') en Cogelex in verband met het GGS-kartel zoals dat is vastgesteld door de Europese Commissie. Cogelex behoorde niet tot de beboete ondernemingen, maar is volgens TenneT desondanks hoofdelijk aansprakelijk voor de schade als gevolg van de kartelinbreuk. Cogelex is een GIE (Groupement d'Intérêt Économique), wat staat voor een samenwerkingsverband dat rechtspersoonlijkheid bezit, en Alstom Holdings nam daarin destijds deel voor 48%. Cogelex was nog niet beboet door de Europese Commissie.¹²⁸ In dit arrest stond vervolgens de vraag centraal of de dochtermaatschappij in een civiele schadeprocedure aansprakelijk kan worden gehouden voor mededingingsrechtelijke inbreuken begaan door haar moeder.

121. I.W. Verloren van Themaat & M.C. van Heezik, Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt, NtER 2010, afl. 3, p. 90-95.

122. Anic Partecipazioni, r.o. 237.

123. Vermeld in de overweging van HvJ EG 8 juli 1999, ECLI:EU:C:1999:356 (Anic SpA), r.o. 48.

124. Zie ook Kersting 2019, p. 9.

125. Hierbij speelt ook mee dat Kersting meent dat het Skanska-arrest zonder nadere voorwaarden direct doorwerkt in een nationale schadeprocedure; zie in dit verband H.-M. Wagener, Follow-up to Skanska – The 'implementation' by national courts so far, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2019/10.

126. Audiencia Provincial de Barcelona (Spanje) 3 december 2019, C-882/19 (Sumal, S.L./Mercedes Benz Trucks España, S.L.).

127. Alstom/TenneT.

128. Alstom/TenneT, r.o. 2.7.

TenneT voerde aan dat het Hof in het Skanska-arrest heeft bepaald dat het ondernemingsbegrip een autonoom Unierechtelijk begrip is dat doorwerkt in een nationale private schadeprocedure, met als gevolg dat dochterondernemingen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor verboden gedragingen van hun moeder, indien de dochter bijgedragen heeft aan de implementatie van de verboden kartelafspraken én indien zij samen één onderneming vormen.¹²⁹ Hierbij wil ik opmerken dat ook het standpunt kan worden verdedigd dat, strikt genomen, de gedragingen van de dochter *geen* rol hoeven te spelen wanneer succesvol betoogd is dat zij dezelfde onderneming vormt met de directe inbreukpleger. Volgens TenneT is Alstom Holding weliswaar een minderheidsaandeelhouder, maar kon zij meebeslissen over de belangrijkste strategische beslissingen en werkte het bestuur op basis van unanimiteit, waardoor Alstom Holding praktisch gezien een vetorecht had.¹³⁰ Cogelex stelde zich juist op het standpunt dat het Skanska-arrest enkel van toepassing is in situaties waarin de benadeelde zijn schade niet vergoed kan krijgen en wanneer er sprake is van een overgang van onderneming. Daarnaast was Cogelex niet beboet door de Europese Commissie en vormde zij geen economische eenheid met het Alstom-concern.¹³¹

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ging niet mee met de argumenten van Cogelex. Het hof herhaalde de jurisprudentie over beslissende invloed en concludeerde dat Cogelex één onderneming vormde met haar minderheidsaandeelhouder. Hiertoe voerde het hof onder andere aan dat Alstom Holding een vetorecht had over de belangrijkste beslissingen, dat het hoogste orgaan ten tijde van het sluiten van de kartelafspraken bemand werd door leden van het Alstom-concern, en dit orgaan zeggenschap had over de begroting, de benoeming van de bestuurder en het strategisch beleid.¹³² Cogelex is dan ook aansprakelijk gesteld voor de inbreuk op het mededingingsrecht gedurende de periode dat zij dezelfde onderneming als Alstom Holding vormde.¹³³

Gezien de eerdere jurisprudentie over aansprakelijkheid van de moeder bij een minderaandeelhouderschap valt deze conclusie van het hof goed te verdedigen.¹³⁴ Immers, Alstom Holding genoot rechten die verder gingen dan rechten die minderheidsaandeelhouders normaal gesproken hebben en kon op verschillende manieren (mede) het beleid bepalen. Daarnaast is dit arrest een aanwijzing dat de aansprakelijkheid gebaseerd is op het bestaan van een economische eenheid. Maar bovenal is dit arrest interessant omdat het laat zien dat de doorwerking van het ondernemingsbegrip heeft geleid tot een nieuwe aansprakelijkheidsmogelijkheid voor de benadeelde. Op grond van het Nederlandse aansprakelijkheidsbeginsel

was het immers goed mogelijk geweest dat Cogelex niet aansprakelijk had kunnen worden gesteld.

6 Conclusie

De aanleiding voor het Skanska-arrest was de wens van de Finse gemeente Vantaan Kaupunki om de Finse opvolgers van de reeds ontbonden Finse inbreukplegers aansprakelijk te houden voor de kartelafspraken van de ontbonden inbreukplegers, terwijl het Finse schadevergoedingsrecht die mogelijkheid niet bood. De uitspraak van het Hof sluit echter aan op zijn jurisprudentielijn die, met het Courage-arrest, al in de jaren negentig van de vorige eeuw was ingezet. In een aantal baanbrekende arresten heeft het Hof laten zien dat hij bereid is (desnoods) nationale rechtsregels terzijde te schuiven als zij het recht op schadevergoeding voor overtreding van het Europese mededingingsrecht onmogelijk maken. Met het Skanska-arrest bouwt het Hof op deze lijn voort door te stellen dat het ondernemingsbegrip direct doorwerkt in een nationale aansprakelijkheidsprocedure voor overtreding van het Europese mededingingsrecht. Het ondernemingsbegrip kan veel meer entiteiten omvatten dan het Nederlandse vennootschapsbegrip en het is daarom zeer waarschijnlijk dat de benadeelde is geholpen met deze uitspraak van het Hof.

Maar wat het Skanska-arrest voor de benadeelde daadwerkelijk kan betekenen, is vooralsnog onduidelijk. Een aantal auteurs stelt dat de context medebepalend is voor de vraag of de benadeelde een beroep toekomt op het ondernemingsbegrip. Zo zouden de (on)mogelijkheid tot het aansprakelijk kunnen stellen van de directe inbreukpleger en de boetebeschikking van de Europese Commissie aan een (succesvol) beroep op het ondernemingsbegrip in de weg kunnen staan. Ik meen echter samen met enkele andere auteurs, zoals Jaspers en Binder, dat een contextafhankelijke doorwerking van het ondernemingsbegrip niet volgt uit de overwegingen van het Hof. Het Hof heeft namelijk de toepasselijke Finse rechtsregel niet getoetst aan het doeltreffendheidsbeginsel, maar heeft bepaald dat het ondernemingsbegrip direct doorwerkt. Daarnaast denk ik dat een niet-beboete entiteit nog steeds civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, mits de civiele aansprakelijkstelling geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de onderneming, zoals is gebleken uit het onderzoek van de Europese Commissie. Hierbij wil ik opmerken dat veel auteurs een andere mening hebben over dat laatste. Voorts kunnen de wijze van doorwerking van de toerekenbaarheid en het bewijsvermoeden invloed hebben op de slagingskans van een procedure. Het is niet ondenkbaar dat de toerekenbaarheid al geïncorporeerd is in het ondernemingsbegrip zelf. In dat geval werkt de toerekenbaarheid (gezamenlijk met het ondernemingsbegrip) direct door en werpt zij geen verdere barrières op voor de benadeelde. Of het bewijsvermoeden ook doorwerkt, acht ik minder zeker. Er zijn weliswaar normatieve voorargumenten aan te dragen, maar het bewijsvermoeden is (hoogstwaarschijnlijk) niet geïncorporeerd in het ondernemingsbegrip, waardoor het mogelijk niet automatisch doorwerkt.

129. Alstom/TenneT, r.o. 2.2.

130. Alstom/TenneT, r.o. 2.2.

131. Alstom/TenneT, r.o. 2.3.

132. Alstom/TenneT, r.o. 2.12.

133. Alstom/TenneT, r.o. 2.13.

134. Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, ECLI:EU:T:2011:344 (Fuji), r.o. 18.

Tot slot is van significant belang voor de aansprakelijkheidsmogelijkheden van de benadeelde hoe wordt bepaald of de verschillende entiteiten dezelfde onderneming vormen. Met grote mate van zekerheid kan worden gezegd dat, naast de directe inbreukpleger, de entiteit die beslissende invloed heeft uitgeoefend aansprakelijk kan worden gesteld door de benadeelde. Daarnaast zijn er sterke argumenten aan te voeren dat de aansprakelijkheid van de entiteiten (uiteindelijk) gestoeld is op het bestaan van een economische eenheid, met als mogelijk gevolg dat alle entiteiten die de economische eenheid vormen aansprakelijk kunnen worden gehouden. In dit verband zijn er ook argumenten aan te voeren dat deze economische eenheid kan bestaan zonder dat sprake is geweest van beslissende invloed. Hiervan kan sprake zijn bij economische continuïteit, maar mogelijk bieden deze argumenten ook grond om (bijvoorbeeld) een ('onschuldige') zustermaatschappij aansprakelijk te stellen zonder dat beslissende invloed is bewezen. In de literatuur is evenwel ook beargumenteerd dat de impact van het Skanska-arrest minder revolutionair is en dat de benadeelde enkel de entiteit die beslissende invloed heeft uitgeoefend aansprakelijk kan stellen. Indien deze uitleg van het ondernemingsbegrip in een civiele aansprakelijkheidsprocedure als juist zou worden aanvaard, dan zou de impact van het Skanska-arrest minder verstrekkend zijn. Het is dus nog onzeker in hoeverre er daadwerkelijk sprake is van een fundamentele verandering in de civiele handhaving van het mededingingsrecht, maar dat we het ondernemingsbegrip nog veel vaker gaan terugzien in een civiele aansprakelijkheidsprocedure lijkt me een gegeven.