

PARENTAL LIABILITY

*H.M. Cornelissen, L.N.M. van Uden en E.M. Hoogervorst*¹

1. Inleiding

Vaststelling van een kartel door de Europese Commissie (“Commissie”) kan voor de karteldeelnemer grofweg twee gevolgen hebben. Ten eerste kan de Commissie haar een boete opleggen (handhavingsperspectief). Ten tweede kan van haar schadevergoeding worden gevorderd in een civiel-rechtelijke *follow-on* procedure. In beide gevallen kan in het bijzonder de vraag spelen of een moedermaatschappij aansprakelijk is voor inbreukmakend gedrag van haar dochter (*parental liability*) of andersom. Dit onderwerp vormt de rode draad van deze bijdrage.

In de arresten *Courage Crehan*² en *Manfredi*³ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJ EU”) bepaald dat eenieder die schade heeft geleden als gevolg van een overtreding van het Unierechtelijke kartelverbod vergoeding van die schade kan vorderen. In het arrest *Manfredi* heeft het HvJ EU ook geoordeeld dat het bij gebrek aan communautaire regelgeving op dit punt, een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van elke lidstaat om regels vast te stellen voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding als gevolg van kartelinbreuken mits de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen.⁴ Een schadevergoedingsactie vindt dus plaats op basis van nationaal recht.

Het nationale recht heeft op dit gebied inmiddels een EU-rechtelijk tintje gekregen. Op 26 december 2014 trad Richtlijn 2014/104/EU⁵

-
- 1 Met medewerking van mr. dr. A. Knigge, advocaat bij Houthoff. De auteurs zijn allen werkzaam bij Houthoff, mr. H.M. Cornelissen en mr. drs. L.N.M. van Uden als advocaat en mr. drs. E.M. Hoogervorst als professional support lawyer.
 - 2 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage Crehan*).
 - 3 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*).
 - 4 Zie ook HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel*), r.o. 21.
 - 5 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 349/1).

betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken (“Richtlijn”) in werking. De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht⁶ (“Implementatiewet”), die op 10 februari 2017 in werking getreden is. Dit heeft geresulteerd in een nieuwe afdeling 3B in titel 3 van boek 6 BW (art. 6:193k-193t BW). De Richtlijn en de Implementatiewet expliciteren eenieders schadevorderingsrecht als gevolg van inbreuken op het EU-mededingingsrecht en beogen een effectieve(re) uitoefening van dat recht.

De Richtlijn en de Implementatiewet roepen vragen op met betrekking tot de omvang van *parental liability* in kartelschadeprocedures. Bepaald is namelijk dat inbreukmakende ‘ondernemingen’ hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor de door de inbreuk veroorzaakte schade. Wat in dit verband onder ‘onderneming’ moet worden verstaan is echter niet duidelijk, nu dit begrip niet wordt gedefinieerd. In de toelichtende stukken bij de Implementatiewet merkt de minister op dat interpretatie van het begrip ‘onderneming’ aan het HvJ EU is voorbehouden. Als dat werkelijk de bedoeling is, dan rijst de vraag of dit tot gevolg zou kunnen hebben dat een andere invulling zal worden gegeven aan *parental liability* dan tot dusverre in het Nederlandse civiele recht gebruikelijk was. Is dat wenselijk en welke betekenis heeft dit voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid?

Ter beantwoording van deze vragen behandelen wij het begrip *parental liability* vanuit het handhavingperspectief (EU-mededingingsrecht, paragraaf 2) en het schadevergoedingsperspectief (concernaansprakelijkheid, paragraaf 3). Daarna gaan wij in op *parental liability* in kartelschadezaken vóór de implementatie van de Richtlijn (paragraaf 4) en na implementatie daarvan (paragraaf 5). Ten slotte komt de vraag aan de orde of mededingingsrechtelijke invulling van het begrip ‘onderneming’ in art. 6:193m BW noodzakelijk en wenselijk is (paragraaf 6), gevolgd door een afsluiting (paragraaf 7).

6 Wet van 25 januari 2017, houdende wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van 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 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), *Stb.* 2017, 28.

2. Parental liability in het EU-mededingingsrecht

2.1 Het begrip ‘onderneming’ in art. 101 VWEU

Het Unierechtelijke kartelverbod (artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”)) richt zich tot ‘ondernemingen’.⁷ Artikel 101 lid 1 VWEU bepaalt:

“Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd beperkt of vervalst (...).”

De precieze betekenis van het begrip ‘onderneming’ is niet vastgelegd in het VWEU, maar is ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJ EU. Het begrip lijkt een dubbel doel te hebben.⁸ Ten eerste maakt dit begrip het mogelijk de categorie van marktdeelnemers te bepalen waarop het kartelverbod van toepassing is. Ten tweede dient het begrip ‘onderneming’ ertoe de eenheid vast te stellen waaraan de mededingingsrechtelijke inbreuk kan worden toegerekend en een sanctie kan worden opgelegd.⁹

Bezien vanuit het eerstgenoemde doel omvat een ‘onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht:

“elke eenheid (...) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, (...).”¹⁰

Doorslaggevend is of een (rechts)persoon een economische activiteit uitoefent en niet wat diens status is krachtens het nationale (vennootschaps)recht. ‘Ondernemingen’ in de zin van het mededingingsrecht kunnen daarom zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn. Het HvJ EU

7 Idem de voorlopers van deze bepaling: artikel 85 en 81 EG-Verdrag. Zie ook art. 102 VWEU.

8 Conclusie A-G Jacobs in zaak C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28 (*Albany*), randnummer 206.

9 Beide doelen van het begrip ‘onderneming’ lijken bij de interpretatie van het kartelverbod niet altijd scherp te worden onderscheiden. Zie hierover onder meer Alison Jones (2012), ‘The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law’, *European Competition Journal*, 8:2, 301-331, DOI: 10.5235/ECJ.8.2.301.

10 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser/Macroton*), r.o. 21 en HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 47.

heeft bovendien bepaald dat onder een ‘onderneming’ in mededingingsrechtelijke zin een ‘economische eenheid’ moet worden verstaan, ook al wordt deze uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.¹¹ Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU maken een moedermaatschappij en haar dochter deel uit van dezelfde economische eenheid – en vormen zij bijgevolg één ‘onderneming’ in de zin van het Unierechtelijke kartelverbod – wanneer de dochtermaatschappij, ondanks het bezit van eigen rechtspersoonlijkheid niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar hoofdzakelijk de haar door de moedermaatschappij gegeven instructies volgt, met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden tussen deze twee juridische entiteiten.¹² Anders gezegd, indien de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van haar dochter, vormen beide entiteiten samen een ‘economische eenheid’ en daarmee een onderneming in mededingingsrechtelijke zin.

Het HvJ EU heeft gespecificeerd dat het bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een ‘economische eenheid’ moet gaan om een *“met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid.”*¹³ Dat maakt dat het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip relatief is en dat in ieder concreet geval, aan de hand van de specifieke activiteit die in geding is, moet worden bepaald of sprake is van een ‘onderneming’ in mededingingsrechtelijke zin.¹⁴ Op die basis kan bijvoorbeeld een overheidsinstelling voor de ene activiteit wel als ‘onderneming’ worden aangemerkt en voor een andere activiteit weer niet. Of kan een moedermaatschappij met twee dochtermaatschappijen die verschillende activiteiten uitoefenen en actief zijn op separate markten, met de ene dochter wel een ‘economische eenheid’ vormen en met de andere dochter niet.

Ook het tweede doel van het begrip ‘onderneming’ – het vaststellen van de eenheid waaraan de inbreuk kan worden toegerekend – dient te worden gezien vanuit het handhavingsperspectief. Wanneer een economische eenheid de mededingingsregels schendt, moet zij – op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid – de verantwoordelijkheid

11 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 48.

12 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 52-53.

13 HvJ EG 12 juli 1984, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm/Compact*), r.o. 11.

14 Conclusie A-G Jacobs in zaak C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28 (*Albany*), randnummer 207.

dragen voor die inbreuk.¹⁵ De schending van het mededingingsrecht moet vervolgens aan een rechtspersoon worden toegerekend zodat aan die rechtspersoon een geldboete kan worden opgelegd.¹⁶ Zowel het Unierecht als de rechtspraak van het HvJ EU zwijgt over *welke* rechtspersonen binnen een economische eenheid mededingingsrechtelijk boeteplichtig zijn voor een vastgestelde kartelinbreuk. In voorkomende gevallen kan de Commissie dus zelf een keuze maken. Te denken valt aan de dochtermaatschappij die daadwerkelijk de overtreding van het Unierechtelijke kartelverbod heeft begaan, haar moedermaatschappij of beide entiteiten (hoofdelijke aansprakelijkheid). De Commissie is niet bevoegd een boete op te leggen aan natuurlijke personen, ook al maken deze met betrekking tot het voorwerp van het kartel deel uit van de inbreukmakende 'onderneming.'

2.2 Toerekening; bewijs

Als een dochtermaatschappij van een concern rechtstreeks betrokken is bij een kartelinbreuk, dan zal die inbreuk in ieder geval kunnen worden toegerekend aan de desbetreffende dochtermaatschappij. Kan daarnaast ook de moedermaatschappij mededingingsrechtelijk aansprakelijk worden gehouden? Daarvoor is, zoals gezegd, beslissend of de moeder en dochter een economische eenheid vormen, met andere woorden: of de dochter niet zelfstandig haar gedrag heeft bepaald, maar hoofdzakelijk de haar door de moedermaatschappij gegeven instructies heeft gevolgd op de markt waarop of ter zake de activiteit waarvan de inbreuk heeft plaatsvonden.¹⁷ Het is aan de Commissie om dit te bewijzen.

In het geval waarin een moedermaatschappij in het bezit is van het gehele of nagenoeg het gehele geplaatste kapitaal van haar dochter, bestaat een weerlegbaar vermoeden dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochtermaatschappij.¹⁸ De Commissie mag in dat geval de kartelinbreuk aan de moedermaatschappij toerekenen en de moedermaatschappij daarvoor

15 HvJ EG 29 maart 2011, C-201/09 P en C-216/09 P, ECLI:EU:C:2011:190 (*Arcelor-Mittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg*), r.o. 95.

16 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 57.

17 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69 (*Imperial Chemical Industries Ltd/Commissie*), r.o. 131-137, HvJ EG 25 oktober 1983, C-107/82 (*AEG Telefunken/Commissie*), r.o. 49-53. HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 52.

18 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 58-62; HvJ EU 26 november 2013, C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 (*Groupe Gascogne/Commissie*), r.o. 38.

beboeten zonder dat daarvoor aanvullend bewijs is vereist.¹⁹ Het weerleggen van dit vermoeden blijkt in de praktijk tot op heden een nauwelijks te nemen hindernis.

In andere gevallen moet de Commissie concreet bewijs aandragen dat de moedermaatschappij – ter zake van de activiteit in kwestie – daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochtermaatschappij. De Commissie kan dit bijvoorbeeld doen door aan te tonen dat de moedermaatschappij zich actief heeft bemoeid met het prijsbeleid,²⁰ de productie- en distributieactiviteiten,²¹ verkoopdoelstellingen, brutomarges of de verkoopkosten²² van de dochtermaatschappij ter zake van de gekarteliseerde producten of diensten. Als de Commissie dat bewijs kan leveren, kan zij voor het inbreukmakende gedrag van de dochtermaatschappij (tevens) de moedermaatschappij beboeten. Op deze manier kan een kartelinbreuk door een entiteit zelfs ook aan haar minderheidsaandeelhouder worden toegerekend mits laatstgenoemde beschikt over rechten en mogelijkheden die verder gaan dan de rechten en mogelijkheden die gebruikelijk toekomen aan een minderheidsaandeelhouder en aangetoond wordt dat de minderheidsaandeelhouder daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op de entiteit die rechtstreeks bij de kartelinbreuk betrokken was.²³

Een bijzondere situatie doet zich voor in het geval van een *joint venture*. Het HvJ EU heeft de volgende beoordelingstoets vastgesteld:

“[I]n een situatie waarin twee moedermaatschappijen elk 50% in handen hebben van de gemeenschappelijke onderneming die inbreuk heeft gemaakt op de mededingingsregels, [is] het enkel ter vaststelling van de aansprakelijkheid voor de deelneming aan de inbreuk op die regels, en slechts voor zover de Commissie aan de hand van een samenstel van feitelijke gegevens het bewijs heeft geleverd dat de moedermaatschappijen daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefenen op de gemeenschappelijke onderneming, dat deze drie entiteiten kunnen worden geacht deel uit te maken van eenzelfde economische eenheid en aldus één onderneming vormen.”²⁴

-
- 19 HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446 (*Evonik Degussa en AlzChem/Commissie*), r.o. 30.
20 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69 (*Imperial Chemical Industries Ltd/Commissie*), r.o. 137.
21 HvJ EG 6 maart 1974, C-6/73 en C7-73 (*Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie*), r.o. 37-41.
22 Gerecht EU 12 januari 1995, T-102/92, ECLI:EU:T:1995:3 (*Viho/Commissie*), r.o. 48.
23 Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, ECLI:EU:T:2011:344 (*Fuji/Commissie*), r.o. 183.
24 HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601 (*El du Pont de Nemours/Commissie*), r.o. 47 (niet in Nederlands gepubliceerd, wel in Engels en Frans). Zie voor een verwijzing naar dit arrest: HvJ EU 14 september 2017, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679 (*LGE en Philips/Commissie*), r.o. 75-76.

Hebben de moedermaatschappijen beslissende invloed gehad op hun joint venture, dan kan de inbreuk aan alle drie entiteiten worden toegerekend en kunnen zij alle drie worden beboet.

2.3 De aard van de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van de moeder

Wat is precies de aard van de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, als de inbreukmakende gedragingen van de dochter aan haar worden toegerekend? Gaat het hierbij om een 'afgeleide' of 'zelfstandige' aansprakelijkheid?

In *Commissie/Tomkins*²⁵ leek het HvJ EU aan te nemen dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij een 'afgeleide' aansprakelijkheid betreft voor zover deze uitsluitend voortvloeit uit de rechtstreekse deelname aan de inbreuk door de dochtermaatschappij. In het arrest *Akzo Nobel/Commissie* uit 2017 lijkt het HvJ EU een genuanceerdere benadering te volgen. Het HvJ EU brengt, onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak, expliciet in herinnering dat het EU-mededingingsrecht berust op het beginsel van 'persoonlijke' aansprakelijkheid van de economische eenheid die dat recht heeft geschonden:

“Als de moedermaatschappij deel uitmaakt van deze economische eenheid, wordt zij dan ook geacht persoonlijk en – met andere rechtspersonen waaruit die eenheid bestaat – hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de gepleegde inbreuk.”²⁶

De persoonlijke veroordeling van de moedermaatschappij zit hem volgens het HvJ EU in het feit dat zij geacht wordt de inbreuk van haar dochtermaatschappij zelf te hebben begaan, omdat zij een beslissende invloed uitoefende op haar dochter die haar in staat stelde het marktgedrag van de onderneming te bepalen. Het HvJ EU geeft tevens aan dat de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid (weliswaar een persoonlijke is, maar) een afgeleid *karakter* heeft en noodzakelijkerwijs berust op feiten die aan de inbreuk van haar dochtermaatschappij ten grondslag liggen.²⁷ Het afgeleide karakter maakt dat een boetevermindering voor de inbreukmakende dochter in beginsel ook aan de daarvoor hoofdelijk aansprake-

25 HvJ EU 22 januari 2013, C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29 (*Commissie/Tomkins*), r.o. 39.

26 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 57.

27 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 61.

lijke moeder ten goede komt, aldus het HvJ EU. Dit kan anders zijn wanneer het aan de moedermaatschappij verweten gedrag “specifiek wordt gekenmerkt door enig ander element”.²⁸ Bij aanwezigheid van een dergelijk specifiek element is het overigens de vraag of de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dan nog wel *uitsluitend* berust op de rechtstreekse deelname aan de inbreuk door die dochtermaatschappij.

In de bijzin “*met andere rechtspersonen waaruit die eenheid bestaat*” in het hiervoor genoemde citaat laat het HvJ EU de mogelijkheid open dat een economische eenheid naast de daadwerkelijk inbreukmakende dochtermaatschappij en haar moedermaatschappij, ook nog uit andere rechtspersonen kan bestaan. Dat is bijvoorbeeld voorstelbaar in het geval dat de grootmoedermaatschappij ter zake van de gekarteliseerde bedrijfsactiviteiten beslissende invloed heeft uitgeoefend op de moedermaatschappij, of wanneer de moedermaatschappij respectievelijk de inbreukmakende dochter nog een andere dochter- respectievelijk zustermaatschappij heeft die actief is op dezelfde of een aanpalende markt als die waarop de inbreukmakende dochter actief is en die andere entiteit ook zelf aan het kartel heeft deelgenomen.

Het ligt niet voor de hand dat het HvJ EU een ruimere uitleg heeft beoogd, bijvoorbeeld dat alle tot het vennootschapsrechtelijke concern behorende rechtspersonen tot de economische eenheid behoren en dat langs voornoemde lijn persoonlijke aansprakelijkheid geconstrueerd kan worden voor een willekeurige zustermaatschappij van de dochtermaatschappij die rechtstreeks aan de inbreuk heeft deelgenomen, terwijl die zustermaatschappij niet actief is op de gekarteliseerde markt. In dat geval valt immers niet in te zien op welke wijze de zustermaatschappij een verwijt kan worden gemaakt. Zij zal immers geen beslissende invloed hebben kunnen uitoefenen op het gedrag van de inbreukmakende dochter. Wanneer de zustermaatschappij ter zake van de activiteit waarop de inbreuk ziet ook niet anderszins een verwijt kan worden gemaakt, maar toch met de moedermaatschappij en de inbreukmakende dochtermaatschappij een ‘economische eenheid’ zou vormen, dan zou dat bovendien op gespannen voet staan met HvJ EU’s vaste rechtspraak dat het om een “*met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische entiteit*” moet gaan.²⁹

28 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P ECLI:EU:C:2017:314 (*Akzo Nobel/Commissie*), r.o. 62 en HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, ECLI:EU:C:2015:613 (*Total/Commissie*), r.o. 10, 37, 38, 41 en 44.

29 HvJ EG 12 juli 1984, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm/Compact*), r.o. 11.

Er zijn dan ook geen gevallen bekend waarin een kartelinbreuk die door een bepaalde entiteit van een concern was gepleegd, werd toegerekend aan enige andere groepsentiteit binnen hetzelfde concern, terwijl die andere entiteit op geen enkele wijze met die inbreuk te maken had. Kortom: bij de toerekening in het kader van de boeteplichtigheid bij de handhaving van het materiële mededingingsrecht gaat het om een aansprakelijkheid van aandeelhouders en niet om gevallen van toerekening op basis van uitsluitend andere factoren – bijvoorbeeld aan een zustermaatschappij van de inbreukmakende entiteit, welke zustermaatschappij niets met de inbreuk te maken had.

Overigens heeft, anders dan de toerekening binnen de economische eenheid ‘naar boven’ (van het gedrag van de dochter aan de moeder), het concept van de ‘economische eenheid’ nog nooit geresulteerd in toerekening binnen de economische eenheid ‘naar beneden’ (van het gedrag van de moeder aan de dochter). Zonder eigen deelname aan de inbreuk en/of wetenschap van die inbreuk aan de zijde van de dochtermaatschappij valt ook moeilijk in te zien hoe zij ‘met betrekking tot de inbreuk’ met de moedermaatschappij een ‘economische eenheid’ zou vormen, althans waarop de persoonlijke aansprakelijkheid van de dochtermaatschappij gebaseerd zou moeten worden. Dit zou wellicht anders zijn wanneer de dochter daadwerkelijk kennis van de kartelinbreuk zou hebben en zou nalaten deze te laten eindigen of deze zelfs eigenhandig zou implementeren door de gekarteliseerde producten op de markt te brengen. Zonder die kennis zou toerekening ‘naar beneden’ echter op gespannen voet staan met het uitgangspunt van persoonlijke, beperkte aansprakelijkheid.

3. *Parental liability* in het Nederlandse civiele recht: concernaansprakelijkheid

Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht berust op de algemene regel dat elk rechtssubject in beginsel uitsluitend zelf aansprakelijk is voor zijn schulden.³⁰ Een moedermaatschappij kan in beginsel slechts aansprakelijk worden gehouden voor een onrechtmatige daad vanwege een kartelinbreuk, indien haar een zelfstandig verwijt te maken valt.³¹ Zij is niet aansprakelijk voor gedragingen van een entiteit waarmee zij is verbonden. Ten aanzien van elk rechtssubject dat wordt aangesproken, zullen feiten

30 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834.

31 Civielrechtelijke aansprakelijkheid in kartelschadezaken berust in de regel op onrechtmatige daad, al dan niet in groepsverband (art. 6:162 en 6:166 BW).

moeten worden aangedragen op basis waarvan de onrechtmatige daad en de schade die daaruit is voortgevloeid kunnen worden vastgesteld.

In een aantal gevallen kan evenwel een verbintenis (in de onderhavige context: tot schadevergoeding) van een rechtspersoon worden toegerekend aan de aandeelhouders van die rechtspersoon. In dat geval is sprake van ‘doorbraak van aansprakelijkheid’.³² Op een dergelijke doorbraak wordt veelal een beroep gedaan wanneer een crediteur vreest dat de primair aansprakelijke rechtspersoon geen verhaal zal bieden.³³

De doorbraak van aansprakelijkheid kent een zogenaamde ‘directe’ en ‘indirecte’ variant. Van directe doorbraak is sprake indien een wettelijke regeling deze doorbraak voorschrijft, zoals in het geval van artikel 2:11 BW en artikel 2:138/248 BW, of indien sprake is van zogenaamde ‘vereenzelving’.³⁴ Vereenzelving is een vorm van doorbraak van aansprakelijkheid die is ontwikkeld in de jurisprudentie, in het bijzonder in het arrest *Rainbow/Ontvanger*.³⁵ Daarin ging het om een doorstartsituatie, waarin door de enig aandeelhouder en bestuurder van een vennootschap uit vrees voor beslaglegging door de fiscus faillissement van de vennootschap was aangevraagd. Vervolgens zette hij dezelfde onderneming voort in een nieuwe vennootschap (Rainbow). De vraag was of beide vennootschappen met elkaar konden worden vereenzelvigd en de Ontvanger verhaal mocht nemen op Rainbow. De Hoge Raad gaf aan dat het maken van misbruik van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen in de regel onrechtmatig is en verplicht tot schadevergoeding. Voorts overwoog hij:

“Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.

32 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834.

33 Zie ook conclusie A-G Mok, randnummer 4.1 voor HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1758, NJ 1996/214 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bato's Erf/Staat*).

34 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, diss Groningen 1999, Deventer: Kluwer 1999, nr. 174 en S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016, p. 241. In Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834 wordt slechts doorbraak op grond van de wet directe doorbraak genoemd.

35 HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5. Zie ook recentelijk HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde en OR 2017/7 met kritische noot S.M. Bartman (*Resort of the World/Maple Leaf*). Voorafgaand aan *Rainbow/Ontvanger* zijn bijv. gewezen HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZA1865, NJ 1996, 215 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Roco/Staat*) en HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213 (*Krijger/Citco*). Zie erna.

(...) Dit betekent echter niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds hierom is een vereenzelviging als door het Hof in het onderhavige geval voor mogelijk wordt gehouden, een vorm van redres die te ver gaat.”

De Hoge Raad benadrukte dat het aannemen van aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging enkel kan worden aangenomen in uitzonderlijke omstandigheden. In *Rainbow/Ontvanger* werd uiteindelijk geen vereenzelviging aangenomen. Welke die omstandigheden dan zijn, is nog niet uitgekristalliseerd. Enkele verwevenheid tussen rechtspersonen is in elk geval onvoldoende. Een uitzonderlijke omstandigheid is evenmin het feit dat de rechtspersoon waarmee vereenzelviging plaats zou moeten vinden, anders dan in *Rainbow* geen activiteiten ontwikkelt en daardoor derden bij vereenzelviging niet geschaad worden.³⁶ En zelfs als voor verhaal geen andere optie bestaat dan uitwinning van het enige vermogensbestanddeel dat de rechtspersoon waarmee vereenzelvigd zou moeten worden heeft, is dat niet uitzonderlijk genoeg.³⁷ Het geringe succes dat een beroep op vereenzelviging heeft lijkt vooralsnog met name beperkt tot gevallen waarin sprake is van verhaalsfrustratie bij een doorstart.³⁸

Van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is sprake, indien een moedermaatschappij op grond van een eigen onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gehouden jegens de schuldeisers van een dochtermaatschappij.³⁹ Het leerstuk van de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid heeft zich in een aantal arresten⁴⁰ ontwikkeld, waarbij gaandeweg is opgeschoven van een plicht de nodige zorgvuldigheid te betrachten naar een zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochter. Ook wordt de moeder vaker aangesproken wegens een nalaten in te grijpen bij de dochter.⁴¹

Uit de rechtspraak destilleren Bartman c.s.⁴² de volgende stappen voor de beantwoording van de vraag of van indirecte doorbraak van

36 HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Resort of the World/Maple Leaf*).

37 HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Resort of the World/Maple Leaf*).

38 Bartman/Dorresteyn/Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016, p. 250.

39 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/837.

40 HR 25 september 1981, NJ 1982/433 (*Osby*), HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Albada Jelgersma II*), HR 12 juni 1998, NJ 1998/727 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), HR 21 december 2001, NJ 2005/96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sobi/Hurks*), HR 11 september 2009, NJ 2009/565, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Comsys*).

41 Bartman/Dorresteyn/Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016, p. 256.

42 Bartman/Dorresteyn/Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016, p. 265.

aansprakelijkheid sprake is: (i) vaststellen van de hechtheid van de concernstructuur en de mate waarin de moeder kan ingrijpen; (ii) vaststellen van een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter vanwege de hechte concernstructuur in combinatie met haar intensieve bemoeienis; (iii) bepalen van de datum waarop de moeder van de slechte toestand van haar dochter op de hoogte moet zijn geweest en haar zorgplicht werd geactiveerd en (iv) bepalen of de moeder aan haar zorgplicht heeft voldaan.

Van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid kan dus sprake zijn indien de moeder zeggenschap had over de bedrijfsvoering van de dochter en zich intensief met de dochter heeft bemoeid, maar geen maatregelen heeft getroffen om een schuldeiser van de dochter te behoeden voor benadeling wegens een gebrek aan verhaal. De te vergoeden schade door de moeder bij indirecte doorbraak van aansprakelijkheid kan overigens verschillen van de vordering die de schuldeiser jegens de dochter heeft. Het gaat immers om een eigen onrechtmatige daad van de moeder. Hierin ligt een verschil met vereenzelviging, waarbij de te vergoeden schade gelijk is aan de vordering van de schuldeiser (de rechtspersonen worden aan elkaar gelijkgesteld).⁴³

4. Parental liability in kartelschadezaken vóór implementatie van de Richtlijn

Hoe gaat de Nederlandse rechter in *follow-on* zaken om met een vaststelling van de Commissie dat inbreukmakend gedrag van een dochtermaatschappij (vanuit het handhavingsperspectief) kan worden toegerekend aan een moedermaatschappij? Leidt deze vaststelling tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van de moeder? Wordt de leer van de doorbraak van aansprakelijkheid toegepast? En kan toerekening ook plaatsvinden aan een rechtspersoon binnen het concern die niet betrokken is in het boetebesluit van de Commissie?

In de periode voor implementatie van de Richtlijn is een handvol *follow-on* procedures gevoerd die met het oog op deze vragen interessant zijn.⁴⁴ Daarbij valt op dat deelname aan een kartel door een dochtermaatschappij nog niet is toegerekend aan de moeder, maar het omgekeerde

43 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/835.

44 Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*), r.o. 4.10, welke beslissing in stand bleef bij Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.17, Rb Gelderland

wel. In twee zaken betreffende het GGS-kartel (gasgeïsoleerd schakelmateriaal) had de krachtens het materiële mededingingsrecht beboete moedermaatschappij rechtstreeks deelgenomen aan de kartelinbreuk, maar hield de rechter haar dochter voor de door die inbreuk veroorzaakte schade hoofdelijk aansprakelijk.⁴⁵ Het gaat daarbij om toerekening ‘naar beneden’.

Eerst de vraag of een ‘automatische koppeling’ bestaat tussen mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid en civielrechtelijke aansprakelijkheid. In de schadevergoedingsprocedures met betrekking tot het liftenkartel en het paraffinewaskartel was namelijk bepleit dat de moedermaatschappij die door de Commissie aansprakelijk was gesteld vanwege een kartelinbreuk om die reden ook aansprakelijk was voor vergoeding van de schade als gevolg daarvan.⁴⁶ De rechtbanken Midden-Nederland en Den Haag verwierpen deze stelling onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het HvJ EU.⁴⁷ Deze houdt in, zoals in de inleiding vermeld, dat de vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kartelschade dient te worden bepaald aan de hand van het nationale recht. Mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid die is vastgesteld in een boetesluit van een mededingingsautoriteit c.q. een beschikking resulteert

24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*), r.o. 4.10 e.v. (eindbeslissing Rb Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713), Rb Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.5 e.v. (*EWD/UTC c.s.*) en Rb Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722, r.o. 4.33 e.v., vervolgd in Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305 r.o. 2.6-2.8 (*CDC/Shell c.s.*). In *TenneT/ABB* heeft de Hoge Raad arrest gewezen, maar daarin stond het doorberekeningsverweer centraal: HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann.

45 Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*), r.o. 4.10, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*) en Rb Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*), r.o. 4.10.

46 Zie Rb Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284 (*EWD/UTC c.s.*) en Rb Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722, r.o. 4.33 e.v., vervolgd in Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305 r.o. 2.6-2.8 (*CDC/Shell c.s.*). Zie ook Rb Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203 (*MTB/Heineken c.s.*), r.o. 4.12, waar in het kader van een bevoegdheidsincident hetzelfde werd betoogd. In deze zaak ging het overigens om schending van art. 102 VWEU.

47 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel e.a.*), r.o. 21. Idem Rb Amsterdam ECLI:NL:RBAMS:2018:3203 (*MTB/Heineken c.s.*), r.o. 4.12.

niet één op één in civiele aansprakelijkheid.⁴⁸ Concreet betekent dit dat de moedermaatschappij weliswaar mededingingsrechtelijk aansprakelijk is, maar voor haar civiele aansprakelijkheid het causale verband ontbreekt nu eigen betrokkenheid bij de kartelinbreuk niet is vastgesteld door de Commissie. De Rechtbank Midden-Nederland gaf vervolgens aan dat, zoals hiervoor ook al omschreven, volgens het Nederlandse recht slechts in uitzonderingsgevallen wordt getornd aan het principe dat een rechtspersoon niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad van een andere rechtspersoon, ook niet als zij tot hetzelfde concern behoren.⁴⁹ Voor zo'n uitzondering zag zij kennelijk geen plaats, de vordering tegen de moedermaatschappij werd afgewezen.

In de GGS-kartelzaken was zoals gezegd sprake van toerekening 'naar beneden'. Voor zover hier relevant was mededingingsrechtelijk slechts de moeder aangemerkt als kartellist en daarvoor beboet. De in de aansprakelijkheidsprocedures betrokken dochters waren dat niet. Kunnen de dochters evenwel civielrechtelijk aansprakelijk zijn?

In *TenneT/ABB* overwoog de Rechtbank Oost-Nederland als volgt. Het feit dat een moedermaatschappij als enig aandeelhouder van haar dochter mededingingsrechtelijk aansprakelijk is gesteld en beboet voor kartelafspraken die mogelijk zijn *uitgevoerd* door die dochter, impliceert niet zonder meer dat die dochter ook zelf civielrechtelijk aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van die kartelafspraken. Omdat benadeelden ook de moedermaatschappij kunnen aanspreken voor vergoeding van die schade, dwingt de waarborging van de volle werking van het Unierecht daar evenmin toe. In lijn met de beginselen van het Nederlandse schadevergoedingsrecht oordeelde de rechtbank vervolgens dat voor een eigen civielrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel vereist is dat de dochtermaatschappij ook zelfstandig een verwijt kan worden gemaakt. Volgens de rechtbank kon het kartelgedrag aan de dochter worden toegerekend op basis van de fictie dat zij bekend was of geacht kan worden (globaal) bekend te zijn geweest met het bestaan van de kartelafspraken, alsmede met het feit dat zij werd ingezet om die afspraken te implementeren, en kon de dochtermaatschappij zelf een verwijt worden

48 De Rb Midden-Nederland vindt voor deze opvatting ook steun in HvJ EG 2 april 2009, C-322/07 P, C-327/07P, C-388/07 P, ECLI:EU:C:2009:500 (*Bolloré*). Daaruit leidt zij af dat zorgvuldige vaststelling door de Commissie of, en zo ja in welke mate de moeder zelf betrokken is geweest bij de inbreuk een doorslaggevende rol speelt bij de bepaling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zie ook A-G Bot in zijn conclusie randnummers 125-126 voor dit arrest.

49 Rb Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284 (*EWD/UTC c.s.*), r.o. 4.7.

gemaakt. De rechtbank oordeelde dat het daarbij niet ging om het mededingingsrechtelijke concept 'economische eenheid' en ook niet om doorbraak van aansprakelijkheid.⁵⁰

In het hoger beroep dat volgde op deze zaak liet het Hof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de rechtbank in stand, maar kwam het via een andere motivering tot toerekening aan de dochter. Het oordeelde dat ook al werden de door de dochtermaatschappij te berekenen prijzen op het niveau van de moedermaatschappij bepaald, de onrechtmatigheid mede aan de dochter kan worden toegerekend, zelfs als de kennis van het kartel en/of het gebruik van haar bedrijfsvoering ter implementatie daarvan bij de dochter zou(den) hebben ontbroken.⁵¹

Het oordeel dat de kennis van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij kon worden toegerekend onderbouwde het hof ten eerste door – onder verwijzing naar het hiervoor genoemde arrest *Rainbow/Ontvanger*⁵² – aan te nemen dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil tussen de moedermaatschappij en haar dochter. Het ongeoorloofde oogmerk van de moedermaatschappij diende rechtens te worden aangemerkt als oogmerk van de dochtermaatschappij, aldus het hof.⁵³

Daar valt wel iets tegen in te brengen. In dit geval was kennis van de dochtermaatschappij van het kartel namelijk niet vastgesteld; de moedermaatschappij was ook niet haar bestuurder. Bovendien lijkt er niet 'met entiteiten te zijn gehusseld' met verhaalsonttrekking tot gevolg. Via een beslag op aandelen van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij zou zelfs nog bij de vermogensbestanddelen van de dochter kunnen worden gekomen.

Ten tweede onderbouwde het hof zijn oordeel vanuit de gedachte dat de kennistoerekening nodig is ter bescherming van de benadeelde. Het achterwege laten van die kennistoerekening is onaanvaardbaar, omdat de moedermaatschappij zich dan zou kunnen verweren met het argument dat zij geen uitvoeringshandelingen heeft verricht en de dochtermaatschappij met het argument dat zij niet rechtstreeks bij de kartelafspraken betrokken is geweest en daar ook niet van heeft geweten. Volgens het hof zou dat in strijd zijn met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.

Ook deze onderbouwing overtuigt niet. Om de moedermaatschappij aansprakelijk te kunnen houden en schadeplichtig te doen zijn, is het

50 Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*), r.o. 4.10.

51 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.17.
52 HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, *NJ* 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.17.

volgens de eigen overwegingen van het hof voldoende dat zij rechtstreeks aan de kartelinbreuk heeft deelgenomen.⁵⁴ Bovendien valt niet direct in te zien waarom het opleggen van gekarteliseerde prijzen aan een onwetende dochter niet als 'uitvoeringshandeling' zou kunnen kwalificeren. Een benadeelde heeft bij schadeplichtigheid van de moedermaatschappij reeds een verhaalsmogelijkheid en hoeft niet te vrezen tussen wal en schip te geraken. Geen enkele Unierechtelijke regel of beginsel vereist dat meer dan één verhaalsmogelijkheid bestaat.

Nu de moedermaatschappij niet tevens (indirect) bestuurder van de dochter was op basis waarvan eventueel de kennis van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij toegerekend had kunnen worden, is de vraag welk verwijt de dochtermaatschappij kon worden gemaakt om die toerekening te rechtvaardigen. Gelet op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad⁵⁵ zou die rechtvaardiging in het kader van schadeplichtigheid alleen in zwaarwegende redenen gelegen kunnen zijn. Van dergelijke redenen leek in deze zaak geen sprake te zijn. Het oordeel van het hof is dan ook niet zonder kritiek gebleven.⁵⁶ De redenering van het hof is evenwel letterlijk gevolgd door de Rechtbank Gelderland in *TenneT/Alstom*, ook een zaak met betrekking tot het GGS-kartel.⁵⁷

Kort resumerend valt dus uit de schaarse rechtspraak die dateert van voor de implementatie van de Richtlijn af te leiden dat een benadeelde niet kan volstaan met een rechtstreeks beroep op de overtreden norm uit het EU-mededingingsrecht. De kartelinbreuk zal in het kader van de schadeplichtigheid aan de rechtspersoon moeten kunnen worden toegerekend. In beginsel is daarvoor een zelfstandig verwijt nodig, maar in twee zaken is onder verwijzing naar het *Rainbow*-arrest de kennis van de moeder omtrent het kartel aan de dochter toegerekend.

5. *Parental liability* in kartelschadezaken na implementatie van de Richtlijn

Artikel 11 lid 1 van de Richtlijn schrijft voor dat lidstaten ervoor zorgen dat 'ondernemingen' die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk

54 Idem, r.o. 3.13.

55 HR 11 november 2015, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*).

56 Zie onder meer de noot bij dit arrest van B.M. Katan en J.S. Kortmann, *JOR* 2014/265.

57 Rb Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*), r.o. 4.18. Overigens neemt de rechtbank hier aansprakelijkheid van twee entiteiten die door de Commissie zijn beboet aan op grond van art. 6:166 BW, zie r.o. 4.10.

hebben gemaakt op het EU-mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door die inbreuk veroorzaakte schade. Dit artikel is krachtens de Implementatiewet vrijwel letterlijk geïmplementeerd in artikel 6:193m lid 1 BW. Zoals in de inleiding is opgemerkt, definieert noch de Richtlijn noch de Implementatiewet het begrip ‘onderneming’. In de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet staat dat de authentieke interpretatie van het begrip ‘onderneming’, ook in art. 6:193m BW, is voorbehouden aan het HvJ EU.⁵⁸ Dat zou betekenen dat het begrip ‘onderneming’ geïnterpreteerd moet worden als ‘economische eenheid’. In reactie op een Kamervraag⁵⁹ wat de regering vindt van de gedachte dat het hanteren van het Europeesrechtelijke ondernemersbegrip zou kunnen leiden tot een ruimere interpretatie van de toerekeningsleer onder het Nederlandse civiele recht dan tot nog toe het geval was, antwoordde de minister:

“Het begrip ‘onderneming’ dat in de richtlijn wordt gehanteerd dient voor zover het gaat om inbreuken als bedoeld in artikel 6:193k BW, in de context van het Europese mededingingsrecht te worden gezien. De interpretatie en het bepalen van de reikwijdte van dit Europese begrip is aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorbehouden. Dit laat het begrip «onderneming» in een andere – nationale – context onverlet. De interpretatie van dit ondernemingsbegrip is voorbehouden aan de nationale rechter.”⁶⁰

Voor het geval dat sprake is van een zuiver nationale overtreding van het mededingingsrecht is inmiddels een separaat (concept) wetsvoorstel opgesteld.⁶¹ In de Ontwerp toelichting bij dit (concept) wetsvoorstel volgt eveneens dat de uitleg van de artikelen uit de Implementatiewet is voorbehouden aan het HvJ EU:

“De uitleg van de artikelen uit de implementatiewet is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (artikelen 6:193k tot en met 6:193t BW, 44a, derde lid, 161a, en 844-850 Rv). Met de inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel wordt deze uitleg ook leidend als deze artikelen van toepassing zijn op zuiver nationale gevallen. Dezelfde of vergelijkbare begrippen uit de

58 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 490, nr. 3, p. 12 (MvT).

59 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 490, nr. 5, p. 2 (Verslag II).

60 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 490, nr. 6, p. 2 (NV II).

61 Conceptwetsvoorstel wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuwe Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (Wetsvoorstel Markt en Overheid), te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid>.

implementatiewet komen overigens ook op andere plaatsen in het Nederlandse recht voor. Te denken valt aan het begrip “onderneming”. De interpretatie van deze begrippen buiten de context van Boek 6, titel 3, afdeling 3B, BW inzake de schending van mededingingsrecht, bijvoorbeeld in de context van Boek 2 BW, blijft voorbehouden aan de nationale rechter (vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34 490, nr. 6, p. 2).⁶²

Deze toelichtingen zouden de indruk kunnen wekken dat alle entiteiten die binnen het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’ (economische eenheid) vallen, tevens vallen onder het begrip ‘onderneming’ in de definitie van het begrip ‘inbreukpleger’ uit artikel 6:193k BW. Het gevolg daarvan zou dan kunnen zijn dat alle entiteiten die behoren tot een onderneming in de zin van ‘economische eenheid’ krachtens artikel 6:193m BW civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het geheel van de door de inbreuk veroorzaakte schade, zelfs als maar één entiteit behorend tot die onderneming bij de inbreuk betrokken was.

Het is de vraag of dit de bedoeling is geweest van de wetgever, maar als deze gelijkenschakeling daadwerkelijk is beoogd wordt met de implementatie van de Richtlijn een aanzienlijke wijziging doorgevoerd in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, in het bijzonder ter zake van het leerstuk van concernaansprakelijkheid, althans waar het gaat om kartelschade. De vraag komt dan op of een dergelijke ingreep in het bestaande concernaansprakelijkheidsrecht noodzakelijk en wenselijk is.

6. Gelijkschakeling begrip ‘onderneming’ noodzakelijk noch wenselijk

Noodzakelijk lijkt de wijziging in elk geval niet. Het doel van de Richtlijn is onder meer te waarborgen dat elke lidstaat over regels beschikt die effectieve uitoefening van het subjectieve recht op vergoeding van schade die voortvloeit uit inbreuken op het EU-mededingingsrecht garanderen. Weliswaar volgt uit de considerans van de Richtlijn⁶³ en de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet⁶⁴ dat de mogelijkheid tot het voorderen van kartelschade een handhavend effect kan hebben en preventief kan werken – zoals aansprakelijkheidsrecht dat overigens steeds kan – maar

62 Ontwerptoelichting bij Wetsvoorstel Markt en overheid, p. 14, te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid>.

63 Zie ook Richtlijn 2014/104/EU, overweging 3 t/m 6.

64 *Kamerstukken II 2016/17, 34 490, nr. 3, p. 1 t/m 5 (MvT)*.

het gaat om de bescherming van dat subjectieve vorderingsrecht dat voortvloeit uit de unierechtelijke inbreuk.

Noch uit de Richtlijn noch uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat lidstaten het mededingingsrechtelijke ‘ondernemingsbegrip’ voor het realiseren van voornoemd doel zouden moeten introduceren in (regels inzake schadeplichtigheid onder) het nationale civiele recht. In Duitsland is – na debat daarover – gekozen het mededingingsrechtelijke ‘ondernemingsbegrip’ niet op te nemen in de Duitse wet ter implementatie van de Richtlijn.⁶⁵ In het Verenigd Koninkrijk – met Nederland en Duitsland behorend tot de meest populaire jurisdicties voor het aanhangig maken van kartelschadevorderingen – heeft de wetgever zich niet uitgelaten over hoe het in de Britse Implementatiewet⁶⁶ opgenomen begrip ‘onderneming’ in de zin van het schadevergoedingsrecht geïnterpreteerd dient te worden. Daar is de uitleg derhalve aan de nationale rechter voorbehouden.

Het is bovendien de vraag of de uitleg van het begrip ‘onderneming’ wel *kan* worden voorbehouden aan het HvJ EU. Overweging 11 van de considerans van de Richtlijn vermeldt, gelijk de vaste rechtspraak van het HvJ EU, dat bij het ontbreken van regels van Unierecht schadevorderingen onder de nationale regels en procedures van de lidstaten vallen en dat de lidstaten de mogelijkheid moet worden geboden de nationaalrechtelijke voorwaarden voor schadevergoeding, zoals toerekenbaarheid, relativiteit of schuld, te behouden voor zover deze stroken met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid en met de Richtlijn.

Indien het inderdaad de bedoeling van de wetgever is geweest in het kader van de civielrechtelijke aansprakelijkheid uit te gaan van het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’ in de zin van ‘economische eenheid’ dan heeft dit bovendien mogelijk een aantal onwenselijke gevolgen. Zo zou de moedermaatschappij eerder in civielrechtelijke zin aansprakelijk kunnen worden gehouden voor een inbreuk op het mededingingsrecht van haar dochter, dan op grond van het ‘gewone’

65 M. Kuipers, S. Tuinenga, E. Whiteford and T.B. Paul, ‘Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany’, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 8, Issue 1 (2017), p. 47–65. De Implementatiewet is in Duitsland inwerking getreden op 9 juni 2017 en neergelegd in de 9. *GWB-Novelle (Neuintes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)*. In deze wet zijn ook andere regels opgenomen dan uit de Richtlijn. Zo is hierin wel gekozen voor de EU-rechtelijke invulling van het begrip ‘onderneming’ voor het opleggen van boetes (§ 81 Abs. 3a) - 3e) *GWB*).

66 The Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements (Competition Act 1998 and Other Enactments (Amendment)) Regulations 2017.

aansprakelijkheidsrecht het geval is, zonder dat daarvoor een bijzondere rechtvaardiging bestaat. Immers, in het gewone concernaansprakelijkheidsrecht is de omstandigheid dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij tot eenzelfde economische eenheid zouden behoren, niet voldoende om tot directe of indirecte doorbraak van aansprakelijkheid te komen. Niet valt in te zien waarom dit anders zou moeten zijn in gevallen waarin de onrechtmatige daad zou bestaan uit een inbreuk op het Europese mededingingsrecht.

Waar het gaat om toerekening van civielrechtelijke aansprakelijkheid 'naar beneden' (van inbreukmakend gedrag van de moedermaatschappij aan de dochter) of 'opzij' (van inbreukmakend gedrag van de ene zustermaatschappij aan de ander) lijkt invulling van het begrip 'onderneming' als economische eenheid overigens niet direct tot een uitbreiding van de kring van aansprakelijke partijen te (moeten) leiden. In paragraaf 2 is besproken dat mededingingsrechtelijke toerekening 'naar beneden' binnen de economische eenheid nog niet is voorgekomen. Bovendien is onder verwijzing naar het arrest *Hydrotherm*⁶⁷ betoogd dat het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip relatief is, en dat in ieder concreet geval, aan de hand van de specifieke activiteit die in het geding is, moet worden bepaald of sprake is van een 'onderneming'. Een zustermaatschappij mag daarom niet geacht worden deel uit te maken van een economische eenheid met de inbreukmakende dochtermaatschappij als zij niets met de inbreuk te maken heeft, bijvoorbeeld omdat zij op een andere dan de gekarteliseerde markt actief is.

Mededingingsrechtelijke invulling van het begrip 'onderneming' zou daarnaast gevolgen hebben voor de bewijsvoering in civiele kartelschadezaken. In het gewone aansprakelijkheidsrecht zal voor de aansprakelijkheid van elke rechtspersoon in beginsel gesteld en bewezen moeten worden dat deze rechtspersoon een zelfstandig verwijt kon worden gemaakt als gevolg waarvan de eisende partij schade had geleden. Indien vanwege de toepassing van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip de civielrechtelijke aansprakelijkheid van elk van de entiteiten binnen een onderneming zou volgen uit het onrechtmatige handelen van één entiteit binnen een 'economische eenheid', dan zal enkel ten aanzien van die ene entiteit gesteld, en bij voldoende betwisting, bewezen moeten worden dat wordt voldaan aan de vereisten van onrechtmatige daad op grond waarvan vervolgens alle entiteiten binnen die economische eenheid hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de

67 HvJ EG 12 juli 1985, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm/Compact*), r.o. 11.

vergoeding van de schade. In het arrest *Commissie/Tomkins* oordeelde het HvJ EU immers dat:

“voor de toerekening van de [mededingingsrechtelijke] aansprakelijkheid aan om het even welke entiteit binnen de groep het bewijs moet worden geleverd dat één entiteit op zijn minst inbreuk op de mededingingsregels van de Unie heeft gemaakt en dat deze omstandigheid moet zijn vastgesteld in een definitief geworden beslissing.”⁶⁸

Ook hier geldt dat het wel moet gaan om een “*met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid*.”⁶⁹

Eveneens onwenselijk zou zijn als de mededingingsrechtelijke uitleg van het begrip ‘onderneming’ tevens impliceert dat ook in civiele aansprakelijkheidszaken het weerlegbare vermoeden bestaat dat bij een (bijna) 100% aandeelhouderschap van de moedermaatschappij in de inbreukmakende dochtermaatschappij, eerstgenoemde daadwerkelijk beslissende invloed heeft gehad op de dochter.

Het voorgaande zou kunnen leiden tot situaties waarin een moedermaatschappij die (i) niet rechtstreeks betrokken is bij het inbreukmakend gedrag van haar (bijna) 100% dochter, (ii) mogelijk geen bestuurder is van de inbreukmakende dochter, (iii) mogelijk zelfs geen weet (kan) hebben (gehad) van het inbreukmakend gedrag en (iv) mogelijk geen bemoeienis met het prijsbeleid van de dochter (kan) hebben gehad, maar niet in staat is daar achteraf afdoende bewijs voor te leveren, civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade ontstaan als gevolg van het kartelgedrag van haar dochter. Dat zou grenzen aan een risicoaansprakelijkheid voor de moedermaatschappij voor schade die het gevolg is van mededingingsrechtelijke inbreuken door de dochtermaatschappij.

7. Afsluiting

In het voorgaande stond de vraag centraal of de Richtlijn en de Implementatiewet wijzigingen aanbrengen in het leerstuk van *parental liability* in het Nederlandse civiele recht. Op grond van de Richtlijn (geïmplementeerd in art. 6:193k e.v. BW) zijn inbreukplegende ‘ondernemingen’ hoofdelijk aansprakelijk voor de door die inbreuk ontstane schade. Uit de toelichtende stukken bij de implementatie van de Richtlijn lijkt te

⁶⁸ HvJ EU 22 januari 2013, C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29 (*Commissie/Tomkins*).

⁶⁹ HvJ EG 12 juli 1985, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm/Compact*), r.o. 11.

volgen dat de wetgever voor de invulling van het begrip ‘onderneming’ in de Richtlijn aansluit bij de interpretatie daarvan door het HvJ EU. Dat zou betekenen dat het begrip ‘onderneming’ als ‘economische eenheid’ in de zin van het mededingingsrecht moet worden gezien, wat een wijziging van het ‘gewone’ concernaansprakelijkheidsrecht met zich brengt. Daarin wordt een rechtspersoon immers niet voor de onrechtmatige gedraging van een andere rechtspersoon aansprakelijk gehouden, tenzij zij zelf eveneens onrechtmatig heeft gehandeld of – in uitzonderlijke gevallen – sprake is van directe doorbraak van aansprakelijkheid. Een mededingingsrechtelijke invulling van het begrip ‘onderneming’ in kartelschadezaken is bovendien noodzakelijk noch wenselijk. Dit leidt tot een verruiming van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, alleen in dit type concernaansprakelijkheidszaken, zonder dat daarvoor een bijzondere rechtvaardiging bestaat, terwijl – en opnieuw, alleen in dit type aansprakelijkheidszaken – de moedermaatschappij in een andere (slechtere) bewijsrechtelijke positie komt te verkeren.

Het zou echter nog wel even kunnen duren voordat in de rechtspraak over de in deze bijdrage besproken vragen duidelijkheid zal worden verkregen. De Richtlijn heeft ten aanzien van de materiële bepalingen (onder meer art. 6:193k en m BW)⁷⁰ geen terugwerkende kracht (art. 22 lid 1 Richtlijn). Nu de inwerkingtredingsdatum van de Implementatiewet 10 februari 2017 is, betekent dit dat deze artikelen eerst van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die voortvloeien uit kartelgedrag dat dateert van op of na die datum. Hoewel de Nederlandse wetgever dit niet expliciet heeft vastgesteld, is steun voor deze opvatting onder meer te vinden in de wijze waarop de Britse en de Duitse wetgever de Richtlijn hebben geïmplementeerd. In de Britse implementatiewet⁷¹ is bepaald dat de materieelrechtelijke bepalingen uit die wet uitsluitend van toepassing zijn indien de inbreuk respectievelijk de beweerdelijke schade waarop een claim betrekking heeft, heeft plaatsgevonden respectievelijk veroorzaakt is op of na de datum van inwerkingtreding van de Britse implementatiewet. De Duitse implementatiewet⁷² kent een vergelijkbare regeling. Deze sluit echter niet aan bij de datum van inwerkingtreding van de Duitse implementatiewet, 9 juni 2017, maar

70 Zie ook Ontwerptoelichting bij Wetsvoorstel Markt en overheid, p. 14, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/twijzigingmarktenoverheid, p. 21.

71 The Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements (Competition Act 1998 and Other Enactments (Amendment)) Regulations 2017, Section 5.

72 Art. 8 9.GWB-Novelle (Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

verklaart de materieelrechtelijke bepalingen van toepassing op kartelschadeclaims die ontstaan op of na de 'implementatiedeadline' van 27 december 2016, zoals opgenomen in de Richtlijn.

Het zou echter ook kunnen dat het HvJ EU eerder dan de Nederlandse rechter op dit punt duidelijkheid zal geven. In een Finse zaak zijn namelijk onlangs prejudiciële vragen gesteld over het onderwerp '*parental liability*.' Deze vragen raken verschillende aspecten die hiervoor in deze bijdrage aan de orde zijn gesteld. Zo wenst de Finse rechter onder meer van het HvJ EU te vernemen of de vraag wie schadeplichtig is ter zake van een kartelinbreuk beantwoord moet worden door rechtstreekse toepassing van het Unierechtelijke kartelverbod of aan de hand van nationale regels.⁷³ Hierover lijkt het HvJ EU zich reeds uitgelaten te hebben.⁷⁴ Daarnaast is echter de vraag gesteld – voor zover de schadeplichtigen aan de hand van het Unierechtelijke kartelverbod worden bepaald – of diegenen die onder het begrip 'onderneming' in de zin van dat kartelverbod vallen, aansprakelijk zijn voor vergoeding alsmede of op de bepaling van de schadeplichtigen dezelfde beginselen van toepassing zijn als die welke het HvJ EU ter bepaling van de boeteplichtigen heeft toegepast, in het bijzonder dat deze kan berusten op de omstandigheid dat de betrokken rechtspersoon deel uitmaakt van dezelfde 'economische eenheid' of op economische continuïteit.

73 Zaak C-724/17 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*). Zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CN0724&from=EN>.

74 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel*), r.o. 21.