

Aansprakelijkheid voor kartelschade: zijn dochterentiteiten het kind van de (toe)rekening?

Ondernemingsrecht 2021/109

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of het ondernemingsbegrip, als economische eenheid, op zichzelf grondslag biedt voor toerekening van aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag van een bepaalde entiteit aan een of meer andere entiteiten binnen eenzelfde concern of dat daar meer voor nodig is. Die toerekening kan in meerdere richtingen plaatsvinden: 'naar boven' toe, wanneer een moedermaatschappij aansprakelijk wordt gehouden voor inbreukmakend gedrag van haar dochtervennootschap (de klassieke *parental liability*) of 'naar beneden' toe, wanneer een dochtervennootschap aansprakelijk wordt gehouden voor inbreukmakend gedrag van haar moedermaatschappij. Op grond van de analyse van de besluiten van de Commissie en de relevante rechtspraak van de Unierechter, wordt geconcludeerd dat er geen eenduidig antwoord is op de vraag wat de precieze grondslag is voor toerekening van aansprakelijkheid aan de moedermaatschappij voor inbreukmakend gedrag van de dochtervennootschap: (i) wordt de economische eenheid uitsluitend op basis van het uitoefenen van beslissende invloed vastgesteld; of (ii) wordt dit in bredere zin vastgesteld? Recentelijk bevestigde het HvJ EU echter dat ook toerekening 'naar beneden' – en wellicht ook 'zijwaarts' – tot de mogelijkheden behoort. Daarvoor is vereist dat de dochteronderneming en de moedermaatschappij een economische eenheid vormen, gezien de economische, organisatorische en juridische banden tussen die twee entiteiten alsmede vanwege het bestaan van een concreet verband tussen de economische activiteit van de dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld.

1. Inleiding

Het *Skanska*-arrest² heeft veel pennen in beweging gebracht.³ Ook in de Europese en nationale rechtspraak staat dit arrest nog altijd vol in de spotlights.⁴ Kort gezegd overwoog het HvJ EU in het *Skanska*-arrest dat de kwestie van de aanwijzing van de entiteit die gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade rechtstreeks geregeld wordt door het Unierecht. Om de pleger van een dergelijke inbreuk aan te duiden is in het Unierecht gekozen voor het begrip 'onderneming'.⁵ Volgens het HvJ EU kan dat ondernemingsbegrip in het licht van de oplegging door de Commissie van geldboeten op grond van artikel 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 geen andere betekenis hebben in de context van schadevergoedingsvorderingen voor schendingen van de Unierechtelijke mededingingsregels.⁶ De 'onderneming' die inbreuk heeft gemaakt op die Unierechtelijke mededingingsregels is volgens het HvJ EU aansprakelijk voor de schade die door deze inbreuk is veroorzaakt.⁷

² HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*).

³ In Nederland: S.W. Bothof, 'Het Skanska-arrest: een mogelijke fundamentele verandering in de civiele handhaving van het Europese mededingingsrecht', *MvO* 2021/182; H.B.M. Römkens e.a., 'Publieke en private handhaving van het kartelverbod – een convergente toepassing van dezelfde norm?', *M&M* 2020/6; R. Meijer, 'Concernaansprakelijkheid bij inbreuken op het EU-mededingingsrecht: Skanska in actie', *M&M* 2020/3; S. Tuinenga & M.A. Meijssen, 'Kroniek civiele rechtspraak 2019', *M&M* 2020/2; S.A. van Dijk, 'The concept of "undertaking" as means to ascertain liability for an infringement of EU competition law', in: J.M. Veenbrink, S.J. Tans, C.S. Rusu & A. Looijestijn-Clearie (red.), *New Directions in Competition Law Enforcement* (Radboud Economic Law Series, 4), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2020; T.S. Hoyer & J.W. Fanoy, 'Jurisdictie bij schade als gevolg van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht', *NtEr* 2020/1-2; HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), *NJ* 2020/58, m.nt. J.S. Kortmann; R. van Dijken, 'Skanska en de pluraliteit van verweerders bij kartelschadezaken', *NIPR* 2019/4; R. Jaspers & T. Binder, 'Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving', *M&M* 2019/3, p. 112-119; M. Goorts & B. Nijhof, 'Skanska: de opmars van het ondernemingsbegrip in de civiele procespraktijk', *MP* 2019/4; B.J. Drijber, 'Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade', *Ondernemingsrecht* 2019/74; HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), *JOR* 2019/6, m.nt. S.A. van Dijk, p. 1838; S. Tuinenga, 'Rechtspraak leidt tot verdergaande harmonisatie via de schadevergoedingsrichtlijn dan verwacht', *MP* 2019/225. Zie ook bijvoorbeeld in buitenlandse literatuur: W. Wurmnest, 'Liability of "undertakings" in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska', *Common Market Law Review* 2020, p. 915-934.

⁴ Bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165; Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:5882; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:509; HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis e.a.*).

⁵ HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punten 28-29.

⁶ HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 47.

⁷ HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 35.

¹ De auteurs zijn allen werkzaam als advocaat te Amsterdam. In die hoedanigheid zijn zij betrokken bij een aantal zaken waarnaar in dit artikel wordt verwezen.

Onder verwijzing naar het *Skanska*-arrest wordt door of namens benadeelden van een inbreuk veelal betoogd dat door de nationale civiele rechter het Unierechtelijke ondernemingsbegrip ruim geïnterpreteerd dient te worden: elke entiteit binnen een vennootschapsrechtelijk concern zou tevens deel uitmaken van de mededingingsrechtelijke 'onderneming' en zou reeds uit dien hoofde – dus zonder nadere voorwaarden – aansprakelijk gehouden kunnen worden voor schade als gevolg van inbreukmakend gedrag van een andere entiteit binnen dat concern. Volgens deze zienswijze zou bijvoorbeeld een zustervenootschap van de inbreukmakende entiteit aansprakelijk gehouden kunnen worden, ook al heeft die zustervenootschap geen enkele bemoeienis gehad met de inbreuk en is deze op een geheel andere markt actief dan de markt waarop het inbreukmakend gedrag heeft plaatsgevonden. Een specifiek zelfstandig verwijt zou niet nodig zijn.⁸ Het is niet verrassend dat een aantal andere auteurs pleit voor een andere, striktere uitleg van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip, althans voor nadere voorwaarden voor toerekening van aansprakelijkheid aan een andere entiteit binnen het concern.⁹

In de kern voert deze discussie terug op de vraag of het behoren tot de mededingingsrechtelijke 'onderneming' op zichzelf grondslag biedt voor (toerekening van) aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag van een bepaalde entiteit aan een of meer andere entiteiten binnen eenzelfde concern of dat daar meer voor nodig is. Met andere woorden, is het toerekeningsvraagstuk geïntegreerd in de afbakening van de 'onderneming' (geïntegreerde toets) of vormt dit een aparte toets nadat eerst de 'onderneming' is vastgesteld (tweestapstoets)? Het was tot voor kort niet geheel duidelijk hoe het 'ondernemingsbegrip' en de 'toerekenbaarheid van aansprakelijkheid' (en de waarde die in dat verband dient te worden toegekend aan 'de uitoefening van beslissende invloed' en het vormen van een 'economische eenheid') zich precies tot elkaar verhouden en wat dat betekent voor mogelijke toerekening van inbreukmakend gedrag door de ene entiteit aan andere entiteiten binnen eenzelfde concern. In het recente *Sumal*-arrest¹⁰ heeft het HvJ EU de (voorwaarden voor) toerekening van aansprakelijkheid verduidelijkt.

Die toerekening kan in twee richtingen plaatsvinden. Ten eerste 'naar boven' toe, wanneer een moedermaatschappij aansprakelijk wordt gehouden voor inbreukmakend gedrag van haar dochtervenootschap (de klassieke *parental*

liability).¹¹ De grondslag en toepassing van deze vorm van toerekening worden in paragraaf 3 besproken aan de hand van de besluitenpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van de gerechten van de Unie.

Ten tweede is nu bevestigd dat toerekening ook 'naar beneden' kan plaatsvinden. Inbreukmakend gedrag van een moedermaatschappij wordt dan toegerekend aan een of meer dochtervenootschappen. In dat kader werd reikhalzend uitgekeken naar het *Sumal*-arrest.¹² Daarin heeft het HvJ EU antwoord gegeven op de prejudiciële vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden inbreukmakend gedrag van een moedermaatschappij onder de Unierechtelijke mededingingsregels, doch in het kader van een civielrechtelijke schadevergoedingsactie, kan worden toegerekend aan een dochtervenootschap. Mede in het licht van het recente *Sumal*-arrest en de daaraan voorafgaande conclusie van Advocaat-Generaal Pitruzzella¹³ wordt in paragraaf 4 getracht licht te werpen op de (on)mogelijkheden en beperkingen die aan een dergelijke aansprakelijkheidsgrondslag verbonden zijn.

Voor een goed begrip van het toerekeningsvraagstuk gaan wij hierna in paragraaf 2 eerst in op de vraag hoe moet worden bepaald wat de 'onderneming' is in de zin van artikel 101 VWEU, en het verband met de begrippen 'beslissende invloed' en 'economische eenheid'.

2. Het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip; beslissende invloed en de economische eenheid

Binnen de verschillende pijlers van het mededingingsrecht van de Unie (concurrentietoezicht, concentratietoezicht en staatssteun) speelt het ondernemingsbegrip een centrale rol. De gangbare algemene omschrijving van het begrip onderneming is "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent ongeacht rechtsvorm, financieringswijze en winsttoegmerk".¹⁴

Het ondernemingsbegrip lijkt nog niet volledig uitgekristalliseerd¹⁵ en de verdere invulling van dit begrip is ook

8 Bijvoorbeeld: R. Meijer, 'Concernaansprakelijkheid bij inbreuken op het EU-mededingingsrecht: Skanska in actie', *M&M* 2020/3; S. Tuinenga & M.A. Meijssen, 'Kroniek civiele rechtspraak 2019', *M&M* 2020/2.

9 Bijvoorbeeld B.J. Drijber, 'Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade', *Ondernemingsrecht* 2019/74, par. 7.

10 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*). Omdat het *Sumal*-arrest pas werd gewezen na de opleveringsdatum van de initiële eindversie van dit artikel, kon in dit artikel slechts summier op dit arrest worden ingegaan. Binnenkort zal hierover in dit blad een annotatie verschijnen van mr. B.J. Drijber.

11 Bij de uitoefening van beslissende invloed kan het gaan om directe en indirecte invloed, zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 januari 2011, ECLI:EU:C:2011:21, (*General Química*), punten 84-90. Onder 'moeder' kan dus ook grootmoeder en verder worden verstaan. Onder 'dochter' kan ook 'kleindochter' en verder worden verstaan.

12 Bijvoorbeeld W. Knibbeler & T.C. van Helfteren, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2021/16, p. 1263.

13 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, C-882/19. Zie ook HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 36.

14 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), punt 21.

15 S.A. van Dijk, 'The concept of 'undertaking' as means to ascertain liability for an infringement of EU competition law', in: J.M. Veenbrink, S.J. Tans, C.S. Rusu & A. Looijestijn-Clearie (red.), *New Directions in Competition Law Enforcement* (Radboud Economic Law Series, 4), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2020, p. 118-119.

niet uniform binnen de verschillende pijlers.¹⁶ In de context van het Unierechtelijke kartelverbod is met name de doctrine van de 'economische eenheid' van belang. Deze doctrine komt het meest nadrukkelijk naar voren in concernverhoudingen.¹⁷ Als een dochtervennootschap ondanks haar afzonderlijke rechtspersoonlijkheid niet haar eigen marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, kunnen deze entiteiten – in het bijzonder gelet op de economische, organisatorische en juridische banden – een economische eenheid vormen.¹⁸ Bezien vanuit het inbreukmakend gedrag van de dochtervennootschap wordt daarbij getoetst of de moedermaatschappij beslissende invloed kon uitoefenen over die dochtervennootschap en of die beslissende invloed ook daadwerkelijk is uitgeoefend. Voor 100%- en bijna-100%-dochtervennootschappen¹⁹ – zowel op basis van aandeelhouderschap als stemrechten²⁰ – geldt een weerlegbaar vermoeden dat aan deze toets is voldaan.²¹ De uitgeoefende beslissende invloed hoeft niet concreet te zien op de inbreukmakende gedragingen of activiteiten die in de desbetreffende zaak centraal staan.

Daar staat tegenover dat er in de rechtspraak van het HvJ EU aanwijzingen te vinden zijn voor het uitgangspunt dat het ondernemingsbegrip een functioneel begrip is dat context-specifiek dient te worden toegepast, hetgeen het HvJ EU in *Sumal* bevestigt.²² In ieder concreet geval dient aan de hand van de specifieke in het geding zijnde activiteit en de rol van de entiteiten binnen het concern te worden bepaald of sprake is van een economische eenheid. Een dergelijke toepassing duidt erop dat niet alle entiteiten van het concern ook (onvoorwaardelijk) tot de 'onderneming' behoren en maakt het tevens mogelijk dat verschillende entiteiten met betrekking tot de ene activiteit wel met hun moedermaatschappij een economische eenheid vormen en ter zake van een andere activiteit niet. Ook volgt daaruit dat een moedermaatschappij met twee 100%-dochtervennootschappen die verschillende activiteiten uitoefenen en actief zijn op separate markten, voor

een van die activiteiten met de ene dochtervennootschap wel een economische eenheid vormt, maar met de andere dochtervennootschap niet.²³

De doctrine van de economische eenheid is oorspronkelijk ontwikkeld vanuit de gedachte dat overeenkomsten tussen entiteiten die tezamen een economische eenheid vormen, geen mededingingsbeperkende effecten (kunnen) hebben en dat op dergelijke overeenkomsten het kartelverbod dus niet van toepassing is.²⁴ Dergelijke afspraken moet men zien als een interne allocatie van goederen of diensten, die niet aan het kartelverbod is onderworpen.²⁵ De vraag is intussen wat de rol is van deze doctrine bij de vaststelling en toerekening van aansprakelijkheid voor inbreukmakende afspraken tussen *verschillende* ondernemingen. Vormt het behoren tot een economische eenheid op zichzelf reeds een grondslag voor toerekening van aansprakelijkheid aan een entiteit voor inbreukmakend gedrag van een andere entiteit binnen hetzelfde concern of is daar meer voor nodig?

Aan de hand van de besluitenpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van de Unierechter schetsen wij in de volgende paragraaf de rol die de begrippen 'onderneming', 'beslissende invloed' en 'economische eenheid' spelen in de toerekening 'naar boven'. Op basis van deze analyse kan in de daaropvolgende paragraaf worden beoordeeld of het mededingingsrecht van de Unie in beginsel ook de mogelijkheid biedt tot toerekening 'naar beneden'. Dat wil zeggen of, en zo ja, onder welke voorwaarden inbreukmakend gedrag van een moedermaatschappij ook aan een of meer dochtervennootschappen of andere entiteiten binnen hetzelfde concern kan worden toegerekend.

3. Toerekening 'naar boven': aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor inbreukmakend gedrag van een dochtervennootschap

3.1 Besluitenpraktijk Commissie

In de besluitenpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Gerecht en het HvJ EU zijn vooralsnog (vrij-

16 Zie bijvoorbeeld de noot van Kortmann bij *Skanska* in *NJ* 2020/58, punt 16, die wijst op de specifieke wijze waarop het ondernemingsbegrip bij artikel 107 VWEU wordt ingezet bij de beoordeling van de geoorlooftheid van staatssteun.

17 Maar denk ook aan de verhouding werknemer-werkgever, principaal-agent en aannemer-ondaannemer. Zie Whish & Bailey, p. 94.

18 Bijvoorbeeld HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479 (*Alliance One*), punt 43; HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo/Commissie*), punt 58.

19 Gerecht 17 mei 2011, ECLI:EU:T:2011:217 (*Elf Aquitaine/Commissie*), punt 56 paste dit vermoeden toe bij 97,55%. In Gerecht 15 juli 2015, ECLI:EU:T:2015:507 (*GEA Group/Commissie*), punt 168 werd toepassing van het vermoeden afgewezen bij 71,4%.

20 HvJ EU 27 januari 2021, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 (*The Goldman Sachs Group Inc./Commissie*). Hierover nader: M. Duman & A. Ortega González, 'Uitspraak Hof van Justitie inzake Goldman Sachs: het weerlegbaar vermoeden van beslissende invloed van een moedermaatschappij over een dochteronderneming uitgebreid', *MP* 2021/5.

21 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo/Commissie*), punt 60.

22 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 46.

23 Zie Kortmann in zijn noot in *NJ* 2020/58, nr. 17 onder verwijzing naar Conclusie Advocaat-Generaal Poies Maduro voor HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2005:666 (*Fenin*), punt 10; HvJ EU 26 september 2013, C-197/12 P, ECLI:EU:C:2013:605 (*Dow Chemicals*); HvJ EU 26 september 2017, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679 (*LG Electronics & Koninklijke Philips Electronics*), punt 76. Zie ook H.M. Cornelissen, L.N.M. van Uden & E.M. Hoogervorst, 'Parental Liability', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade (Onderneming en recht nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/3.2.1. onder verwijzing naar HvJ EG 12 juli 1984, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm/Compact*), r.o. 11 en Conclusie Advocaat-Generaal Jacobs in C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28 (*Albany*), punt 207.

24 Eén van de eerste zaken waarin dit tot uitdrukking kwam was bijvoorbeeld HvJ EG 25 november 1971, C-22/71, ECLI:EU:C:1971:113 (*Béguelin Import/GL Import Export*), punten 7-8.

25 Whish & Bailey, p. 94. Zie in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 24 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:405 (*Viho*), punt 16.

wel²⁶) uitsluitend beslissingen te vinden die zien op toerekening van aansprakelijk aan de moedermaatschappij. In de literatuur wordt als verklaring gegeven dat de Commissie 'parental liability' gebruikt als middel om de boete te verhogen²⁷ en om het verhaal van de boete veilig te stellen voor het geval de inbreukmakende dochtervennootschap faillert of om andere redenen ophoudt te bestaan en de moedermaatschappij de economische activiteiten van die dochtervennootschap feitelijk voortzet (economische continuïteit).²⁸

Voor het onderzoek naar de besluitenpraktijk van de Commissie zijn wij aan de hand van de twintig meest recente, gepubliceerde inbreukbesluiten van de Commissie nagegaan welke principes de Commissie thans hanteert voor toerekening van de aansprakelijkheid voor een inbreuk.²⁹ In het bijzonder zijn wij nagegaan of de Commissie (i) de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vaststelt op basis van een geïntegreerde toets of een tweetraps-toets; en (ii) de 'onderneming' uitsluitend afbakt op basis van de uitoefening van beslissende invloed op de dochtervennootschap of op een meer omvattende vaststelling van een economische eenheid. Wij komen evenwel tot de conclusie dat de Commissie geen eenduidige grondslag blijkt te hanteren voor toerekening van in-

breukmakend gedrag van een dochtervennootschap aan de moedermaatschappij die zelf niet (direct) aan dat inbreukmakend gedrag deelnam.

Vooraf in 'oudere' besluiten bepaalt de Commissie de toerekenbaarheid aan de 'niet aan de inbreuk deelnemende' moedermaatschappij aan de hand van de expliciete vaststelling dat de moedermaatschappij en de inbreukmakende dochtervennootschap een economische eenheid vormen waarin het toerekeningsvraagstuk wordt geïntegreerd. De Commissie hanteert daarbij de volgende principes (die wij voor behoud van de nuance in het Engels hebben opgenomen):³⁰

"74. Article 101(1) of the Treaty refers to the activities of undertakings. The concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed. The concept of an undertaking, in that same context, must be understood as designating an economic unit even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal.

75. When such an economic entity infringes Article 101(1) of the Treaty, that entity must be held liable for the infringement. The infringement must be imputed unequivocally to a legal person on whom fines may be imposed and the statement of objections must be addressed to that person.

76. The conduct of a subsidiary may be imputed to its parent company in particular where, although having a separate legal personality, that subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, having regard in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities. That is the case because, in such a situation, the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking within the meaning of Article 101(1) of the Treaty, which enables the Commission to address a decision imposing fines to the parent company, without having to establish the perso-

26 In de literatuur wordt in dit verband als uitzondering wel verwezen naar de *Biogaran*-zaak, die momenteel bij het HvJ EU aanhangig is onder zaaknummer C-207/19, zie bijvoorbeeld R. Meijer, 'Concernaansprakelijkheid bij inbreuken op het EU-mededingingsrecht: Skanska in actie', *M&M* 2020/3, p. 123. Daarover is evenwel discussie mogelijk. In de zaak bij het Gerecht heeft de Commissie namelijk uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat zij in het bestreden besluit niet de aansprakelijkheid voor de handelingen van de moedermaatschappij aan de dochtervennootschap heeft willen toerekenen, maar dat de dochtervennootschap aansprakelijk is gehouden voor haar eigen gedrag in de vorm van een (eigen) rechtstreekse deelname aan de door de moedermaatschappij gepleegde inbreuk. Zie Gerecht 12 december 2018, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 (*Biogaran*), punt 192.

27 Ingevolge artikel 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 is de hoogte van de boete gebaseerd op de omzet van de onderneming.

28 A. Kalintiri, 'Revisiting Parental Liability in EU Competition Law', *European Law Review* 2018/43(2), p. 13-14. Zie ook bijvoorbeeld HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256 (*Commissie/Siemens Österreich*), punt 59. Vgl. ook de ratio voor 'successor liability' in dit verband, zoals in het arrest HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*) in punt 46 is uiteengezet.

29 Voor dit onderzoek hebben wij tot 25 april 2021 de volgende besluiten bekeken: AT.40299 – Closure Systems; AT.40410 – Ethylene; AT.40127 – Canned vegetables; AT.40481 – Occupants Safety Systems (II) supplied to the Volkswagen Group and the BMW Group; AT.40009 – Maritime Car Carriers; AT.39920 – Braking Systems; AT.40113 – Spark plugs; AT.39824 – Trucks (Scania); AT.40018 – Car battery recycling; AT.40098 – Blocktrains; AT.40055 – Parking heaters; AT.39639 – Optical Disc Drives; AT.39914 – Euro Interest Rate Derivatives; AT.39792 – Steel Abrasives; AT.39965 – Mushrooms; AT.39563 – Retail Food Packaging; AT.39574 – Smart Card Chips; AT.39610 – Power cables; AT.39801 – Polyurethane foam; AT.39437 – TV and computer monitor tubes. De keuze voor deze besluiten is gebaseerd op het feit dat dit de twintig meest recente publiekelijk beschikbare besluiten zijn die via de volgende website van de Europese Commissie zijn in te zien: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>. Van de verschillende besluiten omtrent derivaten nemen wij slechts één besluit mee, om zoveel mogelijk de variëteit te waarborgen. Wij menen dat deze twintig recente besluiten (waarvan de oudste is genomen op 5 december 2012 en de jongste op 29 september 2020) goed reflecteren wat de huidige lijn van de Commissie is met betrekking tot de toerekening van een inbreuk.

30 De onderstaande formulering is afkomstig uit AT.40127 – Canned vegetables. Dezelfde soort formulering is terug te vinden in bijvoorbeeld: COMP/39462 – Freight Forwarding, randnummers 659-662; AT.39437 – TV and computer monitor tubes; AT.39574 – Smart Card Chips; AT.39965 – Mushrooms; AT.39792 – Steel Abrasives; AT.39914 – Euro Interest Rate Derivatives; AT.40018 – Car battery recycling; AT.39824 – Trucks (Scania).

nal involvement of the latter in the infringement.”³¹
(Onderstreping auteurs.)

In enkele 'recente' besluiten baseert de Commissie de (toerekening van) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij echter direct op (het vermoeden van) het uitoefenen van beslissende invloed op de inbreukmakende dochtervennootschap, zonder expliciet vast te stellen of de dochtervennootschap en moedermaatschappij – al dan niet uitsluitend op basis van dit weerlegbare vermoeden – een economische eenheid vormen. De principes die de Commissie in die gevallen hanteert zijn de volgende:³²

“78. When such an entity infringes the competition rules, it falls upon that entity, according to the principle of personal responsibility, to answer for that infringement. The conduct of a subsidiary can be imputed to its parent entity where it exercises a decisive influence over that subsidiary, namely where the subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. In effect, as the controlling company in the undertaking, the parent is deemed to have itself committed the infringement of Article 101 of the TFEU and of Article 53 of the EEA Agreement.” (Onderstreping auteurs.)

31 Heel duidelijk in dit opzicht is AT.39437 – TV and computer monitor tubes, randnummer 722: “If a subsidiary does not determine its own conduct on the market independently, the company which directed its commercial policy (that is to say, which exercised decisive influence) forms a single economic entity with the subsidiary and may thus be held liable for an infringement on the ground that it forms part of the same undertaking (so-called “parental liability”).” Zie ook AT.39610 – Power cables, randnummers 696 en 699: “If a subsidiary does not determine its own conduct on the market independently, the company which directed its commercial policy (that is to say, which exercised decisive influence) forms a single economic entity with the subsidiary and thus may be held liable in a nondiscriminatory way for an infringement on the grounds that it forms part of the same undertaking (so-called parental liability). (...) Attribution of liability to a parent company flows from the fact that the two entities constitute a single undertaking for the purposes of the Union rules on competition and not from proof of the parent’s participation in or awareness of the infringement, including its organisation.”

32 De onderstaande formulering komt uit het besluit van 29 september 2020, AT.40299 – Closure systems, randnummers 77-82. Eenzelfde soort formulering is te vinden in bijvoorbeeld: Besluit van 14 juli 2020, AT.40410 – Ethylene, randnummers 78-83; Besluit van 5 maart 2019, AT.40481 – Occupants Safety Systems (II) supplied to the Volkswagen Group and the BMW Group, randnummers 68-73; Besluit van 21 februari 2018, AT.39920 – Braking Systems, randnummers 65-70; Besluit van 21 februari 2018, AT.40113 – Spark plugs, randnummers 70-73.

In bijvoorbeeld Closure systems voegt de Commissie daar – onder verwijzing naar HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2456 (Commission/Parker Hannifin), punten 40-41 – nog aan toe: “In addition, when an entity which has committed an infringement of the competition rules is subject to a legal or organisational change, this change does not necessarily create a new undertaking free of liability for the conduct of its predecessor which infringed the competition rules, when, from an economic point of view, the two entities are identical. Where two entities constitute one economic entity, the fact that the entity that committed the infringement still exists does not as such preclude imposing a penalty on the entity to which its economic activities were transferred. In particular, applying penalties in this way is permissible where those entities have been under the control of the same person and have, therefore, given the close economic and organisational links between them, carried out, in all material respects, the same commercial instructions.”

De Commissie lijkt aldus geen eenduidige (uitwerking van de) grondslag voor toerekening van aansprakelijkheid aan een niet aan de inbreuk deelnemende moedermaatschappij te hanteren. De meest recente besluiten lijken echter te tenderen richting toerekening van aansprakelijkheid op basis van (uitsluitend) de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed op het marktgedrag van de dochtervennootschap die in veel gevallen kan worden vastgesteld op basis van een – in theorie – weerlegbaar vermoeden. Hoewel de Commissie dat niet expliciet vaststelt, lijkt die beslissende invloed het enige criterium voor de vaststelling dat de dochtervennootschap en de moedermaatschappij in het kader van de inbreuk een economische eenheid vormen en is het toerekeningsvraagstuk in dat criterium geïntegreerd.

3.2 Rechtspraak HvJ EU

Ook de rechtspraak van het HvJ EU lijkt op twee gedachten te hinken. Dit komt het scherpst naar voren in het meest recente Akzo-arrest. Hierin overwoog het HvJ EU:

“52. (...) according to the settled case-law of the Court, the unlawful conduct of a subsidiary may be attributed to the parent company in particular where, although having a separate legal personality, that subsidiary does not determine independently its own conduct on the market, but essentially carries out the instructions given to it by the parent company, having regard especially to the economic, organisational and legal links between those two legal entities (...).

53. That is the case because, in such a situation, the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of EU competition law (...)

56. It must be pointed out, (...), that, according to the well-established case-law of the Court, the parent company to which the unlawful conduct of its subsidiary is attributed is held individually liable for an infringement of the EU competition rules which it is itself deemed to have infringed, because of the decisive influence which it exercised over the subsidiary and by which it was able to determine the subsidiary’s conduct on the market (...).”³³ (Onderstreping auteurs.)

Hoewel de overwegingen van het HvJ EU op dit punt verschillend geïnterpreteerd kunnen worden, lijkt het erop dat het HvJ EU de toerekening van aansprakelijkheid aan de moedermaatschappij in beginsel in bredere zin baseert op het behoren tot de economische eenheid, maar vervolgens alsnog specifiek terugvalt op de uitoefening van de beslissende invloed om de moedermaatschappij een zelfstandig verwijt te kunnen maken. Dat verwijt zou dan gelegen zijn in het aansturen van, of niet (tijdig) ingrijpen in, het inbreukmakend gedrag van de dochtervennootschap.

33 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P ECLI:EU:C:2017:314 (Akzo/Commissie).

3.3 Tussenconclusie

Op grond van de analyse van de besluiten van de Commissie en de relevante rechtspraak van de Unierechter kan worden geconcludeerd dat de afbakening van de 'onderneming' en het toerekeningsvraagstuk geïntegreerd zijn. Er is geen helder afgebakende tweestapstoets waarneembaar. Daarnaast blijft de vraag of voor toerekening 'naar boven' de economische eenheid (i) uitsluitend op basis van het uitoefenen van beslissende invloed of (ii) in bredere zin, wordt vastgesteld. Het antwoord op deze vraag is cruciaal voor de beoordeling of het mededingingsrecht van de Unie ook ruimte biedt voor toerekening 'naar beneden'. Wanneer de enige grondslag voor het vormen van een economische eenheid en toerekening van aansprakelijkheid aan een andere entiteit binnen hetzelfde concern gevormd wordt door 'het uitoefenen van beslissende invloed', dan blijft de deur voor toerekening van aansprakelijkheid 'naar beneden' gesloten. Datzelfde geldt voor 'zijwaartse' toerekening aan een zustervennootschap. Een dochtervennootschap oefent immers per definitie geen beslissende invloed uit op het (inbreukmakend) gedrag van haar moedermaatschappij of zustervennootschap.³⁴ Voor dergelijke vormen van toerekening is dan ook een andere of bijkomende grondslag vereist. In de volgende paragraaf wordt toegelicht dat Advocaat-Generaal Pitruzzella en het HvJ EU in de *Sumal*-zaak in de hiervoor besproken besluiten en rechtspraak aanknopingspunten zien voor dergelijke vormen van toerekening.

4. Toerekening 'naar beneden': is er mogelijk een grondslag voor aansprakelijkheid van een dochtervennootschap voor inbreukmakend gedrag van de moedermaatschappij?

Kennelijk heeft de Commissie tot op heden enkel behoefte gehad aan toerekening van aansprakelijkheid voor geldboetes 'naar boven',³⁵ want in de Unierechtelijke rechtspraak is de toerekening 'naar beneden' nog niet als zodanig aan de orde geweest.³⁶ Zogeheten 'sister liability' is wel al eens geadresseerd geweest, maar daarover heeft het HvJ EU toen geoordeeld dat het zijn van zustermaatschappijen "als zodanig nog niet het bewijs oplevert dat tussen deze twee vennootschappen een economische eenheid bestaat die krachtens het communautaire mededingingsrecht tot gevolg heeft dat de ene vennootschap voor de handelingen van de andere aansprakelijk kan worden gesteld en gehouden kan zijn om voor de andere een geldboete te betalen".³⁷ Overigens lijkt ook uit dit oordeel te volgen dat het

toerekeningsvraagstuk geïntegreerd is in de afbakening van de 'onderneming'.

Sinds het *Skanska*-arrest behoort de kwestie van toerekening van aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie niet langer louter tot het publiekrechtelijke domein. Kort na het *Skanska*-arrest werd in privaatrechtelijke context in de *Sumal*-zaak³⁸ aan het HvJ EU de prejudiciële vraag gesteld of het mededingingsrecht van de Unie ruimte laat voor toerekening 'naar beneden' van aansprakelijkheid voor schade.

Aangezien de Commissie kennelijk nooit behoefte lijkt te hebben gehad of enige noodzaak heeft gezien tot toerekening 'naar beneden', rijst de vraag waarom dat in de privaatrechtelijke context anders zou zijn. In de literatuur wordt er vooral op gewezen dat toerekening 'naar beneden' door claimende partijen in kartelschadezaken zal worden aangegrepen voor 'forum shopping'.³⁹ Andere gedachten zijn dat toerekening 'naar beneden' de afschrikwekkende werking vergroot of dat het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel deze mogelijkheid zou vergen. Naar onze mening overtuigen deze gedachten niet. In algemene zin lijkt de 'afschrikwekkende werking' bijvoorbeeld geen voorname rol te spelen bij het toerekeningsvraagstuk, aangezien ook moedermaatschappijen die concrete maatregelen hadden genomen om inbreukmakend gedrag van de dochtervennootschap te voorkomen of beëindigen, onverminderd aansprakelijk zijn gehouden⁴⁰ en het nemen van maatregelen voor een moedermaatschappij soms zelfs tegen haar wordt gebruikt als bewijs voor het uitoefenen van beslissende invloed.⁴¹ Daarnaast valt niet zomaar in te zien waarom het verhaal kunnen nemen op (in beginsel) uitsluitend de inbreukmakende moedermaatschappij strijd zou opleveren met het effectiviteitsbeginsel.⁴²

Desondanks is de praktijk dat toerekening 'naar beneden' en in brede zin stevig wordt bepleit door (vertegenwoordigers van) benadeelden van een inbreuk en heeft het HvJ EU in de *Sumal*-zaak bevestigd dat toerekening van inbreukmakend gedrag door de ene entiteit aan een of meer andere entiteiten binnen eenzelfde concern – anders dan

³⁴ Zie ook de opinie van Advocaat-Generaal Pitruzzella van 15 april 2021 bij HvJ EU, C-882/19 (*Sumal*), punten 32-33.

³⁵ Zie paragraaf 3.1 hiervoor voor de redenen die de Commissie heeft voor toerekening 'naar boven'.

³⁶ Zie ook de opinie van Advocaat-Generaal Pitruzzella van 15 april 2021 bij HvJ EU, C-882/19 (*Sumal*), punt 53. Zie voetnoot 26 over het *Biogaran*-arrest, dat ook door Advocaat-Generaal Pitruzzella wordt aangehaald.

³⁷ HvJ EG 2 oktober 2003, C-196/99, ECLI:EU:C:2003:529 (*Aristrain*), punt 99.

³⁸ Bekend onder zaaknummer C-882/19.

³⁹ Bijvoorbeeld: B.J. Drijber, 'Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade', *Ondernemingsrecht* 2019/74; S.L. Boersen & S. de Jong, 'Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?', *MvV* 2019, p. 284.

⁴⁰ A. Kalintiri, 'Revisiting Parental Liability in EU Competition Law', *European Law Review* 2018/43(2), p. 14. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14, ECLI:EU:C:2016:446 (*Evonik Degussa*).

⁴¹ Bijvoorbeeld HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11, ECLI:EU:C:2013:522 (*Schindler Holding*), punten 113-114; HvJ EU 20 januari 2011, ECLI:EU:C:2011:21 (*Química*), punten 60-62.

⁴² Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265, m.nt. B.M. Katan & J.S. Kortmann, punt 1. In dit arrest werd overigens toerekening 'naar beneden' aangenomen, omdat de moedermaatschappij de dochtermaatschappij gebruikte als instrument om de inbreuk te plegen. Zie voor kritiek op dit arrest: H.M. Cornelissen, L.N.M. van Uden & E.M. Hoogenvorst, 'Parental liability', in: E.M. Hoogenvorst e.a. (red.), *Kartelschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 61-62.

toerekening 'naar boven' – onder bepaalde voorwaarden mogelijk is.

Vooruitlopend op dit oordeel had Advocaat-Generaal Pitruzzella ook al geconcludeerd dat de Unierechtelijke mededingingsregels hiertoe ruimte bieden.⁴³ Bij toerekening 'naar boven' vormt het bestaan van de economische eenheid de grondslag voor aansprakelijkheid.⁴⁴ Vervolgens stelde de Advocaat-Generaal dat voor toerekening 'naar beneden' naast beslissende invloed op de dochtervennootschap (welk element zou volstaan voor toerekening 'naar boven') vereist is dat die dochtervennootschap heeft deelgenomen aan de economische activiteit onder leiding van de inbreukmakende moedermaatschappij. De activiteit van de dochtervennootschap dient objectief noodzakelijk te zijn om de inbreuk te verwezenlijken. Het 'ondernemingsbegrip' dient daarom met betrekking tot de door de entiteiten verrichte economische activiteiten en hun rol binnen het concern te worden afgebakend.⁴⁵

Voor toerekening 'naar beneden' is het volgens de Advocaat-Generaal dan ook essentieel dat de dochtervennootschap "werkzaam is in dezelfde sector als die waarin de moedermaatschappij mededingingsversturende gedragingen heeft verricht, en dat zij met haar marktgedrag de effecten van de inbreuk mogelijk heeft gemaakt".⁴⁶ Indien een dochtervennootschap een activiteit verricht die buiten het economische gebied valt waarop haar moedermaatschappij de inbreuk heeft gepleegd, is het 'functionele' begrip onderneming volgens de Advocaat-Generaal niet langer van toepassing, met als gevolg dat de dochtermaatschappij niet hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor het inbreukmakend gedrag van de moedermaatschappij.⁴⁷

De redenering van de Advocaat-Generaal lijkt op het eerste gezicht een vreemde kronkel te bevatten. Enerzijds zou het bestaan van een economische eenheid in alle gevallen de grondslag vormen voor aansprakelijkheid. Anderzijds verschillen de criteria aan de hand waarvan de aansprakelijkheid wordt toegerekend aan de moedermaatschappij ten opzichte van de criteria voor toerekening aan de dochtervennootschap. Betekent dit dat de moedermaatschappij met de dochtervennootschap een economische eenheid kan vormen op basis van uitsluitend 'beslissende invloed', maar dat tegelijkertijd diezelfde dochtervennootschap omgekeerd geen economische eenheid kan vormen met de moedermaatschappij indien deze

niet op dezelfde markt actief is? Deze op het oog innerlijke tegenstrijdigheid kan naar onze mening uitsluitend worden verklaard op basis van het functionele karakter van het 'ondernemingsbegrip' en de contextuele invulling daarvan. Voor de afbakening van de economische eenheid dient (het gedrag van) de inbreukmakende entiteit als startpunt te worden genomen. In dat geval doet zich het hiervoor gestelde scenario van meerdere analyses met mogelijk verschillende uitkomsten niet tegelijkertijd voor.

Het HvJ EU lijkt deze innerlijke tegenstrijdigheid ook signaleerd te hebben en neemt deze weg door in het *Sumal*-arrest niet 'beslissende invloed' als basis voor een economische eenheid van de moedermaatschappij en de dochtervennootschap te benoemen, maar de bredere toets op grond van 'de economische, organisatorische en juridische banden' die wel beide kanten op kan werken.⁴⁸

Zoals gezegd, bevestigt het HvJ EU in *Sumal* de mogelijkheid van toerekening 'naar beneden' met als grondslag "the very existence of that economic unit which committed the infringement".⁴⁹ Het HvJ EU plaatst daarbij evenwel de uitdrukkelijke kanttekening dat – vanwege de functionele aard van het ondernemingsbegrip – niet iedere dochter binnen een concern 'automatisch' aansprakelijk is als de moeder is geadresseerd in een boetebesluit van de Commissie.⁵⁰ Voor toerekening 'naar beneden' is namelijk tevens vereist dat een concreet verband bestaat tussen de economische activiteit van de dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld.⁵¹ Van een dergelijk concreet verband kan sprake zijn indien de mededingingsversturende overeenkomst die door de moedermaatschappij is gesloten dezelfde producten betreft als die welke de dochteronderneming verkoopt.⁵² Over de precieze uitleg van deze voorwaarden zullen de meningen ongetwijfeld verdeeld zijn.

Het *Sumal*-arrest van het HvJ EU leidt er in ieder geval toe dat de meest ruime uitleg van het 'ondernemingsbegrip' en het toerekeningsvraagstuk op grond waarvan elke entiteit binnen een vennootschapsrechtelijk concern aansprakelijk gehouden kan worden – zoals geschetst in paragraaf 1 – definitief van tafel is. Deze uitleg is onverenigbaar met het functionele karakter van het 'ondernemingsbegrip' en het voor toerekening 'naar beneden' vereiste concreet verband. Hiermee wordt ook de mogelijkheid van 'forum shopping' door claimende partijen beperkt tot die jurisdicties waarin concreet inbreukmakend gedrag heeft plaatsgevonden. Jurisdictie trachten te creëren in vestigingslanden van concernentiteiten waarvan de activiteiten niet in

43 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*).

44 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*), punten 32-47. De Advocaat-Generaal kiest hier dus niet voor 'de uitoefening van beslissende invloed' als grondslag voor aansprakelijkheid, hoewel volgens hem in de rechtspraak wel meerdere elementen te vinden zijn die pleiten voor deze grondslag (zie punt 35).

45 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*), punten 55-57.

46 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*), punt 59.

47 Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*), punt 58.

48 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 51.

49 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 43.

50 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punten 43-46.

51 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 51.

52 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 52.

concreet verband staan met de inbreuk behoort dan niet meer tot de mogelijkheden.

Bovendien heeft het *Sumal*-arrest tot gevolg dat het voor claimende partijen bepaald niet eenvoudig zal zijn om een dochtervennootschap aan te spreken voor inbreukmakend gedrag van haar moedermaatschappij indien die dochtervennootschap niet (hoofdelijk) aansprakelijk is gehouden door de Commissie. In het geval dat een benadeelde een dergelijke dochtervennootschap wil aanspreken, rust op hem de stelplicht en de bewijslast dat er een concreet verband bestaat tussen de economische activiteit van die dochtervennootschap en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gehouden. Op dit punt zal niet (volledig) kunnen worden verwezen naar een Commissiebesluit waarmee dat deel van de vordering het karakter krijgt van een *stand-alone*-claim.

In het meest recent gepubliceerde *Alstom/TenneT*-arrest,⁵³ waarin 'toerekening naar beneden' aan de orde was, oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden op dit punt echter anders. Dit arrest is weliswaar gewezen na *Skanska*, maar voor *Sumal*. Deze zaak houdt verband met het inbreukbesluit inzake gasgeïsoleerd schakelmateriaal. Alstom is wegens eigen betrokkenheid één van de geadresseerden van het Commissiebesluit.⁵⁴ Ten tijde van de inbreuk hield Alstom 48% van de aandelen in Cogelex, naar welke entiteit niet wordt verwezen in het inbreukbesluit. TenneT stelt zowel Alstom als (onder meer) Cogelex aansprakelijk voor schade die zij zou hebben geleden als gevolg van de inbreuk. Daarbij rijst de vraag of Cogelex als 48%-dochter aansprakelijk kan worden gehouden voor de inbreuk van moeder Alstom SA. Het hof stelt eerst vast dat Cogelex en Alstom één onderneming in de zin van artikel 101 VWEU vormen. Daarvoor baseert het hof zich op de concrete feiten en omstandigheden die in deze zaak maken dat Alstom volgens het hof beslissende invloed heeft uitgeoefend over Cogelex.⁵⁵ Vervolgens concludeert het hof direct dat Cogelex "*derhalve*" naast Alstom aansprakelijk is.⁵⁶ Het hof lijkt daarmee uit te gaan van ruime uitleg van het 'ondernemingsbegrip' en het toerekeningsvraagstuk op grond waarvan elke entiteit binnen een vennootschapsrechtelijk concern aansprakelijk gehouden kan worden, ongeacht in welke sector een dergelijke entiteit actief is en onafhankelijk van de vraag of een dergelijke entiteit op enige wijze aan het doel of effect van de inbreuk heeft kunnen bijdragen. Om die reden oordeelt het hof dat geen sprake is van een *stand-alone*-claim jegens Cogelex. In de lijn van het *Sumal*-arrest mist het hof echter een stap in de vorm van

de (expliciete) toets of een concreet verband bestaat tussen de economische activiteit van Cogelex en het voorwerp van de inbreuk waarvoor Alstom aansprakelijk is gesteld.⁵⁷ Het recent gepubliceerde *Sumal*-arrest zou er aldus toe leiden dat het hof in *Alstom/TenneT* te kort door de bocht gaat, al zou TenneT de toets mogelijk hebben kunnen doorstaan. Het was immers dochter Cogelex die de producten waarop de inbreuk door de moeder zag, op de markt verkocht.

5. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de grondslag voor (toerekening van) aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag van een bepaalde entiteit aan een of meerdere entiteiten binnen eenzelfde concern met het *Sumal*-arrest verder is uitgekristalliseerd. Het bestaan van een economische eenheid lijkt de grondslag voor aansprakelijkheid te vormen. Aan de hand van het functionele karakter en de contextuele invulling van dit begrip kan de toerekening van aansprakelijkheid niet alleen 'naar boven,' maar in geval van een concreet verband tussen de economische activiteit van een andere concernentiteit en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld, ook 'naar beneden' en mogelijk tevens in andere richtingen plaatsvinden.

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165.

54 Commissiebesluit 24 januari 2007, COMP/F/38.899 - Gas Insulated Switchgear, randnummer 509.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165, r.o. 2.12. Terecht verwijst het hof niet naar het *Akzo*-vermoeden. Dit vermoeden is alleen van toepassing als de moeder (nagenoeg) 100% van de aandelen houdt in de dochter, zie paragraaf 2. Daarvan is hier geen sprake.

56 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165, r.o. 2.13.

57 In een eerder tussenarrest had het hof al wel vastgesteld dat het in deze zaak gaat over een overeenkomst tussen (de rechtsvoorgangster van) TenneT enerzijds en (de rechtsvoorgangster van) Cogelex anderzijds, op grond waarvan Cogelex aan TenneT 380 kilovolt GGS-installatie heeft verkocht, waarvoor wegens de inbreuk mogelijk te veel zou zijn betaald. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7753, r.o. 3.1.