

# Het Sumal-arrest

## Doorbraak in aansprakelijkheid van de onderneming voor mededingingsinbreuken

Mr. O.V. Korneeva en mr. W. VerLoren van Themaat\*

In het Sumal-arrest beantwoordt het Hof van Justitie de vraag of een dochteronderneming aansprakelijk kan zijn voor een door haar moedermaatschappij gepleegde mededingingsinbreuk en, zo ja, onder welke voorwaarden. Hoewel dit arrest voortkomt uit een privaatrechtelijk geschil, is het mogelijk ook relevant voor publiekrechtelijke handhaving.

In dit artikel doen wij een poging de in het Sumal-arrest geformuleerde regels te passen in het systeem van aansprakelijkheid van een ‘onderneming’ voor mededingingsrechtelijke overtredingen.

In dit artikel bespreken wij eerst de feiten, de conclusie van advocaat-generaal Pitruzzella en de beoordeling van de Grote Kamer van het Hof van Justitie. Vervolgens analyseren wij het arrest vanuit de leerstukken van persoonlijke aansprakelijkheid en economische eenheid. Tot slot gaan wij in op de mogelijke gevolgen van dit arrest voor de privat- en publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

*HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal, S.L./Mercedes Benz Trucks España, S.L.).*

## Feiten en de prejudiciële vragen

Sumal maakt containers in Spanje. Tussen 1997 en 1999 kocht zij twee vrachtwagens van Mercedes Benz Trucks España (Mercedes) via de onafhankelijke concessiehouder Stern Motor S.L. Bijna twee decennia later, in 2016 legde de Europese Commissie (Commissie) boetes op aan vrachtwagenfabrikanten DAF, Iveco, Volvo/Renault, Scania en Daimler<sup>1</sup> wegens – voornamelijk – het uitwisselen van informatie over bruto lijstprijzen voor vrachtwagens in de Europese Economische Ruimte (EER) en

het tijdstip voor de invoering van nieuwe emissienormen tussen 1997 en 2011.

Sumal heeft daarop de dochteronderneming van Daimler, Mercedes, voor de Spaanse rechter gedagvaard stellende dat zij een te hoge prijs voor haar vrachtwagens had betaald als gevolg van de mededingingsinbreuken. De Spaanse rechtbank wijst de vordering van Sumal in eerste instantie af omdat de Commissie enkel de moedermaatschappij aansprakelijk had gesteld en niet (ook) de Spaanse dochter. De appèlrechter stelde echter vier prejudiciële vragen.<sup>2</sup> Deze komen erop neer of een dochteronderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor een door haar moedermaatschappij gepleegde inbreuk op het EU-mededingingsrecht (‘neerwaartse’ aansprakelijkheid) op grond van de doctrine van de economische eenheid (zie hierna) en, zo ja, onder welke voorwaarden een dergelijke aansprakelijkheid kan worden erkend.<sup>3</sup>

## Conclusie van advocaat-generaal Pitruzzella

Op 15 april 2021 concludeerde advocaat-generaal Pitruzzella dat het niet onverenigbaar is met artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) om een dochteronderneming aansprakelijk te stellen voor het inbreukmakende gedrag van haar moedermaatschappij wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden zijn dat (1) de twee entiteiten ten tijde van de inbreuk één economische eenheid vormden, gelet op de tussen hen bestaande economische, organisatorische en juridische banden en (2) het gedrag van de dochteronderneming op de markt waarop de moeder de inbreuk heeft gepleegd, aanzienlijk heeft

\* Mr. O.V. (Olga) Korneeva is advocaat bij advocatenkantoor Houthoff. Mr. W. (Weijer) VerLoren van Themaat is advocaat bij advocatenkantoor Houthoff.

1 Ook MAN was betrokken bij de inbreuk, maar heeft clementie aangevraagd en gekregen.

2 Samenvatting van het verzoek van 3 december 2019 om een prejudiciële beslissing van Audiencia Provincial de Barcelona (provinciale rechter Barcelona, Spanje), zaak C-882/19 (Sumal), p. 1-2.

3 Samenvatting verzoek 3 december 2019, zaak C-882/19 (Sumal), p. 3.

bijgedragen aan de verwezenlijking van het doel en de gevolgen van het inbreukmakende gedrag van de moedermaatschappij.

De advocaat-generaal komt tot deze conclusie op grond van aanwijzingen in de rechtspraak over de begrippen ‘economische eenheid’ en ‘onderneming’. Een onderneming is iedere entiteit die, ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering, een economische activiteit vervult. De advocaat-generaal stelt vast dat dit begrip ‘onderneming’ een functioneel karakter heeft dat afhankelijk is van de toepasselijke mededingingsregeling. Verschillende juridisch onafhankelijke entiteiten worden geacht één onderneming te vormen wanneer zij in de markt als een ‘economische eenheid’ optreden. Welke entiteiten precies tot een dergelijke economische eenheid behoren, hangt af van het voorwerp van de vermeende inbreuk en van de activiteiten van de betrokken entiteiten.<sup>4</sup> De doctrine van economische eenheid is rond de jaren zeventig ontwikkeld, en het Hof van Justitie heeft haar aangewend zowel om intragroepovereenkomsten van de werkingssfeer van het in het huidige artikel 101 VWEU neergelegde verbod uit te sluiten, als om binnen een concern de mededingingsversturende gedragingen van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij toe te rekenen (‘opwaartse’ aansprakelijkheid). Aanvankelijk was dat in situaties waarin de exceptie werd opgeworpen dat de Commissie niet bevoegd was om aan de moedermaatschappij sancties op te leggen omdat zij niet rechtstreeks binnen de Gemeenschap had gehandeld.<sup>5</sup>

2

Vervolgens gaat de advocaat-generaal op zoek naar de grondslag van de opwaartse aansprakelijkheid. Aan de hand van de rechtspraakanalyse komt hij tot de conclusie dat de grondslag enerzijds lijkt te kunnen worden gevonden in uitsluitend de daadwerkelijke uitoefening van directe of indirecte beslissende invloed van een moedermaatschappij op de dochteronderneming. Indien een dochteronderneming enkel instructies van de moedermaatschappij opvolgt, mist zij autonomie en kan zij haar marktgedrag niet zelfstandig bepalen.<sup>6</sup> Anderzijds lijkt de grondslag van de opwaartse aansprakelijkheid in bredere zin te kunnen worden gevonden in het bestaan van een economische eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappijen die als één onderneming op de markt optreden.<sup>7</sup>

Daarna past de advocaat-generaal deze zelfde grondslagen toe voor de beantwoording van de vraag over neerwaartse aansprakelijkheid. Aangezien een dochter per definitie geen beslissende invloed op haar moeder kan uitoefenen (althans in het ondernemingsrecht), kan een dochter ook niet aansprakelijk zijn voor het gedrag van de moederonderneming. Een neerwaartse aansprakelijkheid kan daarom niet op deze grondslag worden gestoeld. De advocaat-generaal ziet echter geen belem-

meringen om een gezamenlijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en de dochteronderneming te baseren op de economische eenheid die op de markt als één onderneming optreedt. In dit geval kunnen, wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, alle entiteiten waaruit die economische eenheid bestaat aansprakelijk worden gesteld voor de mededingingsversturende gedraging die feitelijk door een van hen is verricht.<sup>8</sup>

Hoewel de advocaat-generaal het Hof van Justitie adviseert de tweede grondslag te gebruiken als basis voor de vaststelling van de neerwaartse aansprakelijkheid, concludeert hij dat er geen sprake is van twee alternatieve rechtsgrondslagen, maar eerder van twee logischerwijs noodzakelijke stappen voor de toerekening van het mededingingsversturende gedrag van de moedermaatschappij.<sup>9</sup> Eerst moet de beslissende invloed van de moedermaatschappij op de dochterondernemingen worden vastgesteld. Dat is een beslissende voorwaarde om daarna, als tweede stap, te kunnen vaststellen dat sprake is van een economische eenheid. De finale derde stap houdt de toerekening van de door de onderneming gepleegde mededingingsrechtelijke inbreuk aan de specifieke rechtspersoon binnen de onderneming in.<sup>10</sup> Daar waar de opwaartse aansprakelijkheid alleen volgt uit de daadwerkelijke beslissende invloed van de moedermaatschappij op het handelsbeleid van de dochteronderneming, vereist de neerwaartse aansprakelijkheid daarnaast dat een dochteronderneming deel heeft genomen aan dezelfde economische activiteit in dezelfde sector als de moeder. Volgens de advocaat-generaal dient de activiteit van de dochteronderneming op bepaalde wijze objectief noodzakelijk te zijn om de mededingingsversturende praktijk van de moeder te verwezenlijken (bijv. omdat de nevenvestiging de goederen verkoopt die het voorwerp van de inbreuk zijn).<sup>11</sup> Daarbij verduidelijkt de advocaat-generaal dat als de activiteiten van de dochter buiten het economische gebied van de inbreuk vallen, het ‘functionele’ begrip onderneming niet langer van toepassing is, met als gevolg dat de dochteronderneming niet hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor de mededingingsversturende gedraging van de moedermaatschappij.<sup>12</sup>

## Arrest van de Grote Kamer

Het Hof van Justitie oordeelt net als de advocaat-generaal dat een dochteronderneming onder omstandigheden aansprakelijk kan zijn voor de schade die voortvloeit uit mededingingsversturend gedrag van haar moedermaatschappij. Het hanteert echter net een andere redenering dan de advocaat-generaal. Terwijl de advocaat-generaal een toets met verschillende stappen for-

4 Conclusie A-G Pitruzzella 15 april 2021, zaak C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 (*Sumal*), punt 25.

5 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 27.

6 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 32-34.

7 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 35.

8 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 36-45.

9 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 48.

10 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 49-52.

11 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 54-59.

12 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 58.

muleert, neemt het Hof van Justitie alle relevante criteria op in de toets of sprake is van een ‘onderneming’. Het Hof van Justitie hakt eerst een knoop door omtrent de grondslag van de opwaartse en neerwaartse aansprakelijkheid. Met een verwijzing naar het *Skanska*-arrest zet het Hof van Justitie uiteen dat het begrip ‘onderneming’ en de hiermee samenhangende ‘economische eenheid’ de grondslag biedt voor de aansprakelijkheid onder artikel 101 VWEU.<sup>13</sup> Het EU-recht bepaalt dat een onderneming de mededingingsregels schendt. De Commissie kan daarvoor aan deze onderneming een boete opleggen (art. 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003<sup>14</sup>). En ook de benadeelde partij kan tegen deze onderneming een schadevordering instellen (art. 1 Richtlijn 2014/104/EU<sup>15</sup>). Dus het EU-recht bepaalt ook welke entiteiten tot één onderneming horen.<sup>16</sup>

‘Onderneming’ is een autonoom begrip van EU-recht dat in privaat- en publiekrechtelijke handhaving dezelfde betekenis moet hebben.<sup>17</sup> Het doorslaggevend criterium van ‘onderneming’ is ‘unity of conduct’ op de markt, ongeacht de juridische status van haar onderdelen.<sup>18</sup> Deze economische eenheid bestaat uit een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan meewerken aan de schending van het kartelverbod.<sup>19</sup>

Op grond van de rechtspraak, met name het *Akzo*-arrest, concludeert het Hof van Justitie dat juridische entiteiten binnen een economische eenheid slechts aansprakelijk kunnen zijn indien vast komt te staan dat ten minste één tot deze economische eenheid behorende juridische entiteit het kartelverbod heeft geschonden, zodat de onderneming als geheel wordt geacht inbreuk te hebben gemaakt.<sup>20</sup> Om die reden leiden de begrippen ‘onderneming’ en ‘economische eenheid’ van rechtswege tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de entiteiten waaruit de economische eenheid op het moment van de inbreuk bestaat.<sup>21</sup>

Het begrip ‘onderneming’ is echter een functioneel begrip, waarbij de economische eenheid die de onderneming vormt, moet worden bepaald op basis van het voorwerp van de inbreuk. Een en dezelfde moedermaatschappij kan dus deel uitmaken van meerdere economische eenheden die, naargelang de betrokken economi-

sche activiteit, bestaan uit haarzelf en verschillende combinaties van dochterondernemingen die alle tot hetzelfde concern behoren.<sup>22</sup> Gelet op het voorgaande oordeelt het Hof van Justitie dat als een moedermaatschappij het kartelverbod heeft geschonden, de benadeelden (ook) de dochteronderneming aansprakelijk kunnen stellen indien ze bewijzen dat: (1) die dochteronderneming en haar moedermaatschappij een economische eenheid vormen gezien de economische, organisatorische en juridische banden en (2) ten tijde van de inbreuk een specifieke link tussen de economische activiteit van de dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk bestond.<sup>23</sup> In de onderhavige zaak betekent dit vermoedelijk effectief dat de benadeelden moeten aantonen dat het voorwerp van de mededingingsverstoringe overeenkomst dezelfde producten betreft als die welke de dochteronderneming verkoopt. Het staat de dochteronderneming vrij om met alle middelen aan te vechten dat zij tot dezelfde onderneming als haar moedermaatschappij hoort.<sup>24</sup> Maar de dochteronderneming kan de schending van de mededingingsregels door de moedermaatschappij niet betwisten, als dit eerder door de Commissie was vastgesteld.<sup>25</sup>

## Commentaar

Het *Sumal*-arrest is een bijzondere uitspraak over de zoektocht naar een balans tussen de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid en de doctrine van economische eenheid. Het belang van de gestelde vragen wordt al enigszins geïllustreerd doordat de uitspraak is gedaan door de grote kamer van het Hof van Justitie. De complexiteit blijkt voorts uit de vele verschillende zienswijzen die partijen hebben ingediend, waaronder de Commissie en de Italiaanse en Spaanse regering, waarbij het Hof van Justitie vervolgens weer een eigen lijn heeft gekozen. De Commissie nam aanvankelijk in haar schriftelijke opmerkingen het standpunt in dat een dochteronderneming niet aansprakelijk kan zijn voor het gedrag van haar moedermaatschappij, omdat die dochteronderneming geen beslissende invloed kan uitoefenen op haar moedermaatschappij. Later wijzigde de Commissie haar standpunt en stelde dat toerekening van aansprakelijkheid aan de dochter wel mogelijk is, mits de nationale rechter vaststelt dat de moeder- en dochtermaatschappij deel uitmaken van dezelfde onderneming en dat de gedragingen van de dochteronder-

13 HvJ 6 oktober 2021, zaak C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 44.

14 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1-25).

15 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 349/1-19).

16 HvJ, *Sumal*, punt 34, 38-40.

17 HvJ 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska Industrial Solutions et al.*), punt 47.

18 HvJ, *Sumal*, punt 41.

19 HvJ 1 juli 2010, zaak C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 (*Knauf Gips/Commissie*), punt 84 en 86.

20 HvJ, *Sumal*, punt 48.

21 HvJ, *Sumal*, punt 42-44.

22 HvJ, *Sumal*, punt 45-47.

23 HvJ, *Sumal*, punt 51-52.

24 De dochteronderneming zou kunnen aantonen dat de moedermaatschappij geen daadwerkelijke beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochteronderneming waardoor ze autonoom haar beleid op de markt bepaalt en zelfstandig opereert. Uit de bestaande rechtspraak blijkt echter dat dit een vrij onmogelijke opgave is. Zie meer hierover R. Whish & D. Bailey, *Competition law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 96-101. Vervolgens zou de dochteronderneming kunnen aantonen dat de dochteronderneming niet actief is op de markt waarop de inbreuk is gepleegd en hierdoor niet tot de onderneming hoort die de inbreuk heeft gepleegd.

25 HvJ, *Sumal*, punt 53-59.

neming verband houden met een bestanddeel van de inbreuk, althans wanneer de twee vennootschappen deel uitmaken van dezelfde onderneming en het voor de benadeelde onmogelijk of uiterst moeilijk is om rechtstreeks door de moedermaatschappij volledig schade-loos te worden gesteld.<sup>26</sup> Ook de verschillen in de voorwaarden van deze toerekening die door het Hof van Justitie zijn geformuleerd in het arrest en die de advocaat-generaal heeft voorgesteld in zijn conclusie, illustreren de complexiteit van deze zoektocht.

### Persoonlijke aansprakelijkheid vs. economische eenheid

Er is al lang een discussie gaande over welke entiteiten binnen een concern aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schending van de mededingingsregels.<sup>27</sup> Eisers in kartelschadeprocedures bepleiten doorgaans dat de doctrine van de economische eenheid breed moet worden uitgelegd, waardoor alle dochterondernemingen zonder aanvullende voorwaarden aansprakelijk zijn; gedaagden bepleiten doorgaans het tegenovergestelde door zich op de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid te beroepen.

Van oudsher is er een botsing tussen de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid en de doctrine van economische eenheid in het kader van mededingingsrecht. Conform de doctrine van de persoonlijke aansprakelijkheid hebben rechtspersonen binnen een concern een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid en kunnen derhalve niet aansprakelijk worden gesteld voor de handelingen van anderen. Anderzijds is de doctrine van de economische eenheid niet gebaseerd op de juridische maar op de economische realiteit.<sup>28</sup> Het EU-mededingingsrecht heeft zich namelijk nooit blindgestaard op civielrechtelijke concepten als rechtspersoonlijkheid en richt zich tot ondernemingen. Volgens vaste rechtspraak is voor de definitie van een onderneming de rechtsvorm zelfs irrelevant.<sup>29</sup> Tegelijkertijd moeten mededingingsregels wel ten uitvoer worden gelegd tegen rechtspersonen. Een schadeclaim kan slechts worden ingediend tegen een rechtspersoon en niet tegen een ‘onderneming’, net als een boete slechts kan worden opgelegd aan een rechtspersoon en niet aan de abstracte ‘onderneming’. Dat schuurt.

Zeggenschap, personele unie, mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen – dit zijn typische aspecten die onder bepaalde omstandigheden de doorbraak van

aansprakelijkheid kunnen rechtvaardigen, als een uitzondering op de persoonlijke aansprakelijkheid. Deze redenering was ook bepalend voor de rechtvaardiging van de opwaartse aansprakelijkheid in het kader van de doctrine van de economische eenheid. De neerwaartse aansprakelijkheid is daarentegen ongekend voor de meeste rechtssystemen, namelijk dat een dochtermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld voor de ‘zondes’ van de moedermaatschappij. De dochtermaatschappij heeft begrijpelijkerwijs geen zeggenschap over de moedermaatschappij en kan evenmin invloed op haar uitoefenen. De spanning tussen de doctrine van economische eenheid en die van de persoonlijke aansprakelijkheid lijkt uiteindelijk in het *Sumal*-arrest te zijn doorbroken.

In het *Sumal*-arrest probeert het Hof van Justitie beide theorieën te verzoenen, bijvoorbeeld door te stellen dat de aansprakelijkheid op grond van de economische eenheid eigenlijk in overeenstemming is met persoonlijke aansprakelijkheid. Aangezien de mededingingsregels tot een onderneming gericht zijn, is de onderneming degene die voor de schending ervan aansprakelijk is.<sup>30</sup> Het Hof van Justitie nuanceert hiermee echter de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid door te herdefiniëren wie de aansprakelijke ‘persoon’ is, namelijk een ‘onderneming’. Hetzelfde geldt als een van de entiteiten van de economische eenheid het recht om verweer te voeren had: dan hoeven andere delen van de economische eenheid niet nog een keer een kans geboden te krijgen om verweer te voeren.<sup>31</sup> Ook hier wordt de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid in samenhang met het fundamentele beginsel van eerbieding van de rechten van verdediging geherdefinieerd.

### Gevolgen voor privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving

Vermoedelijk zal het *Sumal*-arrest voornamelijk betekenis hebben voor de privaatrechtelijke handhaving. Uit dit arrest volgt echter dat de economische eenheid niet hetzelfde is als een concern en derhalve niet aansprakelijkheid van alle (dochter)entiteiten binnen het concern met zich brengt. Door de aanvullende voorwaarden die het Hof van Justitie heeft gesteld aan de neerwaartse aansprakelijkheid zijn de sluisen voor nieuwe aansprakelijkstellingen van dochterondernemingen en forum-shopping dan ook niet volledig opengegaan.

Het Hof van Justitie lijkt een minder strenge test te hanteren voor het vaststellen van de neerwaartse aansprakelijkheid dan wat de advocaat-generaal heeft voorgesteld. De advocaat-generaal stelde dat de dochteronderneming ‘aanzienlijk’ moet hebben bijgedragen aan zowel het doel als de gevolgen van de inbreuk met eigen gedragingen, in zoverre dat de activiteiten van de dochter op bepaalde wijze noodzakelijk waren voor de inbreuk. Echter, hoewel de bewoording ‘aanzienlijk’ en ‘noodzakelijk’ doen vermoeden dat er hogere eisen worden gesteld aan de activiteiten van de dochter, maakt

26 Conclusie A-G, *Sumal*, punt 21.

27 Zie bijv. M. Verdeguer, ‘The EU Court of Justice issues a preliminary ruling clarifying the single economic unit doctrine in private enforcement providing an analysis that has far-reaching consequences on future damages claims across the EEA (*Sumal/Mercedes Benz Trucks España*)’, *E-Competitions News Issue* oktober 2021, p. 4-5.

28 Zie bijv. Gerecht 12 december 2018, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 (*Biogaran*), punt 206-234.

29 ‘Het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht van de Unie elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, omvat, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd’: HvJ 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Hofner and Elser/Macrotron GmbH*), punt 21; HvJ 12 september 2000, C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov*), punt 75; HvJ 11 december 2007, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775 (*ETI e.a.*), punt 38.

30 HvJ, *Sumal*, punt 42.

31 HvJ, *Sumal*, punt 58-59.



het voorbeeld dat de advocaat-generaal van dergelijke activiteiten geeft, duidelijk dat dit niet het geval hoeft te zijn. Het verkopen van de goederen door de dochteronderneming die het voorwerp waren van het kartel lijkt op zichzelf al voldoende. Het Hof van Justitie geeft hetzelfde voorbeeld voor de ‘specifieke link’. Maar buiten dit voorbeeld is het Hof van Justitie niet duidelijk over wat moet worden verstaan onder het bestaan van een specifieke link tussen de economische activiteit van de dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk. De vraag is of ‘economische activiteiten’ betrekking moeten hebben op de dienst/het product op dezelfde relevante productmarkt dan wel of het een ruimere betekenis moet hebben en bijvoorbeeld ook aanpalende markten inhouden.

Inbreukmakers lopen nu het risico dat zij via dochterondernemingen in meer landen worden gedagvaard.<sup>32</sup> Dankzij dit arrest zal de benadeelde partij wat makkelijker in eigen land haar recht kunnen trachten te halen indien er in dat land een dochter gevestigd is die deel uitmaakt van de economische eenheid (met mogelijk minder moeilijkheden van internationale procedures, zoals internationale betekening, hoge proceskosten, vertaalkosten enz.). De benadeelde heeft daarbij wel de bewijslast en bewijsrisico omtrent de entiteiten die deel uitmaken van een onderneming/economische eenheid ten tijde van de inbreuk.<sup>33</sup>

Het Hof van Justitie heeft het begrip ‘onderneming’ verduidelijkt in het kader van de neerwaartse aansprakelijkheid. De vraag is of deze verduidelijking ook gevolgen heeft buiten het specifieke leerstuk van de neerwaartse aansprakelijkheid, bijvoorbeeld voor de opwaartse aansprakelijkheid. Dat laatste lijkt ons onwaarschijnlijk. Ten eerste noodzaakt het functionele karakter van het ondernemingsbegrip daar niet direct toe.<sup>34</sup> Ten tweede – en belangrijker – niets wijst erop dat het Hof van Justitie in het arrest de grondslag van de opwaartse aansprakelijkheid heeft willen aanpassen.<sup>35</sup> Wat betreft de gevolgen van dit arrest voor de publiekrechtelijke handhaving is het moeilijk in te zien waarom de nieuw geformuleerde regels voor de neerwaartse aansprakelijkheid niet ook voor de publiekrechtelijke handhaving zouden gelden. Zoals het Hof van Justitie immers in het *Sumal*-arrest overwoog kan ‘[h]et begrip “onderneming” (...) in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten (...) geen andere betekenis hebben dan in de context van schadevorderingen wegens schending van de mededingingsregels van de Unie.’<sup>36</sup> Het omgekeerde zal dan ook gelden. Het lijkt echter logischer dat de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten in beginsel hun voor-

keur zullen houden de moederonderneming aan te spreken dan te opteren voor de neerwaartse aansprakelijkheid van een dochter.

Verder heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de Commissie discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van wie ze binnen een onderneming aanspreekt voor de inbreuk.<sup>37</sup>

### Eén concern meerdere ondernemingen?

Uit het *Sumal*-arrest volgt dat een concern dat in meerdere sectoren actief is ‘waartussen geen verband bestaat’, uit meerdere ondernemingen kan bestaan in mededingingsrechtelijke zin, in plaats van uit één zoals traditioneel werd aangenomen.<sup>38</sup> De vraag rijst dan of concerns zich zorgen moeten maken of de intragroepovereenkomsten tussen hun groepsmaatschappijen onder het kartelverbod kunnen vallen. Wij menen dat dit niet zo’n vaart zal lopen. De vaste leer is altijd geweest dat dat niet kon omdat die verschillende groepsmaatschappijen tot dezelfde onderneming behoorden. Juist door het functionele karakter van het begrip onderneming heeft het meerdere betekenissen afhankelijk van de context. In geval van een horizontale overeenkomst tussen twee groepsmaatschappijen, zullen beide groepsmaatschappijen in dezelfde economische sector actief zijn en dus tot dezelfde onderneming behoren. De verfijnde definitie van de economische eenheid geldt bovendien enkel in het kader van de neerwaartse aansprakelijkheid. Ten slotte bepalen de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU dat:

‘Bedrijven die deel uitmaken van dezelfde “onderneming” in de zin van artikel 101, lid 1, worden voor de toepassing van deze richtsnoeren niet als concurrenten beschouwd. Artikel 101 is alleen van toepassing op overeenkomsten tussen onafhankelijke ondernemingen. Wanneer één bedrijf een beslissende invloed uitoefent over een ander bedrijf, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde “onderneming”. *Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen waarover dezelfde moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent.* Zij worden derhalve niet als concurrenten beschouwd, zelfs indien zij beide actief zijn op dezelfde relevante product- en geografische markten.’<sup>39</sup>

Hieruit volgt dat het kartelverbod alsnog niet zo snel op de intragroepovereenkomsten van toepassing zou zijn.

32 B. Braeken & J. Versteeg, ‘ECJ redefines the “economic entity” – doctrine and rules that subsidiary may be liable for behaviour of its parent company’, [www.bureaubrandeis.com](http://www.bureaubrandeis.com), 25 oktober 2021.

33 HvJ, *Sumal*, punt 51-52.

34 Zie hierover bijv. H.M. Cornelissen, E.H. Groen & R. van Dijken, ‘Aansprakelijkheid voor kartelschade: zijn dochterentiteiten het kind van de (toe) rekening?’, *Ondernemingsrecht* 2021/109, par. 2.

35 HvJ, *Sumal*, punt 43.

36 HvJ, *Sumal*, punt 38.

37 HvJ, *Sumal*, punt 62-63.

38 De Commissie heeft al eerder gesteld dat een concern uit meerdere ondernemingen kan bestaan. Zie Beschikking Europese Commissie (2004) 2826, zaak COMP/E-1/38.069 (*Copper Plumbing Tubes*), par. 564. Zie hierover B. Freund, ‘Reshaping liability – The concept of undertaking applied to private enforcement of EU competition law’, *GRUR International* 2021, nr. 8, p. 739.

39 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU, par. 11 [cursivering auteurs].

### Zo moeder, zo dochter..., zo zus?

Een andere vraag is of de redenering uit het *Sumal*-arrest ook kan worden toegepast op de toerekening van aansprakelijkheid aan zusterondernemingen ('zijwaartse' aansprakelijkheid) of zelfs *joint ventures*.<sup>40</sup> Het Hof van Justitie heeft al eerder een zaak behandeld over de zijwaartse aansprakelijkheid.<sup>41</sup> De Commissie stelde dat de toerekening van aansprakelijkheid aan zusterondernemingen mogelijk was, aangezien de zusterondernemingen tot één economische eenheid hoorden.<sup>42</sup> Het Hof van Justitie heeft die toerekening echter geweigerd:

'Het Gerecht [heeft] ten onrechte geoordeeld, dat één vennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor alle gedragingen van de groep, zelfs indien deze vennootschap niet is geïdentificeerd als de rechtspersoon aan het hoofd van de groep die instond voor de coördinatie van haar activiteiten (...) het loutere feit dat het maatschappelijk kapitaal van twee onderscheiden handelsvennootschappen in handen is van eenzelfde persoon of familie, als zodanig nog niet het bewijs oplevert dat tussen deze twee vennootschappen een economische eenheid.'<sup>43</sup>

Mogelijk dat de toets op het 'ondernemingsbegrip' in deze zaak nu anders zou worden uitgevoerd in het licht van het *Sumal*-arrest. Hoewel dit arrest voortkomt uit een privaatrechtelijk geschil, is het waarschijnlijk dat het Hof van Justitie dezelfde criteria voor de neerwaartse aansprakelijkheid zou toepassen bij de publiekrechtelijke handhaving zoals hierboven toegelicht. Het Gerecht zou nu bij de vaststelling van de economische eenheid ook onderzoeken of de zusteronderneming op dezelfde markt actief was als het voorwerp van de vastgestelde inbreuk en bij een bevestigend antwoord afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval kunnen concluderen dat ook de zusteronderneming hoofdelijk aansprakelijk is.

6

## Conclusie

In het *Sumal*-arrest heeft het Hof van Justitie een knoop doorgehakt, althans duidelijkheid gecreëerd over de grondslag van de opwaartse en de neerwaartse aansprakelijkheid. Als de onderneming een inbreuk pleegt, is de onderneming degene die hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld, zowel door de mededingingsautoriteiten als door de benadeelde partijen. Hiermee kiest het Hof van Justitie om de doctrine van persoonlijke aansprakelijkheid en de doctrine van economische eenheid te verzoenen en te verklaren dat er eigenlijk geen con-

traditie is. De criteria voor de vaststelling welke entiteiten tot een onderneming horen, verschillen echter per type toerekening: opwaartse of neerwaartse. De mogelijkheid om verschillende criteria te hanteren volgt uit het functionele karakter van het begrip onderneming.

Het *Sumal*-arrest maakt privaatrechtelijke handhaving in bepaalde situaties iets makkelijker. Benadeelden hebben mogelijk meer keuze welke entiteit ze binnen de 'onderneming' aanspreken voor de schade uit mededingingsinbreuken en waar, mits ze kunnen aantonen dat de entiteiten tot dezelfde onderneming horen. In het verlengde van dit arrest kan worden gesteld dat ook de zijwaartse toerekening van aansprakelijkheid niet uitgesloten is. Het is aannemelijk dat bij de publiekrechtelijke handhaving dezelfde regel voor de neerwaartse aansprakelijkheid zou gelden. In dit arrest heeft het Hof van Justitie voor het eerst geoordeeld dat een concern uit meerdere ondernemingen (die weer bestaan uit meerdere rechtspersonen) kan bestaan. Maar ook als een concern uit meerdere ondernemingen bestaat, verandert er waarschijnlijk niets in de uitsluiting van de intragroepovereenkomsten uit het kartelverbod.

40 Zie hierover bijv. T.S. Hoyer, 'Aspecten van civiele aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. De stand van zaken na Skanska, Cogeco, Otis en Sumal', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021, nr. 11, p. 366-367.

41 HvJ 2 oktober 2003, C-196/99 P, ECLI:EU:C:2003:529 (*Siderúrgica Aristrain Madrid SL*).

42 *Siderúrgica Aristrain Madrid SL*, punt 86.

43 *Siderúrgica Aristrain Madrid SL*, punt 99.