

OR-Nummer	OR 2019-0133
Instantie	Hof van Justitie van de Europese Unie
datum	14-03-2019
wetsartikelen	101 VWEU

Hof van Justitie van de Europese Unie 14-03-2019, ECLI:EU:C:2019:204, (Skanska Industrial Solutions Oy)**Samenvatting**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie overweegt in antwoord op prejudiciële vragen van de hoogste Finse rechter in burgerlijke en strafzaken dat artikel 101 VWEU in een situatie waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, verkregen zijn door andere vennootschappen die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, aldus moet worden uitgelegd dat de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.

In 2000 hebben Skanska Industrial Solutions Oy ('SIS'), NCC Industry Oy ('NCC') en Asfaltmix Oy ('Asfaltmix') alle aandelen in respectievelijk Sata-Asfaltti Oy ('SAO'), Interasfaltti Oy ('IO') en Asfalttinieliö Oy ('AO') verkregen. Vervolgens hebben zij zich naar aanleiding van de procedures van vrijwillige liquidatie belast met alle commerciële activiteiten van die vennootschappen en die vennootschappen ontbonden.

Bij arrest heeft de Korkein hallinto-oikeus (de hoogste Finse bestuursrechter) in 2009 onder meer SIS wegens haar eigen gedragingen en die van SAO, NCC wegens de gedragingen van IO, en Asfaltmix wegens de gedragingen van AO, veroordeeld tot betaling van geldboeten wegens schending van een mededingingsregeling. Op grond van dat arrest heeft de stad Vantaa een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen onder meer SIS, NCC en Asfaltmix, waarbij zij heeft gesteld dat deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de meerkosten die Vantaa in verband met de uitvoering van asfalteringswerkzaamheden moest dragen omdat te hoge bedragen in rekening waren gebracht ten gevolge van de mededingingsregeling in kwestie. De käräjäoikeus (de Finse rechter in eerste aanleg) heeft deze vordering toegewezen; in hoger beroep zijn de vorderingen van Vantaa afgewezen door de hoivoikeus (de Finse rechter in tweede aanleg). Vantaa heeft tegen de beslissing van de hoivoikeus beroep in cassatie ingesteld bij de Korkein oikeus (de hoogste Finse rechter in burgerlijke en strafzaken).

De Korkein oikeus vraagt zich af of artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade. Hij stelt hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ').

Het HvJ overweegt dat SIS, NCC en Asfaltmix in economisch opzicht identiek lijken te zijn aan respectievelijk SAO, IO en AO, waarbij deze laatste drie vennootschappen niet meer bestaan als rechtspersoon. Met inachtneming van het voorgaande komt het HvJ, in antwoord op de prejudiciële vragen van de Korkein oikeus, tot het oordeel dat SIS, NCC en Asfaltmix, als opvolgers van respectievelijk SAO, IO en AO, de aansprakelijkheid van deze laatste vennootschappen voor de door de mededingingsregeling in kwestie veroorzaakte schade op zich hebben genomen, omdat zij als rechtspersoon hebben gezorgd voor de economische continuïteit van die vennootschappen. *M.J. van de Graaf, oktober 2019*

Annotatie**Civiele aansprakelijkheid voor de 'economisch opvolger' van een overtreder van het mededingingsrecht**

Deze bijdrage bespreekt het Skanska-arrest, waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de economisch opvolger van een rechtspersoon die het mededingingsrecht heeft overtreden voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is. Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van zelfstandige rechtspersoonlijkheid en mogelijk de deur opengezet naar concernaansprakelijkheid.

1 Inleiding

Op 14 maart jl. heeft het Europese Hof van Justitie zich in het Skanska-arrest uitgelaten over de vraag welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het mededingingsrecht. In dit arrest – dat werd gegeven in

antwoord op prejudiciële vragen van het Finse Hooggerechtshof – oordeelde het Hof dat een rechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor de schade die een *andere* rechtspersoon door een mededingingsrechtelijke overtreding heeft veroorzaakt wanneer hij kwalificeert als diens economisch opvolger. Dat is het geval indien hij (1) alle aandelen heeft verkregen in de vennootschap die aan de mededingingsrechtelijke inbreuk heeft deelgenomen, (2) vervolgens de inbreukmakende vennootschap heeft ontbonden en (3) als verkrijgende vennootschap de commerciële activiteiten van de ontbonden vennootschap heeft voortgezet.

Hoewel het leerstuk van economische continuïteit in het mededingingsrecht al langer wordt erkend, heeft de toepassing ervan in het civiele aansprakelijkheidsrecht verregaande consequenties. In het nationale (hier: Finse) privaatrecht staat namelijk het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid centraal, op grond waarvan iedere rechtspersoon in beginsel alleen aansprakelijk is voor de schade die hij zelf heeft veroorzaakt. Door de economisch opvolger aansprakelijk te houden voor de schade die is veroorzaakt doordat een andere rechtspersoon de mededingingsregels heeft overtreden, zet het Hof van Justitie dit privaatrechtelijke beginsel van zelfstandige rechtspersoonlijkheid opzij. Het Hof maakt zo duidelijk dat het Europese recht op directe wijze kan ingrijpen in het nationale civiele recht en bovendien voorrang neemt boven nationale privaatrechtelijke beginselen. Het arrest van het Hof roept echter wel de vraag op hoever die invloed van het Europees recht precies reikt, met name in zogenoemde *follow on*-procedures waarin schade wordt gevorderd die is veroorzaakt door een mededingingsrechtelijke inbreuk. Wanneer kunnen rechtspersonen aansprakelijk worden gehouden voor de schade die is veroorzaakt doordat een andere rechtspersoon het mededingingsrecht heeft overtreden?

2 Achtergrond van de prejudiciële vragen

2.1 Mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid voor een kartel op de Finse asfaltmarkt

De prejudiciële vragen vinden hun oorsprong in een kartel dat tussen 1994 en 2002 actief was op de Finse asfaltmarkt. Verschillende bedrijven die asfalteringswerkzaamheden uitvoerden, maakten in die periode onderling afspraken over de verdeling van de markt, de gehanteerde prijzen en het indienen van offertes voor de werkzaamheden. De Finse mededingingsautoriteit begon een onderzoek en legde in maart 2004 geldboetes op aan zeven ondernemingen. Op dat moment was een aantal van de bedrijven die aan de inbreuk hadden deelgenomen echter al ontbonden. Dat gold onder meer voor de vennootschap Sata-Asfaltti, waarvan de aandelen in maart 2000 waren gekocht door Skanska Industrial Solutions Oy (hierna: 'Skanska'). Vervolgens startte Skanska een vrijwillige liquidatieprocedure onder Fins recht om de rechtspersoon Sata-Asfaltti te ontbinden. In dat kader nam Skanska in december 2000 de bedrijfsactiviteiten van Sata-Asfaltti over (inclusief de deelname aan het kartel) en werd Sata-Asfaltti uiteindelijk in januari 2002 definitief ontbonden.[1]

De rechtspersoon Sata-Asfaltti was dus een van de karteldeelnemers, maar hij bestond juridisch niet meer op het moment dat de Finse autoriteit hem een boete wilde opleggen. Hierdoor kan hij voor zijn mededingingsbeperkende gedragingen niet beboet worden. Zou Sata-Asfaltti echter aan aansprakelijkheid voor zijn karteldeelname ontkomen door een juridische herstructurering – waarbij zijn rechtspersoonlijkheid verloren gaat, maar zijn bedrijfsactiviteiten wél worden voortgezet door een andere vennootschap – dan zou zich een vanuit het handavingsperspectief onwenselijke situatie voordoen. Om te voorkomen dat bedrijven door een dergelijke herstructurering aan bestraffing van hun inbreukmakende gedragingen kunnen ontsnappen, hebben de Europese rechters het leerstuk van 'economische continuïteit' ontwikkeld. Op basis van dit leerstuk kan een vennootschap die een inbreukmakende vennootschap verkrijgt en vervolgens beëindigt, voor de inbreuk aansprakelijk worden gehouden. Bekeken moet worden 'met behulp van welk samenstel van materiële en menselijke factoren de inbreuk is begaan' zodat bepaald kan worden 'wie de exploitatie van dit samenstel heeft overgenomen ten einde te vermijden dat de onderneming aan elke aansprakelijkstelling ontsnapt door de omstandigheid dat degene die haar op het moment van de inbreuk exploiteerde, niet meer bestaat'.[2]

Het leerstuk van economische continuïteit vloeit voort uit het mededingingsrechtelijke ondernemingsbeginsel. Het rechtssubject in het mededingingsrecht – tot wie de mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen zich richten – is namelijk geen (rechts)persoon, maar een 'onderneming'. Dit is gedefinieerd als 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[3] De onderneming als economische eenheid kan bestaan uit verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen.[4] In het geval van economische continuïteit verdwijnt weliswaar de inbreukmakende rechtspersoon, maar wordt 'de onderneming' voortgezet doordat de verkrijgende vennootschap de bedrijfsactiviteiten overneemt. Door de herstructurering wordt dus geen nieuwe onderneming gecreëerd. Integendeel, de oorspronkelijk inbreukmakende onderneming wordt juist voortgezet door de verkrijger die daardoor ook de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid verkrijgt die onlosmakelijk aan de onderneming is verbonden.

De Finse mededingingsautoriteit past in deze zaak dan ook de doctrine van economische continuïteit toe: aangezien Skanska na de overname Sata-Asfaltti heeft ontbonden en haar commerciële activiteiten heeft overgenomen, zet Skanska als economisch opvolger de inbreukmakende onderneming voort.[5] De mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van Sata-Asfaltti kan aan Skanska worden toegerekend, waardoor Skanska voor *alle* inbreukmakende gedragingen van Sata-Asfaltti kan worden beboet.[6]

2.2 Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade geleden door de gemeente Vantaa

De kartelafspraken tussen de Finse asfaltbedrijven zouden mogelijk tot hogere prijzen voor asfalteringswerkzaamheden hebben

geleid. De Finse Staat en de gemeenten – die verantwoordelijk zijn voor de bouw en het onderhoud van wegen – menen dat zij daardoor met hogere kosten zijn geconfronteerd en dus schade hebben geleden. Onder de vermeende gedupeerden van het kartel bevond zich de gemeente Vantaa, die met een van de karteldeelnemers tussen 1998 en 2001 verschillende contracten had gesloten voor het uitvoeren van asfalteringswerkzaamheden. Vantaa stelde vorderingen in tot vergoeding van de schade die zij had geleden, bestaande uit de te hoge prijzen voor asfalteringswerkzaamheden. Zij richtte haar vordering niet alleen tot de onderneming met wie zij gecontracteerd had, maar hield alle karteldeelnemers hoofdelijk aansprakelijk voor de door haar geleden schade.[7]

In dat kader stelde Vantaa ook een vordering tegen Skanska in, als economisch opvolger van de inbreukmakende (en inmiddels beëindigde) vennootschap Sata-Asfaltti. In haar verweer voerde Skanska aan dat zij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schade die is veroorzaakt door een andere, juridisch zelfstandige vennootschap. Net als naar Nederlands recht kwalificeert naar Fins privaatrecht een naamloze vennootschap als een afzonderlijke rechtspersoon die over eigen kapitaal beschikt en een eigen aansprakelijkheid heeft. Voor schadevergoeding is dan ook in beginsel uitsluitend het rechtssubject dat de schade heeft veroorzaakt, aansprakelijk.[8] Vantaa zou haar vordering daarom niet tegen Skanska moeten indienen, maar tegen de inmiddels ontbonden rechtspersoon Sata-Asfaltti, aldus Skanska. Dat zou echter zeer waarschijnlijk niet hebben geleid tot de uitkering van enige schadevergoeding.[9]

De Finse rechter zag zich dus geconfronteerd met het probleem dat het voor Vantaa onmogelijk of uiterst moeilijk is om haar schade op basis van het Finse privaatrecht vergoed te krijgen van Sata-Asfaltti. Toepassing van het beginsel van economische continuïteit zou dit wel mogelijk maken. De aansprakelijkheid voor de door Vantaa geleden schade zou dan uitgebreid worden tot Skanska, die de economisch opvolger is van Sata-Asfaltti. Dit zou echter diep ingrijpen in de fundamentele voorwaarden die volgens het Fins privaatrecht gelden voor het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.[10] Toen de zaak uiteindelijk bij het Finse Hooggerechtshof terechtkwam, besloot dit aan het Hof van Justitie hulp te vragen. Het stelde drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, die in de kern op het volgende neerkomen:

- Dient op basis van het Europees recht of het nationale (Finse) recht bepaald te worden welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade die door een inbreuk op het kartelverbod van artikel 101 VWEU[11] wordt veroorzaakt?
- Indien het antwoord 'Europees recht' is: zijn de entiteiten die onder het mededingingsrechtelijke begrip 'onderneming' en 'economische continuïteit' vallen, gehouden tot vergoeding van de civielrechtelijke schade?
- - Indien het antwoord 'nationaal recht' is: wordt het doeltreffendheidsbeginsel geschonden als op basis van het nationaal recht een vennootschap die alle aandelen in de inbreukmakende vennootschap heeft gekregen, deze vennootschap heeft ontbonden maar haar bedrijfsactiviteiten heeft voortgezet, niet gehouden is tot vergoeding van de schade die de inbreukmakende vennootschap heeft veroorzaakt?

Voordat ik op de beantwoording van deze vragen door het Europese Hof en de advocaat-generaal inga, is het van belang even kort stil te staan bij het juridisch kader dat voor dergelijke schadevergoedingsvorderingen geldt.

3 Juridisch kader voor vorderingen tot schadevergoeding na een mededingingsrechtelijke inbreuk

De uitoefening van het recht op vergoeding van schade die door een mededingingsrechtelijke inbreuk is veroorzaakt, bevindt zich op het snijvlak van het Europese recht en het nationale civiele recht van de lidstaten. Enerzijds vloeit direct uit de Europese mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen (art. 101 en 102 VWEU) voort *het recht* voor individuen om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overtreding van die artikelen.[12] Anderzijds wordt *de uitoefening* van dit recht overgelaten aan het nationale civiele recht van de lidstaten. Dat is door het Hof van Justitie benadrukt in verschillende arresten, waaronder *Courage Crehan* en *Manfredi*:

'Bij gebreke van communautaire regelgeving ter zake is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de regels vast te stellen voor de uitoefening van dit recht (...) mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.'

De vrijheid van de nationale wetgever hierin is aldus niet absoluut: de nationale regels mogen niet ongunstiger te zijn dan de regels die voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dienen de uitoefening van het recht op schadevergoeding in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk te maken (doeltreffendheidsbeginsel). Daarnaast is recentelijk Richtlijn 2014/104/EU[14] in werking getreden, die erop is gericht bepaalde aspecten van die nationale regels in belangrijke mate te harmoniseren.

De Skanska-zaak roept in feite twee verschillende vragen op over het juridische kader voor dergelijke civiele schadevergoedingsprocedures. Allereerst wordt het Hof verzocht te verduidelijken aan welk recht het is overgelaten de voor de schade aansprakelijke entiteit(en) aan te wijzen. Wordt deze kwestie bepaald door het Europese recht of juist door het nationale privaatrecht? Vervolgens dient de vraag zich aan *hoe* het Europese recht dan wel het nationale privaatrecht de aansprakelijke entiteiten dient aan te wijzen. Oftewel, onder welke voorwaarden is er sprake van civiele aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht?

4 Conclusie advocaat-generaal Wahl

In zijn conclusie maakt de advocaat-generaal een onderscheid tussen enerzijds *gedetailleerde regels* voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding en anderzijds de *constitutieve voorwaarden* van het recht op schadevergoeding. De gedetailleerde regels worden volgens hem door de lidstaten vastgesteld, terwijl de constitutieve vereisten direct door het Europese recht (hier: art. 101 VWEU) beheerst worden.[15] Vervolgens concludeert de advocaat-generaal dat het aanwijzen van de entiteit die de schade dient te vergoeden, een constitutieve voorwaarde van aansprakelijkheid is. Het is dus aan het Europese recht om te bepalen welke entiteit voor de schade aansprakelijk is.[16] Volgens de advocaat-generaal betreft dit namelijk 'een kwestie van fundamenteel belang' die rechtstreeks het bestaan van een recht op schadevergoeding beïnvloedt. Zouden de regels hiervoor door het nationale recht worden bepaald, dan bestaat het risico dat de aansprakelijke personen per lidstaat verschillen. Dit zou het recht om schadevergoeding te vorderen kunnen beperken, wat in strijd zou zijn met de effectieve handhaving van het Europese mededingingsrecht en afbreuk zou doen aan de 'afschrikingsfunctie' van civiele vorderingen.[17] Volgens de advocaat-generaal moeten er daarom uniforme Europese regels gelden voor de vaststelling van de entiteiten die voor de schade aansprakelijk zijn.[18]

Vervolgens meent de advocaat-generaal meer specifiek dat het beginsel van 'economische continuïteit' zoals ontwikkeld in het mededingingsrecht, op dezelfde manier toegepast moet worden bij een privaatrechtelijke vordering tot schadevergoeding. De publiekrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zouden beide een afschrikwekkende werking nastreven en ondernemingen van mededingingsversturende gedragingen proberen te weerhouden. Zij vormen daarmee een 'volledig handhavingssysteem', aldus advocaat-generaal Wahl.[19] Zou het beginsel van economische continuïteit niet toegepast worden bij civiele schadevergoedingsvorderingen, dan wordt de afschrikwekkende werking van het handhavingssysteem verzwakt. Ondernemingen zouden dan immers door juridische herstructureringen hun privaatrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ontlopen.[20]

Wahl erkent weliswaar dat de toepassing van het leerstuk van economische continuïteit 'de privaatrechtelijke logica van dergelijke vorderingen ondersteboven zet'. Volgens hem is er echter 'niets buitengewoon en verrassend aan die oplossing' doordat de privaatrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding integraal onderdeel uitmaken van de handhaving van het mededingingsrecht. Een andere uitleg van het begrip onderneming in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving zou volgens Wahl 'eenvoudigweg onhoudbaar' zijn.[21]

5 Arrest van het Europese Hof van Justitie

Slechts vijf weken na de conclusie van de advocaat-generaal volgt het Hof van Justitie al met zijn arrest. Daarin herinnert het Hof allereerst aan zijn eerdere rechtspraak, waarin het heeft bepaald dat het aan het nationale recht van de lidstaten is overgelaten om de voorwaarden te stellen voor het uitoefenen van het recht op schadevergoeding.[22] Vervolgens is het Hof het echter met de advocaat-generaal eens dat de kwestie van aanwijzing van de entiteit die gehouden is de schade te vergoeden die door een overtreding van het mededingingsrecht is ontstaan (hier: het kartelverbod van art. 101 VWEU), rechtstreeks geregeld wordt door het Europese recht.[23] Het rechtssubject in het mededingingsrecht is 'de onderneming' en volgens het Hof dienen daarom de ondernemingen die deelnemen aan een door het mededingingsrecht verboden afspraak ook de schade te vergoeden die door de afspraak is ontstaan.[24]

Na deze algemene overwegingen gaat het Hof specifiek in op het mededingingsrechtelijke leerstuk van economische continuïteit. Net als de advocaat-generaal meent het Hof dat het recht om vergoeding te vorderen van schade die ontstaan is door een inbreuk op het mededingingsrecht, een 'integrerend deel' uitmaakt van het stelsel voor de handhaving van de mededingingsregels. De civiele vorderingen waarborgen de werking van het kartelverbod.[25] Wanneer ondernemingen aan die civielrechtelijke aansprakelijkheid zouden kunnen ontkomen door middel van herstructureringen, wordt aan de doelstelling van dit stelsel en het effect van de mededingingsregels afbreuk gedaan.[26] Het Hof concludeert daarom dat het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 101 VWEU bij de oplegging van een mededingingsrechtelijke boete 'geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Unie'. Als opvolger van Sata-Asfaltti heeft Skanska de aansprakelijkheid van Sata-Asfaltti voor de door de inbreuk veroorzaakte schade 'op zich (...) genomen' omdat zij heeft gezorgd voor de economische continuïteit van Sata-Asfaltti.[27] Het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen luidt als volgt:

'Gelet op een en ander moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.'[28]

Het Hof introduceert dus een grondslag voor aansprakelijkheid van de vennootschap die als economisch opvolger van de inbreukmakende rechtspersoon kwalificeert. Indien aan de drie door het Hof geformuleerde voorwaarden is voldaan, kan de economisch opvolger aansprakelijk worden gesteld voor de schade die een *andere* rechtspersoon heeft veroorzaakt door de mededingingsregels te overtreden. Deze uitbreiding van aansprakelijkheid vormt zo een uitzondering op het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Dit kan ook voor het Nederlandse privaatrecht verstrekende gevolgen kan hebben.

6 Implicaties van het arrest voor het Nederlandse privaatrecht

In het Skanska-arrest maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de vraag welke entiteiten voor de schade aansprakelijk zijn, door het Europese recht beheerst wordt. In tegenstelling tot wat de meeste partijen in de procedure hadden aangevoerd, wordt deze kwestie dus niet door het nationale privaatrecht van de lidstaten beheerst.[29] De manier waarop het Hof vervolgens op grond van het Europese recht de aansprakelijke entiteiten bepaalt, gaat echter in tegen de privaatrechtelijke beginselen die gelden in de meeste lidstaten, waaronder Nederland.[30] Dat Skanska aansprakelijk is voor de schade die Sata-Asfaltti heeft veroorzaakt, is immers in strijd met het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid en het uitgangspunt dat een vennootschap niet aansprakelijk kan zijn voor de schade die een andere rechtspersoon heeft veroorzaakt. Het arrest creëert daarmee een aansprakelijkheid voor de vennootschap die als de economisch opvolger kwalificeert van een inbreukmakende vennootschap. Daarnaast zet het Hof ook de deur open voor een tweede, nog verstrekkender vorm van aansprakelijkheid, namelijk die van de concernaansprakelijkheid. Voordat hierop zal worden ingegaan, is het echter van belang kort stil te staan bij een algemene observatie over het schadevergoedingsrecht die in het arrest aan de orde komt. Het Hof benadrukt namelijk dat civiele schadeprocedures niet alleen tot doel hebben de geleden schade te vergoeden, maar ook een afschrikwekkende werking nastreven. Dit is opmerkelijk, gelet op het strikt compensatoire karakter van het schadevergoedingsrecht zoals we dat binnen Europa kennen.

6.1 'Afschrikwekkende werking' als zelfstandige doelstelling van civiele schadeprocedures?

Advocaat-generaal Wahl gaat in zijn conclusie uitgebreid in op de doelstellingen van vorderingen tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een overtreding van het mededingingsrecht. Hij merkt op dat hoewel de EU-lidstaten verschillende juridische regimes kennen, zij doorgaans wel allemaal accepteren dat schadevorderingen een herstellende of compenserende functie kennen met als doel het vergoeden van geleden schade. Dat schadevergoedingsvorderingen een afschrikkingfunctie zouden hebben – gericht op het afschrikken van ongewenst gedrag – wordt door de lidstaten echter veel minder algemeen geaccepteerd.[31] Desondanks meent de advocaat-generaal dat schadevergoedingen gebaseerd op een overtreding van het mededingingsrecht naast de compenserende functie wél deze afschrikkingfunctie dienen te hebben.[32] Het Hof volgt de advocaat-generaal en benadrukt in zijn arrest het belang van civiele schadeacties om ondernemingen te weerhouden van mededingingsverstoringe gedragingen. Volgens het Hof maken de schadevorderingen dan ook een integraal onderdeel uit van de mededingingsrechtelijke handhaving.[33] Hierbij wijst het Hof er nog specifiek op dat in de Finse casus de oorspronkelijke inbreukmakende rechtspersoon door een overname en daaropvolgende herstructurering niet meer bestond. Aan het 'nuttig effect' van de mededingingsregels zou dan afbreuk worden gedaan wanneer ondernemingen door een dergelijk 'juridisch trucje' aan hun civiele aansprakelijkheid kunnen ontsnappen.[34]

Dat de advocaat-generaal en het Europese Hof verwijzen naar de afschrikkingfunctie van schadeacties is echter opmerkelijk. In vrijwel alle lidstaten van de Europese Unie wordt aangenomen dat het schadevergoedingsrecht slechts een compensatoire functie heeft. Het afschrikwekkend effect als doel op zich van schadevorderingen wordt hier niet algemeen erkend.[35] Dat volgt ook uit de uitgebreide discussie die over deze kwestie is gevoerd in de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 2014/104/EU. Aanvankelijk was de Commissie van mening dat civiele schadevergoedingsprocedures twee doelstellingen nastreven, namelijk (1) volledige compensatie van de geleden schade en (2) door een afschrikwekkende werking bedrijven te weerhouden van het overtreden van het mededingingsrecht.[36] In dat kader was een van de voorstellen van de Commissie een systeem van 'double damages' te introduceren voor de schade die veroorzaakt is door de ernstigste inbreuken op het mededingingsrecht.[37] Hierop is veel kritiek gekomen; civiele procedures zouden gericht moeten zijn op het compenseren van de geleden schade en niet ook een afschrikwekkende werking moeten nastreven. Die afschrikkingfunctie zou aan de autoriteit in het kader van publieke handhaving moeten worden overgelaten.[38] Hier lijkt de Commissie het uiteindelijk ook mee eens te zijn, want in de daaropvolgende publicaties benadrukt zij dat het compenseren van de geleden schade het primaire doel van civiele schadeprocedures is. In de uiteindelijke tekst van de Richtlijn 2014/104/EU wordt expliciet aangegeven dat het gaat om volledige vergoeding van de schade.[39] In een toelichtende memo verwerpt de Commissie ook de afschrikwekkende doelstelling van private handhaving:

'Unlike in some other jurisdictions, the European approach does not conceive private damages actions as a tool for punishment and deterrence of those who breach antitrust rules. This remains the responsibility of competition authorities, both at the EU and national levels, which find, investigate and sanction infringements in the public interest (public enforcement).'[40]

Gelet op het feit dat de afschrikkingfunctie van schadevorderingen door de Europese wetgever is verworpen, is het des te opvallender dat zowel de advocaat-generaal als het Hof in deze zaak wél die afschrikwekkende werking van civiele schadeprocedures accepteert. Op zich zou het niet gek zijn wanneer de afschrikking als een welkom neveneffect van de compenserende functie wordt gezien. Dat een onderneming de door haar veroorzaakte schade moet vergoeden, zal er zeker aan bijdragen dat zij ook wordt weerhouden van het begaan van een mededingingsrechtelijke overtreding. Op die manier wordt de afschrikking via de compenserende functie bereikt. Het is echter de vraag wat het betekent als de afschrikkingfunctie naast de compenserende functie als zelfstandig doel van het schadevergoedingsrecht wordt beschouwd. Het lijkt uitgesloten dat hierdoor een hoger bedrag aan vergoeding zou moeten worden betaald dan dat daadwerkelijk aan schade is geleden. Richtlijn 2014/104/EU verbiedt namelijk uitdrukkelijk overcompensatie, ongeacht het type schadevergoeding dat het betreft.[41] In ieder geval valt de afschrikkingfunctie niet goed te rijmen met het compensatoire karakter van schadevergoedingen dat de nationale lidstaten kennen en wijkt het Hof hier ook uitdrukkelijk af van het standpunt van de Europese wetgever over de doelstelling van het

schadevergoedingsrecht.

6.2 Civiele aansprakelijkheid vastgesteld voor de economisch opvolger

De prejudiciële vragen – en het antwoord daarop van het Hof – richten zich op de situatie waarin de aandelen in een inbreukmakende vennootschap zijn overgedragen, waarna de verkrijger die inbreukmakende vennootschap ontbindt en zelf de commerciële activiteiten voortzet. Het arrest heeft daarmee gevolgen indien een vennootschap wordt overgenomen die (achteraf) betrokken blijkt te zijn geweest bij een overtreding van het mededingingsrecht. Vindt er na die overname een herstructurering plaats waardoor de inbreukmakende vennootschap verdwijnt en de nieuwe moedermaatschappij de commerciële activiteiten van de inbreukmaker voortzet, dan neemt die verkrijgende vennootschap *ook* de civiele aansprakelijkheid op zich voor schade die door de inbreuk is ontstaan.

In het Nederlandse privaatrecht is echter het uitgangspunt dat bij de overname van een onderneming (via een activa/passiva-transactie) *niet* de aansprakelijkheid voor eventuele schade wordt overgenomen. Dat volgt onder meer uit artikel 6:155 BW, dat bepaalt dat wanneer door een activa/passiva-transactie een schuld wordt overgedragen, die schuldoverneming pas werkt naar de schuldeisers als zij voor de overneming toestemming hebben gegeven. In lijn daarmee heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat de overnemende partij alleen samen met de oorspronkelijke schuldenaar aansprakelijk kan zijn, indien zij zich jegens de schuldeisers via een verklaring met externe werking voor de schuld aansprakelijk heeft gesteld.[42] Bovendien is het, gelet op de contractsvrijheid, in het Nederlandse privaatrecht ook toegestaan dat de partijen bij een overname onderling afspraken maken over wie de aansprakelijkheid draagt. Zij mogen bijvoorbeeld ná het einde van de inbreuk afspraken maken over de verdeling van een opgelegde of nog op te leggen boete door een mededingingsautoriteit. Een vordering tot nakoming van een dergelijke overeenkomst is door de Rechtbank Zwolle-Lelystad toegewezen.[43]

Bij de overname van een onderneming die achteraf het mededingingsrecht blijkt te hebben overtreden, is nu op basis van het Skanska-arrest de verkrijgende vennootschap echter *wél* aansprakelijk voor de schade die door de overtreding is veroorzaakt. Die aansprakelijkheid ontstaat wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) de verkrijger neemt alle aandelen in de inbreukmakende vennootschap over, (2) de verkrijger ontbindt vervolgens de inbreukmakende vennootschap en (3) de verkrijger zet zelf de commerciële activiteiten van de inbreukmaker voort.

6.3 Heeft het Hof de deur opengezet voor concernaansprakelijkheid?

Maar het is de vraag of de reikwijdte van het Skanska-arrest niet nog verder gaat. In de overwegingen van het arrest noemt het Hof in meer algemene termen dat het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht geen andere betekenis kan hebben dan in het privaatrecht en dat 'de onderneming' ook de civiele schade dient te vergoeden. De verwijzing naar het brede ondernemingsbegrip is weliswaar noodzakelijk om tot het oordeel te kunnen komen dat de economisch opvolger van de inbreukmakende vennootschap aansprakelijk is. Zoals de advocaat-generaal ook stelt, is het leerstuk van economische continuïteit namelijk een uitwerking van het ruime begrip 'onderneming'. [44] Het Hof laat echter in het midden of ook buiten de context van economische continuïteit 'de onderneming' aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die is ontstaan door een inbreuk op het mededingingsrecht. Een van de controversiële issues in dat kader is of het Hof van Justitie met het Skanska-arrest de concernaansprakelijkheid in het civiele schadevergoedingsrecht heeft geïntroduceerd.

Op basis van het ondernemingsbegrip is het in het mededingingsrecht namelijk mogelijk – en inmiddels gebruikelijk – dat een moedermaatschappij aansprakelijk is voor de inbreuk die haar dochtervennootschap heeft begaan. Zij maken deel uit van dezelfde 'economische eenheid' indien de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van haar dochter. Dit wordt vermoed het geval te zijn indien de moeder 100% van de aandelen in de dochtermaatschappij bezit.[45] De moedermaatschappij kan dan *samen* met de dochtervennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de boete. Dat moet worden onderscheiden van de aansprakelijkheid als economisch opvolger, in welk geval de verkrijgende vennootschap de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van de inbreukmaker *overneemt*.

Dit onderscheid wordt verklaard vanuit de achterliggende ratio voor economische continuïteit enerzijds en moederaansprakelijkheid anderzijds. De leer van economische continuïteit is vooral gecreëerd om een oplossing te bieden voor de situatie waarin de oorspronkelijke inbreukmaker is verdwenen (en dus niet meer aansprakelijk kan worden gehouden). Die problematiek speelt echter niet op dezelfde manier bij concernaansprakelijkheid: de inbreukmakende dochtervennootschap bestaat dan gewoon nog en is dus zelf aansprakelijk voor de door haar veroorzaakte schade (waarvoor zij in beginsel zelf verhaal biedt). Hierdoor is er geen noodzaak om naar een andere vennootschap op zoek te gaan, simpelweg omdat het risico dat de schade op geen enkele rechtspersoon verhaald kan worden zich niet voordoet. De mededingingsrechtelijke moederaansprakelijkheid is vooral een instrument dat de mededingingsautoriteit in staat stelt een hogere boete op te leggen.[46] Zo is het boetep plafond in het mededingingsrecht vastgesteld op 10% van de jaaromzet van de geadresseerde onderneming.[47] Door niet alleen de inbreukmakende rechtspersoon te adresseren maar ook zijn moedervernootschap, zal de maximumboete doorgaans een stuk hoger uitvallen. Daarnaast mag de autoriteit de boete verhogen indien er sprake is van recidive. Is aan de moedervernootschap al eens een boete opgelegd (zelfs voor een overtreding die door een andere dochter in een andere sector is begaan), dan mag de autoriteit de volgende keer de op te leggen boete wegens recidive verhogen.[48]

De ratio van het Hof om de economisch opvolger aansprakelijk te houden – voorkomen dat door herstructureringsvennootschappen aan hun civiele aansprakelijkheid kunnen *ontsnappen* – en de criteria die zij voor die aansprakelijkheid heeft geformuleerd in het dictum van het arrest, gaan dus niet op voor concernaansprakelijkheid. Het is ook de vraag of het wel wenselijk is een handhavinginstrument zoals de moederaansprakelijkheid, dat de autoriteit naar eigen inzicht mag toepassen, in handen van private partijen te leggen. Zou dat betekenen dat de eiser zelf mag kiezen tegen welke rechtspersoon hij zijn vordering instelt? Zoals hierboven aangegeven past de mededingingsautoriteit de moederaansprakelijkheid vooral toe om een hogere boete op te kunnen leggen. Dat is in civiele schadeprocedures echter niet aan de orde. De eiser maakt niet dezelfde beleidsafwegingen als de mededingingsautoriteit. In plaats daarvan zal de eiser de moederaansprakelijkheid willen gebruiken in zijn eigen voordeel en ten gunste van zijn eigen positie. Het reikt nogal ver als private partijen een dergelijk ingrijpend handhavinginstrument kunnen gebruiken om hun eigen belangen na te streven.

Wordt de overweging in het Skanska-arrest dat ‘de onderneming’ ook de civiele schade dient te vergoeden echter letterlijk gelezen, dan lijkt doorwerking van mededingingsrechtelijke concernaansprakelijkheid in het civiele recht wel mogelijk. Tot dusver is dit door verschillende nationale rechters afgewezen. Zo hebben de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat zowel naar het nationale (Nederlandse en Griekse) recht als naar het Europese recht de moedervenootschappen van inbreukmakende dochterondernemingen niet aansprakelijk zijn voor de schade die hun dochters hebben veroorzaakt.[49] En in Duitsland hebben het Landgericht Berlin en het Landgericht Düsseldorf geconcludeerd dat het mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip geen gelding heeft in privaatrechtelijke (kartel)schadeclaims.[50] Dit is wat mij betreft juist, gelet op het toepasselijke nationale privaatrecht. De lidstaten kennen een eigen juridisch kader voor de beoordeling van schadevergoedingsvorderingen op grond van onrechtmatige daad. Net als vorderingen tot vergoeding van andere typen schade, dient de vordering tot vergoeding van schade die is ontstaan door een mededingingsrechtelijke overtreding aan die nationale vereisten te voldoen. En naar het nationale privaatrecht van een groot deel van de Europese lidstaten – waaronder Nederland, Griekenland en Duitsland – kan een vennootschap behoudens uitzonderlijke omstandigheden niet aansprakelijk zijn voor de schade die een andere vennootschap heeft veroorzaakt. Een civiele doorwerking van moederaansprakelijkheid zou dan ook in strijd komen met dit beginsel van afzonderlijke rechtspersoonlijkheid. Bovendien zou dit een ongelijke situatie creëren. Waarom zou wel voor schade geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht de aansprakelijkheid uitgebreid moeten worden tot de moedermaatschappij, maar niet voor andere typen schade – zoals letselschade? Ook dan heeft de schuldeiser immers een groot belang bij vergoeding van zijn schade. Daarnaast zijn er ook meer praktische bezwaren tegen de introductie van een civiele moederaansprakelijkheid. Zoals hierboven aangegeven is de moederaansprakelijkheid een publiekrechtelijk handhavinginstrument dat zich niet goed leent voor toepassing in geschillen tussen private partijen. En het is – in tegenstelling tot aansprakelijkheid van de economische opvolger – ook niet nodig om het risico te ondervangen dat er geen schadevergoeding verkregen kan worden doordat de aansprakelijke rechtspersoon niet meer bestaat.

Overigens is ook de omgekeerde situatie van moederaansprakelijkheid voorstelbaar, waarbij de inbreukmakende vennootschap alle aandelen in een dochtervennootschap bezit. Ook die moeder- en dochtervennootschap vormen in beginsel samen één onderneming. De inbreukmakende vennootschap zal voor haar eigen gedragingen beboet worden, maar het is niet evident dat die boete ook aan haar dochter opgelegd zal worden – ondanks het feit dat zij een economische eenheid zijn. De ratio om de moedervennootschap aansprakelijk te houden zal zich in die omgekeerde situatie namelijk niet snel voordoen. Immers, het valt niet goed in te zien waarom de dochtervennootschap die zich lager in het concern bevindt, geacht kan worden een beslissende invloed uit te oefenen op haar hoger gepositioneerde moeder. Bovendien zal het doorgaans voor de autoriteit ook niet nodig zijn de dochter aansprakelijk te houden om een hogere boete op te kunnen leggen. Vanuit handhavingperspectief zal de dochter van een inbreukmakende vennootschap dus in beginsel niet samen met haar moeder beboet kunnen worden. Nu het Europese Hof in Skanska echter in algemene termen overweegt dat het ‘ondernemingsbegrip’ in civiele procedures doorwerkt, roept dat de vraag op of een civiele vordering wellicht wél ook tegen de dochter ingesteld kan worden. Deze kwestie kwam in de TenneT/ABB-zaak aan de orde. Hierin oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant dat wanneer een moedervennootschap een boete is opgelegd voor een overtreding van het mededingingsrecht (die mogelijk is uitgevoerd door een dochtervennootschap) dat niet betekent dat de dochter aansprakelijk is voor de schade die door de overtreding is ontstaan. De rechtbank merkt op dat eiser voor de schadevergoeding de moeder kan aanspreken, die ook door de autoriteit beboet is. De dochter kan pas civielrechtelijk aansprakelijk zijn als haar ‘ook zelfstandig een verwijt kan worden gemaakt’.[51] Tegen de uitspraak wordt hoger beroep ingesteld, maar het Hof Arnhem-Leeuwarden gaat niet op deze vraag in. Het oordeelt namelijk dat de dochtervennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is omdat de kennis van de moeder aan de dochter kan worden toegerekend.[52]

‘Het hof kan derhalve in het midden laten of, zoals TenneT c.s. betogen en ABB c.s. bestrijden, uit de vaststelling door de Europese Commissie in de Beschikking, dat “de onderneming ABB” het mededingingsrecht heeft geschonden, de desbetreffende aansprakelijkheid van ABB c.s. al dan niet rechtstreeks voortvloeit.’[53]

De TenneT/ABB-zaak raakt aan nog een andere belangrijke kwestie, namelijk de vraag wat er gebeurt wanneer de autoriteit ervoor kiest niet aan alle rechtspersonen binnen één onderneming een boete op te leggen. Is de eiser dan gebonden aan de bevindingen van de autoriteit, of mag hij desondanks toch een vordering instellen tegen de rechtspersonen die behoren tot de onderneming maar aan wie het boetebesluit niet geadresseerd is? Zoals hiervoor aangegeven is het überhaupt bedenkelijk of een handhavinginstrument zoals de moederaansprakelijkheid in de handen van private partijen gelegd moet worden. Dat geldt des te

meer als die private partijen verder willen gaan dan de mededingingsautoriteit en rechtspersonen civielrechtelijk willen aanspreken die niet beboet zijn. Artikel 16 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat nationale rechters gebonden zijn aan de vaststellingen in de beschikking van de Europese Commissie en dat zij geen beslissingen kunnen nemen die in strijd zijn met die beschikking.[54] Ook de Europese rechters hebben geoordeeld dat nationale civiele rechters zich dienen te houden aan de vaststellingen van de Europese toezichthouder. Zo heeft het Europees Gerecht in de zaak Martinair bepaald dat nationale civiele rechters gebonden zijn aan de vaststaande bevindingen van de Europese Commissie ten aanzien van onder meer 'de aansprakelijkheid of het ontbreken van aansprakelijkheid van diegenen op wie het onderzoek van de betrokken gedragingen was gericht en wier aansprakelijkheid in het besluit van de Commissie is onderzocht'.[55] De Skanska-uitspraak lijkt dit te ondersteunen, doordat het Hof overweegt dat het begrip onderneming 'in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten [...] geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade'.[56] Het lijkt er dus sterk op dat de bevindingen van de mededingingsautoriteit richtinggevend zijn voor de vraag tegen welke rechtspersonen de eiser een vordering kan instellen. Het is namelijk goed mogelijk dat de autoriteit bewust geen boete heeft opgelegd aan een bepaalde vennootschap binnen een inbreukmakende onderneming, omdat zij na onderzoek tot de conclusie kwam dat die vennootschap niet betrokken was bij de verboden gedragingen en ook geen beslissende invloed uitoefende op de inbreukmakende vennootschap. In die situatie zou het wonderlijk zijn als de vennootschap tóch aansprakelijk is voor de schade die de overtreding heeft veroorzaakt, terwijl de autoriteit haar voor de overtreding juist bewust niet heeft beboet.

7 Conclusie

In het Skanska-arrest maakt het Hof van Justitie in ieder geval duidelijk dat het aan het Europees recht is om te bepalen welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade die door een overtreding van het mededingingsrecht wordt veroorzaakt. Ook heeft het Hof vastgesteld dat op basis van het Europese recht vennootschappen civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn indien zij als economisch opvolger van de beëindigde inbreukmaker kwalificeren. Het Hof heeft daarmee aangetoond dat het bereid is kernbeginselen van het nationale (Finse) privaatrecht – zoals rechtspersoonlijkheid – opzij te zetten wanneer het recht om schadevergoeding te vorderen in gevaar komt. Het arrest roept echter wel de vraag op hoever de civiele aansprakelijkheid op basis van het Europese recht precies reikt. Heeft het Hof met zijn verwijzing naar het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip beoogd de concernaansprakelijkheid te introduceren, op basis waarvan een moeder- of dochtervennootschap aansprakelijk kan zijn voor de schade die veroorzaakt is door een andere vennootschap binnen het concern? En op welke manier zou een dergelijke concernaansprakelijkheid in civiele procedures toegepast moeten worden? Of het arrest zo ver reikt en ook buiten de specifieke omstandigheden van de Finse casus gelding heeft, valt nog te bezien. Het is daarmee aan toekomstige (Europese) rechtspraak overgelaten om de precieze contouren van de aansprakelijkheid van vennootschappen nader te bepalen voor de schade die door een mededingingsrechtelijke overtreding is veroorzaakt.

Noten

[1] Er waren nog twee rechtspersonen (NCC Industry Oy en Asfaltmix Oy) die de aandelen in inbreukmakende vennootschappen hebben gekocht, die vennootschappen vervolgens hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben overgenomen. Omdat het feitelijk kader hetzelfde is voor alle drie de overnemende vennootschappen zal hier voor het gemak telkens alleen naar Skanska en de overgenomen vennootschap Sata-Asfaltti verwezen worden.

[2] Gerecht 17 december 1991, T-6/89, ECLI:EU:T:1991:74 (Anic), r.o. 237.

[3] HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser/Macrotron), r.o. 21.

[4] HvJ EG 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio), r.o. 40.

[5] Gerecht 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 t/m T-264/02 en T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396 (Raiffeissen), r.o. 334-336.

[6] Volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 8.

[7] Volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 2-3 en 10.

[8] Zie de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 16-17. Dit is ook in het Nederlandse privaatrecht het uitgangspunt. Hierop gelden een aantal uitzonderingen, die in bijzondere omstandigheden van toepassing kunnen zijn. Zo kan 'degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder' voor schulden van de vennootschap aansprakelijk zijn (zie bijvoorbeeld art. 2:138/2:248 lid 7 jo. lid 1 BW), kan de aandeelhouder aansprakelijk zijn indien hij een eigen onrechtmatige daad heeft begaan tegenover een schuldeiser van de vennootschap en kan er ook sprake zijn van doorbraak van aansprakelijkheid (*lifting the corporate veil*). In dit laatste geval, dat zich vooral voordoet wanneer er misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil tussen moeder- en dochtervennootschap zodat de schuldeisers minder/geen verhaal hebben, worden de aandeelhouder en vennootschap vereenzelvigd en zijn zij samen voor de gehele schuld van een derde aansprakelijk.

[9] Onder Fins recht zou dit hebben geleid tot heropening van de liquidatieprocedure. Maar mocht Sata-Asfaltti niet meer over kapitaal beschikken, dan zal aan de eiser echter geen vergoeding betaald kunnen worden – en Skanska als verkrijgende vennootschap is ook niet verplicht dat te doen. Dit volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hooggerechtshof, r.o. 16.

[10] Zie de verwijzingsbeslissing van het Finse Hooggerechtshof, r.o. 11-12.

[11] Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

[12] Zie HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan), r.o. 26.

[13] Courage/Crehan, r.o. 29; HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi), r.o. 64.

[14] Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU 2014, L 394/1-19.

[15] Conclusie A-G Wahl 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 36-41.

[16] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 60.

[17] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 66-68.

[18] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 69.

[19] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 76.

[20] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 77-78.

[21] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 79-80.

[22] HvJ EU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), r.o. 27 waarin het Hof verwijst naar HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone), r.o. 24.

[23] Skanska, r.o. 28.

[24] Skanska, r.o. 29-32.

[25] Skanska, r.o. 43-45.

[26] Skanska, r.o. 46.

[27] Skanska, r.o. 50. Dit is passend binnen het leerstuk van economische continuïteit, waarbij de verkrijgende rechtspersoon de aansprakelijkheid van de originele inbreukmaker overneemt. Dit in tegenstelling tot het concept van moederaansprakelijkheid, waarbij de moedervenootschap naast haar dochter een eigen aansprakelijkheid heeft.

[28] Skanska, r.o. 51.

[29] Zie conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 56. Ook de Europese Commissie bepleitte tijdens de zitting dat niet het Europese recht, maar het nationale recht van de lidstaten de aansprakelijke entiteiten aanwijst – met inachtneming van het doeltreffendheids- en gelijkheidsbeginsel.

[30] Zo concludeerde Müller-Graff op basis van 23 nationale rapporten over private handhaving dat 'many Member States do not transfer the (public law) concept of a single economic unit into private law, i.e. will not generally hold a parent liable for damages cause [sic] by antitrust infringements of its subsidiaries'. P-C. Müller-Graff, FIDE, XXVII. Congress Budapest, 18-21 May 2016, in: G. Bándi, P. Darák, P. Láncoš & T. Tóth (red.), Congress Proceedings Vol. 2, Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law, Wolters Kluwer 2016, p. 195.

[31] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 26-27.

[32] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 28.

[33] Skanska, r.o. 45.

[34] Skanska, r.o. 46.

[35] Zie het Ashurst Comparative Report, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (31 augustus 2004), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, p. 80 en 83-

[36] Commission staff working paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732, par. 4-6.

[37] Commission staff working paper SEC(2005) 1732, par. 150.

[38] Zie bijvoorbeeld ICC Comments on the Commission's Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/icc.pdf en EC Commission Green Paper on damages actions CBI response - april 2006, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/cbi.pdf.

[39] Zie art. 3 Richtlijn 2014/104/EU.

[40] Memo EU Commission, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm.

[41] Zie art. 3 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU.

[42] Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617, r.o. 5.5.1-5.5.5.

[43] Rb. Zwolle-Lelystad 13 mei 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9738, r.o. 4.5.

[44] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 73.

[45] HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo Nobel/Commissie), r.o. 60.

[46] Zie M. Siragusa & C. Rizza, EU Competition Law Volume III – Cartels and horizontal agreements, Claeys & Casteels 2007, par. 4.44-4.45.

[47] Art. 23 lid 2 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, PbEU 2003, L 1/1-25.

[48] Zie de Commissie Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (2006/C 210/02), par. 29.

[49] Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.7-4.9; Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203, r.o. 4.12.

[50] Landgericht Berlin 6 augustus 2013, zaak 16 O 193/11 Kart (ECLI:DE:LGBE:2013:0806.16O193.11KART.0A), alinea 80; Landgericht Düsseldorf 8 september 2016, zaak 37 O 27/11 Kart (ECLI:DE:LGD:2016:0908.37O27.11KART.00), (B) III.

[51] Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, r.o. 4.10.

[52] In deze casus had de moederverenootschap zelf deelgenomen aan het kartel, maar die mededingingsbeperkende afspraken vervolgens geïmplementeerd via haar dochteronderneming. Zonder toerekening van de kennis van de moeder aan de dochter zou een situatie kunnen ontstaan waarin geen van beide vennootschappen aansprakelijk is voor de geleden schade: de moeder heeft de kartelafspraken gemaakt maar niet uitgevoerd, terwijl de dochter de afspraken uitvoerde maar er zelf geen kennis van had. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.17.

[53] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766. r.o. 3.18.

[54] Art. 16 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

[55] Gerecht 16 december 2015, zaak T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984 (Martinair), r.o. 35-36.

[56] Skanska, r.o. 47.