

224. Skanska: de opmars van het ondernemingsbegrip in de civiele procespraktijk

MR. M. GOORTS EN MR. B. NIJHOF

Voor de privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht geldt in het civiele recht al een bijzonder juridisch kader sinds de inwerkingtreding van richtlijn 2014/104/EU. Aan dat kader is een extra dimensie toegevoegd door het recente Skanska-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In dat arrest paste het Hof het principe van de economische continuïteit toe in de context van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kartelschade. Daarmee dringt het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’ definitief door in de Nederlandse civiele procespraktijk, mogelijk met verstrekkende gevolgen.

Inleiding

De definitie van het begrip ‘onderneming’ is al lange tijd uitgekristalliseerd in het (Europese) mededingingsrecht sinds het *Höfner*-arrest.¹ Die duidelijkheid staat in schril contrast met de vele ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van (Europees) mededingingsrecht dat sinds de arresten *Courage/Crehan*² en *Manfredi*³, een hoge vlucht heeft genomen. De inwerkingtreding van richtlijn 2014/104/EU (de ‘Richtlijn’) heeft dat effect alleen maar versterkt.⁴ Uit de hiervoor genoemde arresten volgt dat art. 101 en 102 VWEU rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren. Voor de justitiabelen ontstaan rechten die een nationale rechter dient te handhaven. Aan de volle werking van deze verbodsbepalingen zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kan krijgen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen. Het Hof van Justitie overwoog in dit verband ook telkens het volgende:

‘Bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving op dit gebied is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de regels vast te stellen voor de uitoefening van het recht om vergoeding te vorderen van de schade die uit

een door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of onderling afgestelde gedraging voortvloeit [...]’⁵

In deze alinea formuleert het Hof het zogenaamde beginsel van nationale procedurele autonomie. Dit beginsel houdt in dat het aan de lidstaten is om het procesrecht op een dusdanige manier in te richten dat het Europees recht in een nationale procedure kan worden ingeroepen. In het verlengde hiervan overwoog Hof van Justitie eerder dat de civielrechtelijke (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor een mededingingsovertreding een nationale aangelegenheid is en niet door de boetebeschikking van de Commissie wordt bepaald.⁶ Procedurele autonomie betekent evenwel niet dat het Hof van Justitie de nationale regels niet mag toetsen. Nationale procesregels moeten namelijk in overeenstemming zijn met het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.⁷ Het doeltreffendheidsbeginsel verbiedt een lidstaat de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk te maken. Het gelijkwaardigheidsbeginsel veronderstelt dat de betrokken nationale bepaling gelijkelijk van toepassing is op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het Unierecht en op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het nationale recht, voor zover die vorderingen hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak hebben.

De bestaande verschillen in nationale regels en het ontbreken van een Europeesrechtelijk juridisch kader waren voor de Commissie de aanleiding om het voorstel voor de Richtlijn te initiëren. Dat voorstel mondde uiteindelijk

1 HvJ EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), par. 21.

2 HvJ EU 20 september 2001, EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), par. 24-29.

3 HvJ EU 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), par. 58-62.

4 Richtlijn 2014/104/EU 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, L349, pag. 1-19, 5 december 2014.

5 Recentelijk HvJ EU 28 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco/Sport TV*), paragraaf 42.

6 HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo c.s.*), par. 21. In gelijke zin Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305 (*CDC/Shell c.s.*), par. 2.8.

7 HvJ EU 5 juni 2014, EU:C:2014:1317 (*Kone e.a.*), par. 23 en 24.

uit in minimumharmonisatie van de bestaande regels. De Richtlijn bepaalt niet expliciet welke juridische entiteit in een civielrechtelijke procedure aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade veroorzaakt door een mededingingsovertreding. Het recente Skanska-arrest⁸ maakt duidelijk dat de aansprakelijkheidsvraag zo fundamenteel is dat die aan de hand van het Europese mededingingsrecht moet worden beantwoord. Bij dat antwoord speelt het begrip ‘onderneming’ en de door het Hof van Justitie in het kader van de publiekrechtelijke handhaving ontwikkelde jurisprudentie, een belangrijke rol.

In dit artikel bespreken wij achtereenvolgens: 1) de manier waarop publiekrechtelijke aansprakelijkheid in het Europese mededingingsrecht is vormgegeven; 2) of en op wat voor manier aansprakelijkheid aan de orde komt in de Richtlijn; 3) de uitspraak van het Hof in het Skanska-arrest; en 4) de mogelijke gevolgen van het arrest voor de (Nederlandse) praktijk.

Aansprakelijkheid voor een boete

In beginsel moet een boete voor een mededingingsovertreding worden opgelegd aan diegene die de overtreding heeft begaan. Dit van oorsprong strafrechtelijke beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid is de hoofdregel die de Commissie toepast als zij een boete wenst op te leggen. De economische eenheid die de overtreding heeft begaan, althans zijn exploitant, moet de consequenties van die overtreding, dat wil meestal zeggen een boete ook ervaren. Draagt de exploitant van die onderneming de activiteiten waar de overtreding betrekking op hebben over, dan gaat de aansprakelijkheid voor de reeds begane overtreding niet over op de koper, maar blijft die aansprakelijkheid in beginsel juist bij de oorspronkelijke exploitant berusten. Als de verkochte onderneming haar mededingingsbeperkende gedrag voortzet, levert dat van de dag van overdracht een nieuwe overtreding en dus een nieuwe aansprakelijkheid op voor de koper vanaf de datum van de transactie.

De uitzondering op deze hoofdregel van persoonlijke aansprakelijkheid is het beginsel van economische continuïteit. Dit beginsel vindt toepassing als de betreffende overtreder (dus de exploitant van de onderneming ten tijde van de overtreding) op het moment van beboeting niet langer bestaat, of een lege huls is geworden.⁹ In dat geval zal de Commissie kijken of de ‘onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht nog bestaat, al dan niet in gewijzigde vorm en die partij alsnog een boete opleggen. A-G Kokott verwoordde het treffend als volgt:

‘Een al te formalistische hantering van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid zou er dus kunnen

leiden, dat het doel van sancties op inbreuken op de mededingingsregels, te weten de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels, wordt verijdeld. Bovendien zouden dan de exploitanten van ondernemingen in de verleiding kunnen komen zich door bepaalde organisatorische wijzigingen doelbewust aan hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid te onttrekken.’¹⁰

Het vaststellen van de aansprakelijkheid op basis van één van deze twee regels staat nadrukkelijk los van de *parental liability*, de toerekening van overtredingen aan de moedermaatschappij van een onderneming voor gedragingen van een dochtermaatschappij. Dat kan als een soort risicoaansprakelijkheid worden beschouwd.¹¹ Overigens is die aansprakelijkheid eveneens gebaseerd op het ondernemingsbegrip: moeder- en dochtermaatschappij worden geacht onderdeel te vormen van dezelfde onderneming en kunnen dus beide verantwoordelijk worden gehouden voor het gedrag van die onderneming. Dat die aansprakelijkheid ver kan reiken bewezen recente zaken op zowel Nederlands als Europees niveau: investeringsmaatschappijen en *private equity* bedrijven zijn niet van deze aansprakelijkheid uitgezonderd.¹²

Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kartelschade

De hiervoor besproken publiekrechtelijke regels voor aansprakelijkheid voor boetes, leken tot voor kort weinig relevant voor privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade(vergoedingen). De voorwaarden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid waren immers een aangelegenheid van het nationale recht, zo werd aangenomen. De Richtlijn bevatte echter al een aantal aanwijzingen voor het tegendeel. Net als art. 101 en 102 VWEU had ook de Richtlijn betrekking op ondernemingen en ondernemersverenigingen, terwijl het aansprakelijkheidsrecht in de lidstaten zich richt op natuurlijke en rechtspersonen. Een ‘onderneming’ is van oorsprong een meer economisch begrip, terwijl een (rechts)persoon een juridisch begrip is. Vanwege het toepassingsbereik definieert art. 2 lid 1 van de Richtlijn een ‘inbreukpleger’ dan ook als de onderneming of de ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd. Dat zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat, onder omstandigheden, de *parental liability* ook kan worden toegepast voor het (mede)aansprakelijk houden van moedermaatschappijen voor kartelschade.

De Nederlandse wetgever heeft deze definitie van een ‘inbreukpleger’ overgenomen in art. 6:193k onder (b) BW en daarmee deed het begrip ‘onderneming’ zijn intrede in het Nederlands civiele (proces)recht.¹³ De bepaling maakt

8 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska e.a.*).

9 Het onderscheid tussen de twee toerekeningsregels wordt voor het eerst heel duidelijk gemaakt in HvJ EU 8 juli 1999, ECLI:EU:C:1995:174 (*Anic Participazioni*), par. 145 en 146, maar daarbij wordt ook heel nadrukkelijk verwezen naar veel oudere rechtspraak: HvJ EU 16 december 1975, ECLI:EU:C:1975:174 (*Suiker Unie*), par. 80-84.

10 A-G Kokott in zijn conclusie voor HvJ EU 3 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:404.

11 Zie recent HvJ EU 27 april 2017 (*AkzoNobel*), ECLI:EU:C:2017:314, par. 56 en de daar aangehaalde rechtspraak.

12 CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBb:2019:120, r.o. 7.3.1-7.3.8 en de daar aangehaalde arresten van het Gerecht van 12 juli 2018, ECLI:EU:T:2018:445 (*Goldman Sachs*) en ECLI:EU:T:2018:452 (*Fujikura*).

13 Het begrip ‘onderneming’ komt ook voor in art. 6:193m lid 1 BW.

evenwel niet duidelijk van welke rechtspersonen (die tot één en dezelfde onderneming behoren) dan schade kan worden gevorderd.¹⁴ De Tweede Kamer vreesde dat het gebruik van de begrippen ‘onderneming’ en ‘ondernemersvereniging’ in het Burgerlijk Wetboek zou leiden tot een ruimere interpretatie van de toerekeningsleer onder het Nederlandse civiele recht dan op dat moment het geval was.¹⁵ De in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het Europese mededingingsrecht gewezen jurisprudentie opende immers de deur voor toerekening aan – bijvoorbeeld – moedermaatschappijen, terwijl een aandeelhouder naar Nederlands recht in beginsel niet aansprakelijk is voor schulden van haar dochtervennootschap,¹⁶ behalve in geval van vereenzelviging van rechtspersonen, doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen of aansprakelijkheid van een andere rechtspersoon als feitelijk beleidsbepaler.¹⁷ De wetgever lichte toe dat de authentieke interpretatie van de begrippen ‘onderneming’ en ‘ondernemersvereniging’ was voorbehouden aan het Hof van Justitie.¹⁸ Tijdens de parlementaire behandeling werd de minister gevraagd naar zijn visie op het ondernemingsbegrip. waarop hij als volgt antwoordde:

‘Het begrip “onderneming” dat in de richtlijn wordt gehanteerd dient voor zover het gaat om inbreuken als bedoeld in artikel 6:193k BW, in de context van het Europese mededingingsrecht te worden gezien. De interpretatie en het bepalen van de reikwijdte van dit Europese begrip is aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorbehouden. Dit laat het begrip “onderneming” in een andere – nationale – context onverlet. De interpretatie van dit ondernemingsbegrip is voorbehouden aan de nationale rechter.’¹⁹

De laatste zin is voor meerdere interpretaties vatbaar. Wellicht meende de minister dat nu de Richtlijn was omgezet en het begrip ‘onderneming’ in het Burgerlijk Wetboek stond, het de Nederlandse rechter vrij zou staan dit begrip naar nationaal recht te interpreteren en dus geen rekening zou hoeven te houden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, bijvoorbeeld op het gebied van het beginsel van de economische continuïteit.

Het antwoord van de minister was in lijn met de heersende opvatting in de literatuur en jurisprudentie. Zo werd de opvatting verdedigd dat het beginsel van economische continuïteit niet van toepassing was bij de vordering uit

hoofde van schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht. Gelet op de gehanteerde maatstaf voor toerekening²⁰ kon een moedermaatschappij (aandeelhouder) niet aansprakelijk zijn voor door haar dochtervennootschap berokkende schade.²¹

Ook de rechtspraak hield vast aan de bekende civielrechtelijke begrippen. Er is een aantal voorbeelden te vinden van partijen die beweerden schade te hebben geleden door een kartel en die (ook) de moedermaatschappij van de karteldeelner aansprakelijk probeerden te stellen voor hun schade, maar zonder succes vooralsnog.²² Zo overwoog de Rechtbank Midden-Nederland in een procedure naar aanleiding van het liftkartel dat het een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van elke lidstaat om regels vast te stellen ten aanzien van het recht om schadevergoeding te vorderen vanwege een inbreuk op het mededingingsrecht. De rechtbank paste hier terecht het beginsel van nationale procedurele autonomie toe, omdat er – vóór de Richtlijn – nog geen harmonisatie van procesrecht op Europees niveau was bewerkstelligd. Nadat de rechtbank had vastgesteld dat de moedermaatschappijen zelf niet aan het kartel hadden deelgenomen, overwoog zij als volgt:

‘In het Nederlandse recht is een vennootschap in beginsel niet aansprakelijk voor schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een andere vennootschap, ook niet wanneer die twee vennootschappen tot hetzelfde concern behoren. Slechts in uitzonderlijke situaties gaat dit uitgangspunt niet op [...]’²³

De eiser (een claimvehikel waaraan 144 partijen hun vordering hadden gecedeerd) stelde zich ook op het standpunt dat de moedermaatschappijen op grond van het Unierecht toch deel uitmaakten van dezelfde onderneming als de karteldeelners en daarom (mede)aansprakelijk waren. Ook dit standpunt verwierp de rechtbank, onder verwijzing naar het *Bolloré*-arrest van het Hof van Justitie.²⁴ De rechtbank overwoog als volgt.

‘Dit lijkt niet anders te kunnen worden verklaard dan dat in de ogen van het Hof van Justitie de vaststelling dat *Bolloré SA* zelf betrokken is geweest bij de inbreuk een doorslaggevende rol speelt in het antwoord op de vraag of *Bolloré*, naast haar dochtervennootschappen, civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor vergoeding van schade ten gevolge van de inbreuk. De vernietiging [van het arrest van *Gerecht in Eerste Aanleg*, auteurs] was immers

14 R.M.T.M. Jaspers & T.J. Binder, ‘Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving’, *M&M* 2019/3, p. 117.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 5.

16 Vergelijk art. 2:64 BW (nv) en art. 2:175 BW (bv).

17 S.C.J.J. Kortmann, ‘Toerekening van externe (rechts)handelingen aan de rechtspersoon’, in: *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, VdHI 114 (2012), B.J. Drijber, ‘Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving’, *Ondernemingsrecht* 2016/124, par. 5.2 en 5.3, en M.H.C. Sinnighe Damsté & B. Kemp, ‘Aansprakelijkheid van aandeelhouders: another view of the cathedral’, *Ondernemingsrecht* 2017/117.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3, p. 12.

19 *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 6, p. 2.

20 B.M. Katan, ‘Toerekening van kennis van groepsvennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2019/60, p. 59-66.

21 Vergelijk de in noot 18 aangehaalde artikelen, alsmede de door A-G Keus in zijn conclusie bij HR 21 december 2012, *NJ* 2013/155 (*ANVR/IATA*) aangehaalde literatuur (par. 3.12).

22 Bijvoorbeeld Rb. Limburg 16 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897 (*Deutsche Bahn c.s./Nedri c.s.*).

23 Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.8 (*East West Debt/Kone e.a.*).

24 HvJ EU 3 september 2009, ECLI:EU:C:2009:500 (*Bolloré S.A. e.a./Commissie*).

anders niet nodig geweest; de aansprakelijkheid van Bolloré SA op grond van haar hoedanigheid van moeder vennootschap stond immers al vast.²⁵

Wij vragen ons af of deze redenering juist is. In onze optiek ging het er in het Bolloré-arrest om dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar aankondigde de verweten inbreuk aan Bolloré toe te rekenen in haar capaciteit van enig aandeelhouder van de karteldeelneer. Uit die mededeling kon Bolloré dus niet opmaken dat de Commissie ook van plan was om de inbreuk aan haar toe te rekenen vanwege haar vermeende persoonlijke en rechtstreekse betrokkenheid bij het inbreukmakende gedrag. Dat rekende het Hof van Justitie de Commissie zwaar aan omdat de rechten van de verdediging in een procedure tot het opleggen van sancties te allen tijde geëerbiedigd moeten worden. Gelet op het belang van de mededeling van punten van bezwaar voor het vervolg van de procedure, moet die op ondubbelzinnige wijze de rechtspersoon vermelden aan wie de boete wordt opgelegd, alsmede haar hoedanigheid (te weten, als moedermaatschappij of vanwege eigen betrokkenheid bij het kartel).

Het Nederlandse procesrecht leek aldus geen ruimte te bieden voor *parental liability* in kartelschadezaken

Verder wijzen wij in dit kader op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in het kader van het door de Griekse mededingingsautoriteit vastgestelde uitsluitingsmisbruik van concurrerende brouwerijen op de Griekse biermarkt. Macedonian Thrace Brewery S.A. ('MTB') stelde Heineken en haar Griekse dochtervennootschap, Athenian Brewery S.A. ('AB') aansprakelijk voor haar schade als gevolg van een mede door AB gepleegde inbreuk op het mededingingsrecht. De Griekse mededingingsautoriteit had reeds expliciet geoordeeld dat moedermaatschappij Heineken niet (mede)verantwoordelijk was voor het handelen van haar dochtervennootschap. Vervolgens dagvaardde MTB zowel Heineken als AB voor de Rechtbank Amsterdam, waarbij MTB Heineken gebruikte als zogenaamde 'ankergedaagde' om bevoegdheid voor de Nederlandse rechter te creëren. Uit art. 8 lid 1 van de Brussel I bis Verordening volgt dat dat slechts mogelijk is indien tussen beide vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.²⁶ 'Onverenig-

bare beslissingen' moet in dit verband worden verstaan als tegenstrijdige beslissingen, en daarvan kan pas sprake zijn bij eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens.²⁷ Volgens AB was niet aan dit criterium voldaan en zij beriep zich dan ook op de onbevoegdheid van de Rechtbank Amsterdam. Die oordeelde dat zij weliswaar bevoegd was ten aanzien van het in Nederland gevestigde Heineken, maar dat van een eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens, geen sprake was:

'Naar Grieks recht is een vennootschap in beginsel niet aansprakelijk voor schade die wordt veroorzaakt door onrechtmatig handelen van een andere vennootschap, ook niet wanneer die twee vennootschappen tot hetzelfde concern behoren. Ook uit het Europese recht volgt niet dat een moedervennootschap op grond van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip civielrechtelijk verplicht is tot betaling van schadevergoeding zonder dat haar daadwerkelijke betrokkenheid bij een mededingingsrechtelijke inbreuk is vastgesteld.'²⁸

Vanwege deze reden kon MTB Heineken niet gebruiken als ankergedaagde en verklaarde de Rechtbank Amsterdam zich onbevoegd om van de vorderingen tegen AB kennis te nemen.

Een andere vermeldenswaardige uitspraak over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van groepsvennootschappen betreft die van Rechtbank Den Haag inzake het paraffinewaskartel. Een claimvehikel (CDC) beriep zich op het Unierecht als rechtstreekse grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van (onder meer) Shell. De Rechtbank Den Haag wees deze grondslag af,²⁹ onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *CDC/AkzoNobel*:

'Die beschikking [van de Commissie; auteurs] legt echter niet de voorwaarden vast voor hun eventuele – in voorkomend geval hoofdelijke – civiele aansprakelijkheid, die door het nationale recht van iedere lidstaat wordt bepaald.'³⁰

De Rechtbank Den Haag oordeelde dat de aansprakelijkheid in verband met de overtreding van de Unierechtelijke mededingingsregels, moest worden beoordeeld aan de hand van de toepasselijke rechtssystemen, met inachtneming van het doeltreffendheids- en effectiviteitsbeginsel.

De uitspraken die wij in deze paragraaf kort aanhalen zijn een logisch gevolg van het ontbreken van harmonisatie van procesrecht met betrekking tot het invoeren van Europees recht in nationale procedures. Het Nederlandse procesrecht leek aldus geen ruimte te bieden voor *parental liability* in kartelschadezaken.

25 Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.9 (*East West Debt/Kone e.a.*). Ook in hoger beroep vingen de gedupeerden bot, vergelijk het arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1060.

26 Verordening 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L351.

27 HvJ EU 13 juli 2006, zaak C-539/03 (*Roche Nederland/Primus*), par. 26.

28 Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203 (*MTB/Heineken en AB*), r.o. 4.12.

29 Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305 (*CDC/Shell e.a.*), par. 2.8

30 HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/AkzoNobel*), par. 21.

Het Skanska-arrest

Naar aanleiding van door de hoogste Finse rechter gestelde prejudiciële vragen kreeg het Hof van Justitie de kans duidelijkheid te scheppen over de grondslag van een vordering tot vergoeding van kartelschade en de doorwerking en reikwijdte van het begrip ‘onderneming’ in het civiele (proces)recht.

Vanwege mededingingsbeperkende gedragingen op de Finse asfaltmarkt tussen 1994 en 2002 legde de Finse mededingingsautoriteit in 2004 geldboetes op aan zeven vennootschappen. Deze boetes zijn uiteindelijk bevestigd door de hoogste Finse bestuursrechter in 2009, met toepassing van het criterium van de economische continuïteit. De vennootschappen die aan het kartel hadden deelgenomen bestonden (deels) niet meer vanwege een procedure van vrijwillige liquidatie. Het gevolg van deze procedure was de overdracht van de commerciële activiteiten aan de moedermaatschappijen en de ontbinding van de dochtervennootschappen. De stad Vantaa heeft vervolgens drie moedermaatschappijen in rechte betrokken en gesteld dat zij hoofdelijk aansprakelijk waren voor haar schade als gevolg van de verboden gedragingen. De moedervennootschappen verweerden zich onder meer met de stelling dat zij op grond van het Finse recht niet aansprakelijk waren voor schade veroorzaakt door haar juridisch zelfstandige dochtervennootschappen en dat de vordering tot schadevergoeding in het kader van de procedures tot vrijwillige liquidatie ingesteld had moeten worden.

In eerste aanleg oordeelde de Finse rechter dat het Finse aansprakelijkheidsrecht op basis waarvan alleen de inmiddels vrijwillig geliquideerde vennootschap aansprakelijk kon worden gehouden in strijd was met het door het Hof van Justitie geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel. De rechter in eerste aanleg paste daarbij het criterium van economische continuïteit toe in deze schadevergoedingsprocedure. In hoger beroep oordeelde de rechter dat er evenwel geen sprake was van strijd met het doeltreffendheidsbeginsel en paste hij het Finse civiele aansprakelijkheidsrecht toe. Nadat de stad Vantaa cassatie instelde, stelde de hoogste Finse rechter prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De belangrijkste vraag was – kort gezegd – of de vraag welke entiteiten aansprakelijk zijn voor vergoeding van de schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht, moet worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van art. 101 VWEU of aan de hand van nationale regels? Het laatste leek te volgen uit eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie³¹ en de Richtlijn, die overigens temporeel niet van toepassing was.³²

In zijn conclusie maakte A-G Wahl van de gelegenheid gebruik om de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de civielrechtelijke handhaving van

Europees mededingingsrecht aan een grondige analyse te onderwerpen.³³ Wahl liet in de conclusie blijken dat het zijn laatste conclusie zou zijn (inmiddels is hij tot rechter benoemd bij het Hof) en wellicht dat hij daarom de noodzaak voelde om afscheid te nemen met een conclusie die stof zou doen opwaaien. Hij zette uiteen dat het Hof van Justitie een onderscheid placht te maken tussen constitutieve voorwaarden van het recht om schadevergoeding te vorderen (zoals causaal verband) en (toepassing van de) regels voor de uitoefening van recht om schadevergoeding te vorderen.³⁴ Deze laatste categorie betreft regels die door de lidstaten moeten worden vastgesteld en die regels beoordeelde het Hof van Justitie telkens aan de hand van het beginsel van de nationale procedurele autonomie, begrensd door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. De constitutieve voorwaarden onderzocht het Hof van Justitie steeds onder verwijzing naar art. 101 en 102 VWEU. Wahl was van mening dat de bepaling wie aansprakelijk zijn voor de betaling van schadevergoeding wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, een constitutieve voorwaarde voor aansprakelijkheid was die door het Unierecht wordt beheerst. Hij schreef:

‘61. De bepaling wie aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schadevergoeding is geen kwestie betreffende bijzonderheden van de concrete toepassing van een vordering voor schadevergoeding of een regel betreffende de effectieve handhaving van het recht om schadevergoeding te eisen. De bepaling wie aansprakelijk zijn voor de betaling van schadevergoeding is onlosmakelijk verbonden met het recht een vergoeding te vorderen voor schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het EU-mededingingsrecht. Het bestaan van een recht om schadevergoeding te vorderen op basis van artikel 101 VWEU veronderstelt immers dat er sprake is van een wettelijke verplichting waarop inbreuk is gemaakt. Het veronderstelt eveneens dat er een persoon is die aansprakelijk is voor die inbreuk.

62. Die persoon kan worden afgeleid uit artikel 101 VWEU, een bepaling die van toepassing is op ondernemingen. De geadresseerden van het in artikel 101 VWEU vastgestelde verbod zijn immers ondernemingen, een concept dat het Hof flexibel heeft toegepast in het kader van publiekrechtelijke handhaving en het opleggen van geldboetes.’

Het Hof van Justitie volgde de redenering van Wahl en oordeelde dat het Unierecht rechtstreeks regelt welke entiteit gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op art. 101 VWEU geleden schade.³⁵

Door de Commissie was opgemerkt dat de Richtlijn meebrengt dat het aan iedere lidstaat is om te bepalen welke entiteiten de schade moeten vergoeden (met inachtneming

31 HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo c.s.*), par. 21.

32 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska e.a.*), par. 34. Op grond van art. 22 lid 2 van de Richtlijn kan de Richtlijn niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die voor 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt.

33 Conclusie van A-G Wahl d.d. 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:100 (*Skanska e.a.*).

34 Zoals de verjaringstermijnen, vergelijk HvJ EU 28 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco/Sport TV*), par. 42 e.v.

35 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska e.a.*), par. 28.

van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel). Het Hof van Justitie overwoog dat de betreffende bepaling uit de Richtlijn geen betrekking had op aanwijzing van de entiteiten die de schade moesten vergoeden, maar op de verdeling van de aansprakelijkheid tussen die entiteiten.³⁶ Wij onderschrijven dat oordeel. Art. 11 lid 1 van de Richtlijn luidt namelijk als volgt:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade: elk van deze ondernemingen is verplicht de schade volledig te vergoeden, en de benadeelde partij heeft het recht van elk van hen volledige vergoeding eisen totdat zij volledig is vergoed.’

Deze bepaling verplicht lidstaten ertoe om in de nationale wetgeving te zorgen voor hoofdelijke aansprakelijkheid van meerdere inbreukplegers/ondernemingen, maar bepaalt dus niet welke entiteit(en) behorend(e) tot een onderneming de geleden schade moeten vergoeden.³⁷

Vervolgens bracht het Hof van Justitie in herinnering dat indien de entiteit die inbreuk heeft gemaakt op de mededingingsregels niet langer bestaat vanwege een herstructurering, dat niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid, mits de nieuwe entiteit in economische opzicht identiek is aan de verdwenen entiteit.³⁸ In dat kader werd verwezen naar eerdere uitspraken van het Hof inzake *ETI e.a.*³⁹, *SNIA*⁴⁰ en *Parker-Hannifin*⁴¹. Het Hof van Justitie vervolgde dat het dan ook niet onvereenigbaar is met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid dat een vennootschap, die ten aanzien van de inbreuk makende vennootschap de hoedanigheid van overnemende vennootschap heeft, voor die inbreuk aansprakelijk wordt gehouden indien de overgenomen vennootschap niet langer bestaat. Hetzelfde geldt indien de betrokken onderneming is opgehouden te bestaan, doordat zij is opgegaan in die verkrijger, die als overnemende vennootschap de activa en passiva – daaronder begrepen de aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht – van die onderneming overneemt.⁴² Dat is noodzakelijk voor doeltreffende tenuitvoerlegging van de Europese mededingingsregels.⁴³

Eén van de gedaagden betoogde dat de hiervoor genoemde jurisprudentie was ontwikkeld in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en dus

niet van toepassing was bij civielrechtelijke handhaving. Met dat standpunt maakte het Hof korte metten. Het Hof overwoog dat het recht van eenieder om vergoeding te vorderen van de schade die hem is berokkend door een mededingingsregeling of gedraging die verboden is door art. 101 VWEU, de volle werking van dit artikel en met name het nuttige effect van het in lid 1 van dat artikel neergelegde verbod waarborgt.⁴⁴ Vordering tot vergoeding van schade wegens schending van het Europees mededingingsrecht maken ‘*integrerend deel*’ uit van het stelsel voor de handhaving van die regels, dat ertoe strekt mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden.⁴⁵ Volgens het Hof van Justitie zou afbreuk worden gedaan aan het doel en het nuttig effect van art. 101 VWEU indien ondernemingen die aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van mededingingsrechtelijke inbreuken, ‘*aan hun aansprakelijkheid konden ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureeringen, overdrachten dan wel andere juridische of organisatorische wijzigingen*’.⁴⁶

Het Hof van Justitie concludeerde dat aan het begrip ‘onderneming’ in de context van vorderingen ter vergoeding van schade, dezelfde betekenis toekomt als in de context van de oplegging van boetes.⁴⁷ Conform vaste rechtspraak heeft het Hof de vordering om de werking van zijn arrest in tijd te beperken, afgewezen.⁴⁸

Gevolgen voor de (Nederlandse) praktijk

Hoewel voor het Hof van Justitie zwaar weegt dat de moedervennootschappen de oorspronkelijke ondernemingen volledig voortzetten met een ‘*manoeuvre*’ om ogenschijnlijk aan aansprakelijkheid te ontkomen, is het dictum zo geformuleerd dat de uitspraak ook relevant kan zijn voor gevallen waarin de inbreukmakende vennootschappen niet zijn geliquideerd en ontbonden.⁴⁹ Het Hof van Justitie heeft in onze ogen dan ook een principiële uitspraak gewezen. Indien het Hof enkel omzeiling van het recht om (volledige) schadevergoeding te kunnen vorderen had willen voorkomen, dan had het Hof – net als in *Kone* – kunnen oordelen dat de litigieuze Finse bepaling wegens strijd met het doeltreffendheidsbeginsel buiten toepassing moest blijven.⁵⁰ Dat deed de Finse rechter in eerste aanleg ook. In plaats daarvan nam het Hof een deel van de procedurele autonomie af van de lidstaten⁵¹: niet het nationale recht, maar het

36 *Idem*, par. 34.

37 R.M.T.M. Jaspers & T.J. Binder, ‘Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving’, *M&M* 2019/3, p. 117.

38 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska e.a.*), par. 38.

39 HvJ EU 11 december 2007, ECLI:EU:C:2007:775 (*ETI e.a.*), par. 42.

40 HvJ EU 5 december 2013, ECLI:EU:C:2013:801 (*SNIA/Commissie*), par. 22.

41 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2456 (*Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin*), par. 40.

42 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska e.a.*), par. 39-40.

43 *Idem*, par. 40, alsmede HvJ EU 5 december 2013, ECLI:EU:C:2013:801 (*SNIA/Commissie*), par. 25.

44 *Idem*, par. 43.

45 *Idem*, par. 46, alsmede de conclusie van A-G Wahl d.d. 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:100 (*Skanska e.a.*), punt 80.

46 *Idem*, par. 46.

47 *Idem*, par. 47.

48 *Idem*, par. 53-59, onder verwijzing naar HvJ EU 22 september 2016, EU:C:2016:717 (*Microsoft Mobile Sales International e.a.*), par. 60 en 61 (met verdere verwijzingen).

49 B.J. Drijber, ‘Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade’, *Ondernemingsrecht* 2019/74, par. 3.

50 *Idem*, par. 4.

51 In gelijke zin S.A. van Dijk in zijn noot bij het *Skanska*-arrest (‘JOR’ 2019/151) punt 10.

Unierecht bepaalt welke entiteit of entiteiten aansprakelijk is/zijn voor de schade als gevolg van een mededingingsversturende gedraging. Vanwege het principiële karakter kunnen de mogelijke implicaties van het Skanska-arrest dan ook verstrekkend zijn.⁵²

Juridische fusie

Zo benoemt het Hof van Justitie in zijn arrest uitdrukkelijk de juridische fusie, waar de overnemende rechtspersoon het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon verkrijgt onder algemene titel.⁵³ Bij een juridische fusie kan de verkrijgende vennootschap dus civielrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor de schade als gevolg van een door de verdwijnende vennootschap gepleegde inbreuk op het Europese mededingingsrecht, omdat het nog altijd gaat om dezelfde onderneming.

Overdracht van aandelen en activa

Ook indien sprake is van een overdracht van aandelen of een overdracht van activa en passiva, en de overdragende vennootschap achterblijft als een lege huls, kan in onze optiek op basis van het Skanska-arrest worden verdedigd dat de overnemende (rechts)persoon (mede)aansprakelijk wordt voor de schade als gevolg van de door zijn nieuwe dochtervennootschap gepleegde inbreuk op het mededingingsrecht. In al die gevallen is immers beslissend of sprake is van dezelfde onderneming. Om welke rechtspersoon of rechtspersonen het gaat, doet eigenlijk niet ter zake. Hierover merkte Wahl het volgende op in zijn conclusie:

‘Zoals ik hierboven heb uitgelegd, vormen vorderingen ter vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels een integrerend onderdeel van de handhaving van het EU-mededingingsrecht, een systeem dat in zijn geheel genomen voornamelijk bedoeld is om onderneming ervan te weerhouden deel te nemen aan mededingingsversturende gedragingen. In dat systeem is aansprakelijkheid eerder aan activa verbonden dan aan een rechtspersoonlijkheid.’⁵⁴

Indien de overnemende entiteit identiek is aan de verdwenen entiteit, is namelijk geen sprake van een nieuwe onderneming. Ook indien de inbreukmakende vennootschap al haar activa en passiva heeft overgedragen maar in juridisch opzicht nog bestaat, kan sprake zijn van eenzelfde onderneming, met name wanneer het vermogen is overgedragen voor een symbolisch of laag bedrag en er dus een lege entiteit achterblijft, die geen economische activiteiten meer

ontplooit.⁵⁵ Een ruime opvatting van het begrip ‘onderneming’ (met toepassing van het beginsel van economische continuïteit) is gerechtvaardigd indien de inbreukmakende vennootschap en de overnemende vennootschap zelf economisch en organisatorisch zijn verenigd door structurele verbanden of sprake is van een manoeuvre om aan aansprakelijkheid te ontkomen.⁵⁶ Wordt geoordeeld dat de overnemende vennootschap niet tot dezelfde onderneming behoort, dan kunnen de kartelslachtoffers niet met succes vergoeding van de als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht geleden schade vorderen en blijven zij dus met lege handen achter. In het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is een dergelijk gevolg onaanvaardbaar. Ondernemingen mogen immers niet aan hun aansprakelijkheid kunnen ontsnappen door – kort gezegd – juridische of organisatorische wijzigingen.⁵⁷

In dat systeem is aansprakelijkheid eerder aan activa verbonden dan aan een rechtspersoonlijkheid

Indien een derde partij, zonder banden met de onderneming of de vennootschappen die tot de onderneming behoren, de activa en passiva van een inbreuk makende vennootschap overneemt tegen marktconforme voorwaarden, zal die derde niet ook de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor in het verleden begane mededingingsinbreuken overnemen. Van identieke entiteiten of eenzelfde onderneming is immers geen sprake. Uit de woordkeuze van het Hof van Justitie volgt wat ons betreft ook dat indien een derde enkele activa overneemt, evenmin sprake kan zijn van (mede)aansprakelijkheid, hoewel de oudere concentratietoezichtpraktijk van de ACM ons leert dat delen van ondernemingen al snel als afzonderlijke onderneming kunnen worden beschouwd (bijvoorbeeld overnames van klantenbestanden, verzekeringsportefeuilles, of huurcontracten voor supermarktlocaties).⁵⁸

Doorstart na faillissement

Wij vragen ons af of bij een doorstart na een faillissement sprake kan zijn dat de gefailleerde vennootschap (die de inbreuk maakte) en de doorstarter, tot dezelfde onderneming in mededingingsrechtelijke zin behoren, maar uitgesloten is dat niet. Jurisprudentie hierover ontbreekt namelijk. Indien een derde, zonder banden met de gefailleerde onderneming/vennootschap, na een faillissement de activiteiten doorstart, kan in onze optiek niet snel van dezelfde ‘onderneming’ worden gesproken, zelfs niet indien nagevoeg alle activa worden overgenomen. Wordt doorgestart

52 R.M.T.M. Jaspers & T.J. Binder, ‘Van een kikker kan men geen veren plukken – het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip in het kader van de civielrechtelijke handhaving’, *M&M* 2019/3, p. 116. Zie ook B.M. Katan, ‘Toerekening van kennis van groepsvennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2019/60, die het een ‘baanbrekend arrest’ noemt in het licht van de vigerende toerekeningsleer (par. 5).

53 Vergelijk voor de juridische fusie naar Nederlands recht art. 2:309 BW.

54 Conclusie A-G Wahl van 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:100 (*Skanska e.a.*), par. 80.

55 Vergelijk Het Gerecht 6 december 2018, ECLI:EU:T:2018:885 (*Coveris Rigid France/Commissie*), par. 39.

56 HvJ EU 11 december 2007, ECLI:EU:C:2007:775 (*ETI e.a.*), par. 49, 82 en 83.

57 HvJ EU 5 december 2013, ECLI:EU:C:2013:801 (*SNIA/Commissie*), par. 24.

58 Respectievelijk Besluit ACM 13 mei 1998 in zaaknr. 716 (*Schouten Products/Theeuwes*), Besluit ACM 29 juni 2004 in zaaknr. 4048 (*Interpolis/Careon*) en Besluit ACM 3 april 2002 in zaaknr. 2818 (*Laurus/Lidl*).

door de aandeelhouder(s), dan loopt de doorstarter het risico dat zij ook de verplichting tot het vergoeden van de schade mee overneemt met de activa.

Parental liability

Hoewel het Skanska-arrest niet over *parental liability* gaat, kan uit het arrest in onze optiek worden afgeleid dat dit leerstuk ook van toepassing is bij civielrechtelijke schadevorderingen. Wij menen dat dit volgt uit paragraaf 47 van het arrest: het begrip ‘onderneming’ in de zin van art. 101 VWEU is een autonoom, Unierechtelijk begrip dat in de context van de oplegging van boetes door de Commissie (publiekrechtelijke handhaving) geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Unie (civielrechtelijke handhaving).⁵⁹ Hoewel het Hof van Justitie dit arrest wijst in een geval waar de vrijwillige liquidatie alleen leek te zijn ingegeven om aan sancties te ontsnappen, bevat het arrest geen aanwijzingen dat het begrip ‘onderneming’ alleen autonoom moet worden uitgelegd indien sprake is van een duidelijke misbruikcasus. Wat ons betreft heeft het oordeel van het Hof een veel principiële karakter. Het gevolg daarvan is dat ook investeringsmaatschappijen civielrechtelijk aansprakelijk worden gehouden in hun hoedanigheid van aandeelhouder, simpelweg omdat zij beho(o)r(d)en tot dezelfde onderneming.⁶⁰

Het Skanska-arrest zal in onze optiek dan ook zorgen voor een toename van follow-on litigation over kartelschade jegens kopers van aandelen en activa

De grenzen van het begrip ‘onderneming’ in civielrechtelijke procedures

Met Drijber zijn wij van mening dat een vordering tot schadevergoeding niet kan worden ingesteld tegen een zuster- of dochtervennootschap van de inbreukpleger, ook al beho-

ren zij tot dezelfde ‘onderneming’. De Commissie kan een kartelboete immers ook niet toerekenen aan een zuster- of dochtervennootschap en de kern van het Skanska-arrest nu juist ligt in de gelijkschakeling van het publieke en het private handhavingstraject. Indien het begrip ‘onderneming’ in civielrechtelijke procedures zo ver mag worden opgerekt, dan ligt het gevaar van *forumshopping* op de loer.⁶¹

Conclusie

Gelet op de mogelijke implicaties van het Skanska-arrest doet een koper in een fusie of overname er dus verstandig aan haar *due diligence* op het gebied van mededingingsrecht nog grondiger te verrichten dan voorheen. Uiteraard worden er al de nodige garanties en adequate voorzieningen getroffen om bestuursrechtelijke en civielrechtelijke verantwoordelijkheid voor boetes, weg te schrijven c.q. bij de verkoper te leggen (bijvoorbeeld door een deel van de koopsom op een geblokkeerde rekening te zetten). Doordat het Hof van Justitie het begrip ‘onderneming’ en daarmee de leer van de economische continuïteit definitief heeft geïntroduceerd in het civiele (proces)recht, worden de mogelijkheden voor benadeelden om vergoeding van kartelschade te krijgen, uitgebreid. Het Skanska-arrest zal in onze optiek dan ook zorgen voor een toename van *follow-on litigation* over kartelschade jegens kopers van aandelen en activa en jegens moedermaatschappijen. Waarschijnlijk zal het Hof van Justitie zich op korte termijn weer moeten buigen over de (door)werking van mededingingsrechtelijke beginselen in het civiele (proces)praktijk. Wordt dus ongetwijfeld vervolgd.

Over de auteurs

Mr. M. (Mark) Goorts

Advocaat bij Taylor Wessing N.V. te Eindhoven.

Mr. B. (Bram) Nijhof

Advocaat bij Taylor Wessing N.V. te Eindhoven.

59 B.J. Drijber, ‘Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade’, *Ondernemingsrecht* 2019/74, par. 6.

60 Vergelijk HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:601 (*DuPont/Commissie*) en HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:605 (*Dow Chemical/Commissie*) en HvJ EU 26 november 2013, ECLI:EU:C:2013:771 (*Kendrion/Commissie*).

61 B.J. Drijber, ‘Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade’, *Ondernemingsrecht* 2019/74, par. 7.