

# Aspecten van civiele aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht

De stand van zaken na Skanska, Cogeco, Otis en Sumal

*Mr. drs. T.S. Hoyer\**

## 1 Inleiding

Sinds het arrest *Courage/Crehan* uit 2001 is het vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat aan de volle werking van het Europees mededingingsrecht zou worden afgedaan indien het niet voor eenieder mogelijk zou zijn om vergoeding van de schade te vorderen die hem is berokkend door een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.<sup>1</sup> Het nationale recht van de lidstaten moet daarom eenieder het recht verlenen om vergoeding van de schade te vorderen wanneer er een causaal verband bestaat tussen de schade en een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.<sup>2</sup> Hoewel het recht op schadevergoeding zijn oorsprong in het Unierecht heeft, wordt de schadevordering zelf dus beheerst door het nationale recht van de lidstaten.

Het HvJ EU heeft de laatste tien jaar laten zien het nationale recht allesbehalve marginaal te toetsen. Dat geldt in het bijzonder voor de arresten *Skanska*, *Cogeco*, *Otis* en *Sumal*, waarmee het HvJ EU de ontwikkeling van het recht op schadevergoeding in een stroomversnelling heeft gebracht. Waar er voorheen (met de arresten *Courage/Crehan* en *Manfredi*) sprake was van enkel een raamwerk, liggen er nu uitgebreid gemotiveerde arresten waarin het HvJ EU er niet voor terugdeinst nationaal recht volledig aan de kant te schuiven. Alles met het doel om de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht te vereenvoudigen.

Dat doel ligt ook ten grondslag aan Richtlijn 2014/14/EU betreffende regels voor schadevorderingen wegens inbreuken op

het Europees mededingingsrecht (hierna: de Schaderichtlijn), als gevolg waarvan het nationale aansprakelijkheidsrecht van de lidstaten inmiddels enigszins is geharmoniseerd. De werkingssfeer van de Schaderichtlijn is echter temporeel begrensd en de omzettingwetgeving is om die reden in veel van de op dit moment lopende civiele procedures wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht niet (direct) van toepassing,<sup>3</sup> met dien verstande dat de Hoge Raad heeft bepaald dat het wenselijk is het Nederlandse recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de Schaderichtlijn.<sup>4</sup>

In dit overzichtsartikel ga ik aan de hand van de hiervoor genoemde arresten *Skanska*, *Cogeco*, *Otis* en *Sumal* in op de invulling die het HvJ EU heeft gegeven aan enkele aspecten van de civiele aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Achtereenvolgens behandel ik de aansprakelijke partij (par. 2), het causaal verband (par. 3) en verjaring (par. 4). Daarbij betrek en becommentarieer ik ook enkele uitspraken van Nederlandse feitenrechters waarin deze aspecten centraal stonden.

## 2 De aansprakelijke partij

### 2.1 Het begrip onderneming

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat het Europees mededingingsrecht ziet op de activiteiten van *ondernemingen*.<sup>5</sup> Art. 101 en 102 Verdrag betreffende de werking van de

\* Mr. drs. T.S. Hoyer is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag. De auteur is in die hoedanigheid betrokken bij enkele in dit artikel aangehaalde procedures.

1 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punt 26. Zie voor art. 101 VWEU laatst: HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 33, en voor art. 102 VWEU: HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punt 39.

2 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punten 23 en 26.

3 De reikwijdte van het verbod op terugwerkende kracht dat is opgenomen in art. 22 Schaderichtlijn is overigens onderwerp van een prejudiciële procedure bij het HvJ EU, waarin A-G Rantos onlangs heeft geconcludeerd: concl. A-G Rantos van 28 oktober 2021, C-267/20, ECLI:EU:C:2021:884 (*Volvo/DM*).

4 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*), r.o. 4.3.4. Zie over dit arrest J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, *TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht*, *MvV* 2016, afl. 10, p. 262-269.

5 HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289 (*Eni/Commissie*), punt 38; HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, ECLI:EU:C:2014:2456 (*Commissie/Parker Hannifin*), punt 39; HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 30.

Europese Unie (VWEU) richten zich daarom tot ondernemingen, en niet tot (bijvoorbeeld) rechtspersonen of vennootschappen.<sup>6</sup> Het is eveneens vaste jurisprudentie dat het begrip onderneming zich uitstrekt tot elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en dat onder het begrip onderneming een *economische eenheid* moet worden verstaan, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.<sup>7</sup>

Met deze economische benadering abstraheert het Europees mededingingsrecht van eventuele juridische schotten die een onderneming bij zichzelf heeft aangebracht. Bijvoorbeeld indien een onderneming gekozen heeft voor een juridische structuur bestaande uit een holding en separate werkmaatschappijen, al dan niet met tussenholdings. Het Europees mededingingsrecht beschouwt het geheel in dat geval als één (onderneming).

Tot voor kort heeft (ook) in de Nederlandse literatuur en lagere jurisprudentie de gedachte bestaan dat deze economische benadering van het Europees mededingingsrecht alleen zou gelden in het kader van de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten. De vraag wie gehouden is de schade te vergoeden wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht zou (enkel) worden geregeld door het toepasselijke nationale recht van de lidstaten.<sup>8</sup> Zo zou een moedermaatschappij civielrechtelijk alleen aansprakelijk zijn voor een gedraging van haar dochtermaatschappij indien het toepasselijke nationale recht in een dergelijke doorbraak van aansprakelijkheid zou voorzien (en aan de voorwaarden voor een dergelijke doorbraak zou zijn voldaan).

### 2.2 Skanska

Met het arrest Skanska heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat die opvatting onjuist is.<sup>9</sup> Skanska komt voort uit een civiele procedure naar aanleiding van het Finse asfaltkartel. De hoogste Finse bestuursrechter had ter zake (onder meer) Skanska beboet, niet alleen wegens haar eigen feitelijke gedragingen, maar ook wegens de feitelijke gedragingen van Sata-Asfaltti. Laatstgenoemde entiteit was ten tijde van de boeteoplegging inmiddels (allang) ontbonden, nadat zij haar commerciële activiteiten aan Skanska had overgedragen.

De Finse bestuursrechter paste daartoe het door het HvJ EU ontwikkelde beginsel van economische continuïteit toe. Dit beginsel komt erop neer dat een juridische of organisatorische wijziging van een entiteit niet tot gevolg heeft dat sprake is van een nieuwe of andere onderneming in de zin van art. 101 en 102 VWEU, indien de opvolgende en voorgaande entiteiten in economisch opzicht identiek zijn.<sup>10</sup> De Finse civiele rechter vroeg zich af of dit (in het kader van de publieke handhaving ontwikkelde) beginsel ook van toepassing is in een civiele procedure. Met andere woorden: moest de vraag of Skanska civielrechtelijk aansprakelijk is voor de gedragingen van Sata-Asfaltti worden beantwoord aan de hand van het Unierecht, of was dat (enkel) een kwestie van nationaal Fins recht? De Finse rechter besloot zich te wenden tot het HvJ EU.

In navolging van de conclusie van A-G Wahl<sup>11</sup> oordeelde het HvJ EU in Skanska dat de kwestie van de aanwijzing van de entiteit die gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op art. 101 VWEU veroorzaakte schade, rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht.<sup>12</sup> Het is de onderneming die de inbreuk pleegt, en het is die onderneming die is gehouden tot vergoeding van de door de inbreuk geleden schade.<sup>13</sup> Daarbij verduidelijkte het HvJ EU dat alle jurisprudentie over het ondernemingsbegrip die is ontwikkeld naar aanleiding van de publiekrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht door de Commissie, ook van toepassing is in het geval van schadevergoedingsvorderingen wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.<sup>14</sup>

Het arrest Skanska heeft zodoende bevestigd dat de kring van entiteiten die (ook civielrechtelijk) aansprakelijk zijn voor een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, volledig wordt geregeld door het Unierecht. Het VWEU gebruikt het begrip *onderneming* om de pleger van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht aan te duiden, en Skanska maakt duidelijk dat diezelfde *onderneming* gehouden is de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden.

### 2.3 Bredere toepassing van Skanska

In de kwestie die heeft geleid tot het arrest Skanska ging het zoals gezegd om toepassing van het door het HvJ EU ontwikkelde beginsel van economische continuïteit. De jurisprudentie van het HvJ EU over het ondernemingsbegrip ziet echter niet alleen op de vraag wanneer rechtsopvolger en rechtsvoorganger behoren tot dezelfde onderneming c.q. dezelfde onderneming zijn. Veel vaker gaat het om de vraag of een moedermaatschappij en dochtermaatschappij tot dezelfde onderne-

6 HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522 (Schindler Holding e.a./Commissie), punt 102; HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 39. Ten overvloede: hetzelfde geldt voor art. 6 en 24 Mw.

7 HvJ EU 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser), punt 21; HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 54; HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), punt 36.

8 Zie bijv., en met verwijzingen naar deze lagere jurisprudentie: H.M. Cornelissen, L.N.M. van Uden & E.M. Hoogervorst, Parental liability, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), Kartelschade (Onderneming en Recht, nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 58-62.

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

10 HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, ECLI:EU:C:2014:2456 (Commissie/Parker Hannifin), punt 40.

11 Concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska).

12 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), punt 28.

13 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), punten 29-31.

14 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), punten 41-47.

ming behoren. De Europese Commissie legt in dat geval immers zeer frequent boetes op aan een moedermaatschappij voor de (feitelijke) inbreukmakende gedragingen van een of meer dochtermaatschappijen.

Het is in dat kader vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat inbreukmakende gedragingen van een dochtermaatschappij kunnen worden toegerekend aan de moedermaatschappij (opwaartse toerekening) indien de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt (maar onder de beslissende invloed van de moedermaatschappij staat), gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen, *omdat zij in dat geval één onderneming vormen*.<sup>15</sup> Doorslaggevend is dus of de betreffende entiteiten tot dezelfde onderneming behoren, hetgeen het geval is indien de dochtermaatschappij onder de beslissende invloed staat van de moedermaatschappij.

Uit het arrest Akzo uit 2009 volgt daarnaast dat in het bijzondere geval dat een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochtermaatschappij, er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de dochtermaatschappij onder de beslissende invloed staat van haar moedermaatschappij, welk vermoeden kan worden weerlegd door te bewijzen dat de dochtermaatschappij zich (wel) autonoom op de markt gedraagt.<sup>16</sup> In latere arresten heeft het HvJ EU (verder) verduidelijkt dat dit bewijsvermoeden ook geldt indien een moedermaatschappij ‘nagenoeg’ 100% van het kapitaal bezit van haar dochtermaatschappij, indien zij dat kapitaal houdt via een tussenliggende vennootschap,<sup>17</sup> of indien de moedermaatschappij alle stemrechten kan uitoefenen die verbonden zijn aan de aandelen in haar dochtermaatschappij.<sup>18</sup>

In de beroepsprocedure voor het arrest Akzo uit 2009 betoogde de moedermaatschappij dat haar aansprakelijkheid voor de inbreukmakende gedragingen van haar dochtermaatschappijen neer zou komen op een risicoaansprakelijkheid, hetgeen in strijd zou zijn met het Unierechtelijke beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid.<sup>19</sup> Dat is volgens het HvJ EU niet het geval. Het Europees mededingingsrecht berust op het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid van de *onderneming* die de inbreuk heeft gepleegd. Als de moedermaatschappij deel uitmaakt van die onderneming, is zij ‘samen met de andere rechtspersonen die deze eenheid vormen’ hoofdelijk aanspra-

kelijk voor die inbreuk, aldus het HvJ EU.<sup>20</sup> Het HvJ EU heeft dit nog eens bevestigd in het arrest Akzo uit 2017.<sup>21</sup>

Het is deze redenering van het HvJ EU die laat zien hoe de economische benadering van het Europees mededingingsrecht werkt. De aansprakelijkheid van ‘de andere rechtspersonen die deze eenheid vormen’ volgt niet uit een vorm van betrokkenheid bij of schuld aan de inbreukmakende gedragingen, maar uit het feit dat die andere entiteiten, tezamen met de entiteit die de inbreukmakende gedragingen heeft gepleegd, voor de doeleinden van het Europees mededingingsrecht geacht worden één (onderneming) te zijn. Met als gevolg dat *ieder* van die entiteiten verantwoordelijk en aansprakelijk is voor elkaars inbreukmakende gedragingen.

Een sportvergelijking ter verdere verduidelijking: weten elf veldspelers meer doelpunten te maken dan de veldspelers van de tegenstander (de feitelijke gedraging), dan wint daarmee het team (de eenheid), en daarmee winnen alle personen die tot dat team behoren. Daarbij maakt het geen verschil of de betreffende persoon heeft gescoord. Sterker, het maakt zelfs geen verschil of de betreffende persoon heeft meegedaan aan de wedstrijd; denk aan de bankzitters, de coach en de leden van de medische staf. Voor de vraag of een persoon wint, is niet van belang of hij of zij heeft bijgedragen aan de totstandkoming van de doelpunten, maar is enkel relevant en daarmee doorslaggevend of deze persoon tot het winnende team behoort.

Hoewel de Akzo-arresten zijn geweest in het kader van opwaartse toerekening, volgt uit de hiervoor geschetste onderliggende redenering dat de (hiërarchische) plaats in de groep van de entiteit die de inbreukmakende gedragingen pleegt, dan wel van de entiteit waaraan die gedragingen worden toegerekend, irrelevant is. Inbreukmakende gedragingen van een moedermaatschappij kunnen dus ook worden toegerekend aan een dochtermaatschappij die behoort tot dezelfde onderneming (neerwaartse toerekening),<sup>22</sup> en inbreukmakende gedragingen van een zustermaatschappij kunnen ook toegerekend worden aan een andere zustermaatschappij die behoort tot dezelfde onderneming (zijwaartse toerekening).<sup>23</sup>

15 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punten 58-59; HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289 (Eni/Commissie), punt 46.

16 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punten 60-61; HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289 (Eni/Commissie), punt 47.

17 HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289 (Eni/Commissie), punten 47-48; HvJ EU 5 maart 2015, C-93/13 P en C-123/13 P, ECLI:EU:C:2015:150 (Commissie/Versalis/Eni), punten 43-44.

18 HvJ EU 27 januari 2021, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 (Goldman Sachs/Commissie), punt 35.

19 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 69.

20 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 77. Hiermee volgde het HvJ EU A-G Kokott: concl. A-G Kokott van 23 april 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 77.

21 HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314 (Akzo/Commissie), punt 57. Zie ook H.M. Cornelissen e.a., Aansprakelijkheid voor kartelschade: zijn dochterentiteiten het kind van de (toe)rekening?, *Ondernemingsrecht* 2021/109, par. 3.2.

22 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165 (Alstom c.s./TenneT), r.o. 2.8 e.v.

23 Zie ook R. Meijer, *Concernaansprakelijkheid bij inbreuken op het EU-mededingingsrecht: Skanska in actie*, *M&M* 2020, afl. 3, p. 118-124; S. Tuinenga & M.A. Meijssen, *Kroniek civiele rechtspraak* 2019, *M&M* 2020, afl. 2, p. 43-52. Anders bijv. B.J. Drijber, *Unierecht bepaalt welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor kartelschade*, *Ondernemingsrecht* 2019/74, par. 7.

#### 2.4 Bevestiging in Sumal

In het arrest Sumal heeft het HvJ EU de hiervoor beschreven bredere toepassing van Skanska in combinatie met Akzo bevestigd, door met zoveel woorden te oordelen dat iedere entiteit die behoort tot de onderneming die inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht, daarvoor (ook civielrechtelijk) aansprakelijk is.<sup>24</sup> Daarnaast heeft het HvJ EU in Sumal overwogen dat in het geval van neerwaartse toerekening rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat een moedermaatschappij deel uitmaakt van meerdere ondernemingen, in welk geval een dochtermaatschappij niet noodzakelijkerwijs behoort tot de onderneming *die de inbreuk heeft gepleegd*.

Het arrest Sumal komt voort uit een civiele procedure naar aanleiding van het vrachtwagenkartel, waarvoor de Europese Commissie (onder meer) de Duitse rechtspersoon Daimler AG heeft beboet. De Spaanse benadeelde Sumal stelde vervolgens enkel een schadevordering in tegen een Spaanse dochter van Daimler, waarvan Sumal vrachtwagens had gekocht. De Spaanse verwijzende rechter vroeg zich af of (in lijn met Akzo) een dochtermaatschappij civielrechtelijk aansprakelijk is voor inbreukmakende gedragingen van een moedermaatschappij indien zij behoren tot eenzelfde onderneming, en besloot ter zake prejudiciële vragen te stellen.

In zijn arrest begint het HvJ EU met een herhaling van eerdere jurisprudentie over het recht op schadevergoeding en het feit dat het Europees mededingingsrecht ziet op de activiteiten van ondernemingen. Vervolgens stelt het HvJ EU voorop dat indien ten minste één entiteit die behoort tot een zekere onderneming (economische entiteit) inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht, in dat geval de onderneming wordt aangemerkt als inbreukmaker, en iedere entiteit die tot die onderneming behoort voor die inbreuk aansprakelijk is.<sup>25</sup> Daarna gaat het HvJ EU in op de arresten Akzo, waar het (zoals ik hiervoor al beschreef) ging om opwaartse toerekening. Uit deze arresten volgt, aldus het HvJ EU, dat het ondernemingsbegrip ‘automatisch’ leidt tot de aansprakelijkheid van iedere entiteit waaruit een onderneming ten tijde van het plegen van de inbreuk bestaat.<sup>26</sup>

In het geval van Sumal, waar het gaat om neerwaartse toerekening, kan volgens het HvJ EU wel sprake zijn van een bijzondere situatie. Het is immers, aldus het HvJ EU, mogelijk dat een groep rechtspersonen (zoals een conglomeraat) meerdere economische activiteiten uitoefent die volledig los van elkaar staan (‘having no connection between them’). In dat geval kan een moedermaatschappij deel uitmaken van meerdere ondernemingen (economische entiteiten) die bestaan uit verschillende (groepen van) entiteiten, in welk geval inbreukmakende gedragingen van de moedermaatschappij niet ‘automatisch’

toegerekend kunnen worden aan iedere dochtermaatschappij. Anders zou een dochtermaatschappij aansprakelijk kunnen worden gehouden voor een inbreukmakende gedraging die op geen enkele wijze verbonden is (‘entirely unconnected’) met de economische activiteit die zijzelf uitoefent.<sup>27</sup>

Met deze overwegingen benadrukt het HvJ EU dat voor aansprakelijkheid is vereist dat de betreffende dochtermaatschappij behoort tot de onderneming *die de inbreuk heeft gepleegd*. Stel dat een moedermaatschappij aan het hoofd staat van een groep die zich bezighoudt met economische activiteiten A en B, en aldus deel uitmaakt van onderneming A en onderneming B. Pleegt onderneming A een inbreuk, dan is voor de (mede)aansprakelijkheid van een dochtermaatschappij vereist dat zij eveneens behoort tot onderneming A. Behoort de dochtermaatschappij daarentegen (enkel) tot onderneming B, dan maakt zij weliswaar deel uit van eenzelfde onderneming als de moedermaatschappij, maar niet van de onderneming *die de inbreuk heeft gepleegd*. Deze situatie kan zich uiteraard ook voordoen in geval van zijwaartse toerekening.

Om aan te tonen dat een dochtermaatschappij (dan wel zustermaatschappij) behoort tot de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd, moet de benadeelde volgens het HvJ EU aantonen dat er een specifieke band bestaat tussen de economische activiteit van de dochtermaatschappij (dan wel zustermaatschappij) en het onderwerp van de inbreuk.<sup>28</sup> Die specifieke band zou volgens het HvJ EU in het geval van Sumal bijvoorbeeld kunnen blijken uit het feit dat de Spaanse dochter van Daimler eveneens vrachtwagens verkoopt.

Hoewel ik de redenering van het HvJ EU dogmatisch begrijp, betwijfel ik of het in de praktijk vaak voorkomt dat een groep rechtspersonen daadwerkelijk meerdere economische activiteiten uitvoert die volledig los van elkaar staan – in de woorden van het HvJ EU: ‘having no connection between them’ en ‘entirely unconnected’.<sup>29</sup> Gelet op deze formulering is daarvoor in elk geval méér nodig dan (bijvoorbeeld) de verkoop van verschillende soorten producten. In zoverre lijkt het door het HvJ EU gesignaleerde ‘risico’ – dat een entiteit aansprakelijk wordt gehouden voor een inbreukmakende gedraging die geheel losstaat van de economische activiteit die zijzelf uitoefent – toch vooral theoretisch.

Indien binnen een groep rechtspersonen geen meerdere, volledig opzichzelfstaande economische activiteiten te identificeren zijn – en dat zal mijns inziens dus eerder regel dan uitzondering zijn –, voegt het expliciet vereisen van een specifieke band niets toe. Die band zal dan immers per definitie bestaan. Datzelfde is het geval indien een groep weliswaar meerdere,

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

25 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 42.

26 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 43-44.

27 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 45 en 47.

28 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 51-52.

29 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 45 en 47.

volledig opzichzelfstaande economische activiteiten uitoefent, maar haar vennootschapsrechtelijke structuur daar niet op ingericht heeft door de economische activiteiten onder te brengen in verschillende (groepen van) entiteiten. In al die gevallen zal neerwaartse toerekening dan ook mogelijk zijn op de enkele grond dat de dochtermaatschappij onder de beslissende invloed staat van de moedermaatschappij conform de Akzo-jurisprudentie. En voor zijwaartse toerekening dat beide zustermaatschappijen onder de beslissende invloed staan van dezelfde moedermaatschappij. Dit omdat het in dat geval niet anders kan dan dat zij behoren tot de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd.

### 2.5 Rechtbank Amsterdam: stroomkabelkartel

Op deze plek wil ik nog enkele woorden wijden aan het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 25 november 2020 in een civiele procedure die voortkomt uit het door de Europese Commissie vastgestelde stroomkabelkartel.<sup>30</sup> Eisers in die procedure waren enkele benadeelden gevestigd in de Golfstaten, die niet alleen schadevorderingen hadden ingesteld tegen de beboete niet-Nederlandse entiteiten uit de Prysmian Groep, ABB Groep en Nexans Groep, maar ook tegen verschillende Nederlandse, maar niet-beboete werkmaatschappijen uit die groepen.

De niet-Nederlandse gedaagden wierpen een bevoegdheidsincident op waarin zij betoogden dat de Nederlandse gedaagden in dit geval niet konden fungeren als ankergedaagden.<sup>31</sup> De rechtbank ging daarin mee, met een redenering die erop neerkomt dat de schadevorderingen van de benadeelden op de Nederlandse gedaagden geen kans van slagen hadden. De rechtbank verwierp daarbij onder meer de stelling van de benadeelden dat de gedaagde Nederlandse entiteiten (mede) aansprakelijk zijn omdat zij behoren tot dezelfde ondernemingen als de beboete niet-Nederlandse entiteiten. Uit (onder meer) het arrest Akzo meende de rechtbank af te leiden dat voor (mede) aansprakelijkheid van een groepsentiteit noodzakelijk is dat deze beslissende invloed uitoefent op een beboete entiteit.<sup>32</sup>

Met deze redenering heeft de rechtbank de economische benadering van het Europees mededingingsrecht miskend, en meer in het bijzonder dat het HvJ EU in het arrest Akzo heeft overwogen dat een moedermaatschappij aansprakelijk is voor inbreukmakende gedragingen van haar dochtermaatschappij, indien de dochtermaatschappij onder de beslissende invloed staat van de moedermaatschappij, *omdat zij in dat geval één onderneming vormen*.<sup>33</sup> Met andere woorden: het enige en doorslaggevende criterium voor aansprakelijkheid is of de twee

entiteiten behoren tot de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. Voor zover hierover al onduidelijkheid zou hebben bestaan, dan is die met het arrest Sumal definitief weggenomen.

Omdat het in deze procedure gaat om neerwaartse dan wel zijwaartse toerekening, dient voor de aansprakelijkheid van de Nederlandse gedaagden nog wel te worden nagegaan of de Prysmian Groep, ABB Groep en Nexans Groep zich mogelijk bezighouden met meerdere, volledig opzichzelfstaande economische activiteiten. In dat geval behoren de Nederlandse entiteiten immers niet *ipso facto* tot de onderneming *die de inbreuk heeft gepleegd* en zal toerekening enkel mogelijk zijn indien er sprake is van een specifieke band als bedoeld in Sumal (ervan uitgaande dat de Nederlandse entiteiten onder de beslissende invloed staan van de (beboete) moedermaatschappijen). Dat hoeft overigens (ook volgens het gerechtshof Amsterdam) allemaal niet uitputtend vast te komen staan in het bevoegdheidsincident.<sup>34</sup> Bovendien is het voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de niet-Nederlandse gedaagden voldoende indien (ten minste) één van de gedaagde Nederlandse entiteiten kan fungeren als ankergedaagde.

## 3 Causaal verband

Sinds het arrest Manfredi gebruikt het HvJ EU de slagzin dat eenieder het recht heeft om vergoeding van de geleden schade te vorderen wanneer er een *causaal verband* bestaat tussen die schade en een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.<sup>35</sup> Het vereiste van causaal verband heeft daarna in de arresten Kone en Otis centraal gestaan, die ik in deze paragraaf zal behandelen.

### 3.1 Kone

Het arrest Kone komt voort uit een civiele procedure naar aanleiding van het door de Europese Commissie vastgestelde liftenkartel.<sup>36</sup> Een benadeelde vorderde schadevergoeding in verband met liften die zij had afgenomen van concurrenten die niet aan het kartel hadden deelgenomen, maar in het kielzog van het kartel wel hun prijzen hadden aangepast (zogenaamde *umbrella-* of *parapluschade*).

Volgens de Oostenrijkse verwijzende rechter zou parapluschade naar nationaal Oostenrijks recht niet voor vergoeding in aanmerking komen. Enerzijds zou het Oostenrijks recht een ‘adequaat’ causaal verband tussen inbreuk en schade eisen, dat in dit geval zou ontbreken omdat parapluschade zou kwalificeren als indirecte schade.<sup>37</sup> Anderzijds zou in geval van parapluschade niet zijn voldaan aan het vereiste van relativiteit, omdat het onrechtmatig handelen van de karteldeelnemers er

30 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882.

31 Op grond van art. 8 lid 1 Brussel I bis-Verordening en art. 6 lid 1 EVEX II c.q. art. 7 lid 1 Rv.

32 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882, r.o. 5.33.

33 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 59; HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289 (Eni/Commissie), punt 46.

34 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:509 (MTB/Heineken c.s.), r.o. 3.9.

35 HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi), punt 61.

36 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone).

37 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone), punten 13-14.

enkel toe zou strekken schade toe te brengen aan degenen die hún producten afnemen.<sup>38</sup> De Oostenrijkse rechter vroeg zich af of deze conclusie naar Oostenrijks recht wel verenigbaar was met het Unierecht, en besloot ter zake prejudiciële vragen te stellen.

In zijn arrest overwoog het HvJ EU dat aan de volle werking van art. 101 VWEU afgedaan zou worden indien het nationale recht het recht op schadevergoeding op categorische wijze afhankelijk stelt van het bestaan van een ‘rechtstreeks’ causaal verband.<sup>39</sup> Het HvJ EU oordeelde vervolgens dan ook dat art. 101 VWEU in de weg staat aan een regel van nationaal recht die het om juridische redenen categorisch onmogelijk maakt om inbreukmakers civielrechtelijk aansprakelijk te houden voor parapluschade.<sup>40</sup>

### 3.2 *Otis*

Het arrest *Otis* komt eveneens voort uit een Oostenrijkse civiele procedure naar aanleiding van het liftenkartel.<sup>41</sup> De deelstaat Oberösterreich vorderde schadevergoeding omdat hij leningen had verstrekt ter financiering van bouwprojecten waarin liften werden aangeschaft tegen een lagere rente dan de marktrente. Zonder het kartel zouden de liften goedkoper zijn geweest, zou de deelstaat kleinere leningen hebben verstrekt, en zou de deelstaat het verschil hebben kunnen investeren tegen de gemiddelde rente van federale staatsleningen. De Oostenrijkse deelstaat vorderde vergoeding van dit verlies aan rente als schade.

Volgens de Oostenrijkse verwijzende rechter had de vordering van de deelstaat naar nationaal Oostenrijks recht geen kans van slagen omdat niet zou zijn voldaan aan het vereiste van relativiteit. Het kartelverbod van art. 101 VWEU zou enkel strekken tot bescherming tegen schade van leveranciers en afnemers die actief zijn op de door het kartel beïnvloede markt. De schade waarvan de deelstaat vergoeding vorderde, zou daarom naar Oostenrijks recht niet voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>42</sup> De Oostenrijkse rechter vroeg zich af of deze conclusie naar Oostenrijks recht wel verenigbaar was met het Unierecht, en besloot ter zake prejudiciële vragen te stellen.

Het HvJ EU heeft zich in zijn arrest niet uitgelaten over het Oostenrijks recht, maar overwoog wel dat de volle werking van art. 101 VWEU zou worden aangetast als de mogelijkheid om schade te vorderen beperkt zou zijn tot leveranciers of afne-

mers op de door het kartel beïnvloede markt.<sup>43</sup> Het HvJ EU oordeelde vervolgens dan ook dat ‘alle’ schade die in causaal verband staat met een inbreuk op art. 101 VWEU voor vergoeding in aanmerking moet kunnen komen.<sup>44</sup> Het is daarbij niet nodig dat die schade specifiek verband houdt met de ‘beschermingsdoelstelling’ – door het HvJ EU op deze manier tussen aanhalingstekens gezet – van art. 101 VWEU.<sup>45</sup> Het HvJ EU liet vervolgens in het midden of art. 101 VWEU een beschermingsdoelstelling kent en wat die dan zou inhouden, maar oordeelde (enkel) dat ook personen die niet als leverancier of afnemer op de door het kartel beïnvloede markt actief zijn vergoeding kunnen vorderen van hun schade als gevolg van het kartel.<sup>46</sup>

### 3.3 *Unierecht of nationaal recht?*

Zowel in haar conclusie voor het arrest *Kone* als in haar conclusie voor het arrest *Otis* heeft A-G Kokott het HvJ EU uitgedaagd om een meer principiële uitspraak te doen over het vereiste van causaal verband. In beide conclusies heeft Kokott betoogd dat het causaal verband één van de constitutieve voorwaarden van het recht op schadevergoeding betreft.<sup>47</sup> Die constitutieve voorwaarden moeten volgens A-G Kokott worden onderscheiden van de regels voor de *toepassing en uitoefening* van het recht op schadevergoeding. De constitutieve voorwaarden van het recht op schadevergoeding zijn een zaak van Unierecht. De regels voor toepassing en uitoefening van het recht op schadevergoeding zijn een zaak van het nationale recht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.<sup>48</sup> In zijn conclusie voor het arrest *Skanska* heeft A-G Wahl hetzelfde onderscheid gehanteerd.<sup>49</sup>

In haar conclusies is A-G Kokott ook ingegaan op de invulling die het Unierecht aan het begrip causaal verband zou geven: er dient sprake te zijn van een ‘voldoende rechtstreeks causaal verband’.<sup>50</sup> Dit criterium zou volgens A-G Kokott garanderen dat een persoon enkel aansprakelijk is voor schade (1) waarvan hij redelijkerwijs kon voorzien dat die zou intreden en

38 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punt 15.

39 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punt 33.

40 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punt 37.

41 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*).

42 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punten 15-16.

43 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 27.

44 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 30.

45 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 31.

46 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 32.

47 Concl. A-G Kokott van 30 januari 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punten 23-24; concl. A-G Kokott van 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punten 45 en 52.

48 Concl. A-G Kokott van 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 44.

49 Concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punten 39-41.

50 Concl. A-G Kokott van 30 januari 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punt 34; concl. A-G Kokott van 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 67.

(2) waarvan vergoeding overeenstemt met het doel van de door hem geschonden rechtsnorm.<sup>51</sup>

Anders dan in *Skanska* ten aanzien van de aansprakelijke partij, heeft het HvJ EU zich in de arresten *Kone* en *Otis* niet expliciet uitgelaten over de vraag of het vereiste van een causaal verband rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht. Evenmin heeft het HvJ EU een positieve definitie gegeven van het begrip causaal verband. Daarentegen is ook duidelijk dat het HvJ EU het Oostenrijkse recht niet heeft getoetst aan het doeltreffendheidsbeginsel. In beide arresten heeft het HvJ EU zich beperkt tot een verwijzing naar de volle werking van art. 101 VWEU.<sup>52</sup> In het oordeel van het HvJ EU in het arrest *Otis* ontbreekt zelfs iedere verwijzing naar het doeltreffendheidsbeginsel.

A-G Wahl heeft hieruit – althans uit het arrest *Kone* – afgeleid dat (ook) het HvJ EU het causaal verband beschouwt als constitutieve voorwaarde die rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht.<sup>53</sup> Een beoordeling in het licht van de volle werking van het Europees mededingingsrecht gaat volgens hem immers verder dan een beoordeling op basis van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.<sup>54</sup> Dat het HvJ EU in het arrest *Kone* geen positieve definitie van het causaal verband had gegeven, is volgens hem te verklaren door het feit dat het HvJ EU doorgaans zijn antwoorden beperkt tot het strikt noodzakelijke.<sup>55</sup>

Wat er van het voorgaande ook zij, uit de arresten *Otis* en *Kone* kan in elk geval worden afgeleid dat het HvJ EU streng oordeelt ten aanzien van eventuele normatieve eisen die het nationale recht stelt aan het causaal verband in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Het HvJ EU eist, maar acht vooralsnog eveneens voldoende, dat er een feitelijk *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen inbreuk en schade.

### 3.4 Rechtbank Rotterdam: meelkartel

Het relativiteitsvereiste stond centraal in een vonnis van de rechtbank Rotterdam van 26 mei 2021 in een civiele procedure die voortkomt uit het door de ACM vastgestelde meelkar-

tel.<sup>56</sup> De ACM had ter zake onder meer meelproducent *Meneba* beboet wegens een inbreuk op art. 6 Mededingingswet (Mw) en art. 101 VWEU. Na bezwaren van twee andere meelproducenten legde de ACM later ook een boete op aan *Bencis*, omdat zij gedurende een deel van de inbreukperiode de moedermaatschappij van *Meneba* was geweest.

Nadat *Bencis* deze boete tevergeefs had aangevochten, stelde zij een schadevordering in tegen *Meneba* wegens de aan haar opgelegde boete. *Bencis* stelde daartoe (onder meer) dat *Meneba* met haar inbreuk op het (Europees) mededingingsrecht onrechtmatig had gehandeld. De rechtbank Rotterdam kwam in haar vonnis tot het oordeel dat deze vordering afstuitte op het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW. *Bencis* zou immers geen slachtoffer zijn van het kartel – maar dader – en de geschonden norm zou daarom niet strekken tot bescherming tegen de door *Bencis* geleden schade.

De redenering van de rechtbank staat mijns inziens niet alleen op gespannen voet met de hiervoor behandelde arresten *Kone* en *Otis*, maar in het bijzonder met het arrest *Courage/Crehan* van het HvJ EU. In dit arrest ging het om een schadevordering van *Crehan* op *Courage* in verband met een tussen hen overeengekomen afnameverplichting van bier, die in strijd was met art. 101 VWEU. Naar Engels recht kon *Crehan*, als partij die de betreffende afspraak zelf had gemaakt, ter zake geen schadevordering instellen.

Het HvJ EU overwoog in zijn arrest dat ‘eenieder’ vergoeding van zijn schade moet kunnen vorderen en dat ‘niet a priori [kan] worden uitgesloten’ dat *Crehan* zelf een dergelijke vordering instelt.<sup>57</sup> Het HvJ EU oordeelde dan ook dat art. 101 VWEU zich verzet tegen een regel van nationaal recht die in de weg staat aan een recht op schadevergoeding op de enkele grond dat de eiser partij is bij de betreffende, met art. 101 VWEU strijdige, overeenkomst.<sup>58</sup> Daar voegde het HvJ EU wel direct aan toe dat het Unierecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat het recht op schadevergoeding niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking. Het Unierecht verzet zich volgens het HvJ EU niet tegen een regel die een partij het recht op schadevergoeding ontzegt, wanneer vaststaat dat deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de inbreuk.<sup>59</sup>

Het hiervoor beschreven oordeel van de rechtbank Rotterdam impliceert dat een mededader *nimmer* recht op vergoeding van schade heeft die het gevolg is van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht waar hij zelf aan heeft bijgedragen. Dat is gelet op het arrest *Courage/Crehan* dus onjuist. Dat be-

51 Concl. A-G Kokott van 30 januari 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*), punt 40; concl. A-G Kokott van 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 83.

52 Zie ook concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 42; concl. A-G Kokott van 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punt 61. Anders: M.M.C. van de Moosdijk in haar annotatie bij *Kone* (JOR 2014/157).

53 Concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punten 37-38. Zie ook R. Meijer, *Prijsvorming onder de paraplu van het kartel: aansprakelijkheid van karteldeelneemers voor schade door ‘umbrella pricing’?*, M&M 2014, afl. 5, p. 181-185.

54 Concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 38.

55 Concl. A-G Wahl van 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), punt 42.

56 Rb. Rotterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5501 (*Bencis/Meneba*).

57 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punt 28.

58 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punt 36.

59 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punten 30-36.

te kent overigens nog niet dat de vordering van Bencis dus zou moeten slagen. De rechtbank had de stelling dat Bencis is aangemerkt als dader naar mijn mening kunnen (en moeten) behandelen als een beroep op eigen schuld ex art. 6:101 BW, waarbij vervolgens ruimte was geweest om aan de hand van alle omstandigheden van het geval de genuanceerde benadering toe te passen zoals die volgt uit *Courage/Crehan*.

#### 4 Verjaring

##### 4.1 *Manfredi*

Het HvJ EU heeft zich in het arrest *Manfredi* voor het eerst uitgelaten over de eisen die het Unierecht stelt aan nationale verjaringstermijnen. Het arrest komt voort uit een civiele procedure naar aanleiding van een verboden kartelafsprak tussen verschillende verzekeringsmaatschappijen. Twee benadeelden vorderden vergoeding van de door hen geleden schade, waarna de aangesproken verzekeringsmaatschappijen zich (onder meer) verweerden met een beroep op verjaring. De verwijzende Italiaanse rechter betwijfelde of de toepasselijke Italiaanse verjaringstermijn, die begon te lopen op de dag dat de kartelafsprak tot stand was gekomen, verenigbaar was met het Unierecht en besloot (ook) ter zake van dit punt prejudiciële vragen te stellen.

Het HvJ EU stelde in zijn oordeel voorop dat het aan het nationale recht van de lidstaten is om de verjaringstermijn vast te stellen voor een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van een schending van Europees mededingingsrecht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.<sup>60</sup> Vervolgens overwoog het HvJ EU dat een nationale verjaringstermijn die begint te lopen op de dag waarop de kartelafsprak tot stand komt, de uitoefening van het recht op schadevergoeding in de praktijk onmogelijk maakt, met name wanneer die termijn kort is en niet kan worden geschorst. In een dergelijk geval kan de verjaringstermijn immers verstrijken voordat de inbreuk is beëindigd, zodat het onmogelijk is een schadevordering in te stellen. Het was volgens het HvJ EU aan de nationale rechter om na te gaan of dat het geval was met de Italiaanse verjaringstermijn.<sup>61</sup>

##### 4.2 *Cogeco*

Ruim tien jaar later heeft het HvJ EU zich in het arrest *Cogeco* (verder) uitgelaten over eisen die het Europees mededingingsrecht aan nationale verjaringstermijnen stelt.<sup>62</sup> Het arrest komt voort uit een civiele procedure naar aanleiding van misbruik van haar machtspositie door Sport TV Portugal op de markt van premiumsportkanalen. Bij besluit van 14 juni 2013 had de Portugese mededingingsautoriteit, naar aanleiding van een klacht van kabelexploitant Cabovisão in 2009, vastgesteld

dat Sport TV Portugal inbreuk had gemaakt op (onder meer) art. 102 VWEU.

Naar aanleiding van dat besluit stelde *Cogeco* – gedurende de inbreuk de moedermaatschappij van Cabovisão – begin 2015 een vordering tot schadevergoeding in bij de Portugese civiele rechter tegen Sport TV Portugal. Sport TV Portugal verweerde zich onder meer met een beroep op verjaring. De toepasselijke Portugese verjaringstermijn van drie jaar zou al zijn gaan lopen in 2009, toen Cabovisão haar klacht indiende. *Cogeco* stelde dat de verjaringstermijn pas ging lopen op 14 juni 2013, de datum van het boetebesluit van de Portugese mededingingsautoriteit, en in ieder geval was geschorst zolang de procedure bij de mededingingsautoriteit liep.

De Portugese rechter constateerde dat de Portugese verjaringstermijn op meerdere punten afwijkt van art. 10 Schaderichtlijn. Zo ging het om een verjaringstermijn van drie jaar, die al kan beginnen te lopen voordat de benadeelde bekend is met de aansprakelijke partij, en die volgens de Portugese wet niet van rechtswege wordt geschorst in het geval van een administratiefrechtelijke (beroeps)procedure. De Portugese rechter betwijfelde daarom of de Portugese verjaringstermijn verenigbaar was met de Schaderichtlijn, of art. 288 VWEU, dan wel (kort gezegd) een andere bepaling van Unierecht en besloot ter zake prejudiciële vragen te stellen.<sup>63</sup>

Het HvJ EU stelde in zijn arrest eerst vast dat de kwestie temporeel niet door de Schaderichtlijn wordt bestreken.<sup>64</sup> Vervolgens ging het HvJ EU over tot herformulering van de door de Portugese rechter gestelde vragen. Het HvJ EU wees er daarbij in het bijzonder op dat hij niet gebonden is aan de voorschriften van het Unierecht die de verwijzende rechter expliciet had genoemd. Het HvJ EU mag putten uit alle elementen van Unierecht die, gelet op het voorwerp van het geding, uitleg behoeven. Het HvJ EU overwoog vervolgens dat de Portugese rechter zich in het bijzonder afvroeg of de Portugese verjaringstermijn verenigbaar is met art. 102 VWEU en het doeltreffendheidsbeginsel. Beide elementen had de Portugese rechter niet in zijn vraagstelling opgenomen.<sup>65</sup>

Het HvJ EU wees er daarna op dat verjaringstermijnen een aangelegenheid zijn van het nationale recht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. In dat kader merkte het HvJ EU op dat het Portugese verjaringsstelsel als geheel in aanmerking moet worden genomen. Vervolgens overwoog het HvJ EU dat een nationale verjaringsregeling afgestemd moet zijn op het specifieke karakter van het mededingingsrecht teneinde de volle werking van art. 102

60 HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), punt 77.

61 HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), punten 78-80.

62 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*).

63 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punt 23.

64 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punten 24-34.

65 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punten 35-37. Zie ook concl. A-G Kokott van 17 januari 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punt 45.



VWEU niet teniet te doen. In het bijzonder wees het HvJ EU daarbij op de omstandigheid dat het instellen van schadevorderingen wegens een schending van het Europees mededingingsrecht een complexe feitelijke en economische analyse vereist. Hieruit volgt, aldus het HvJ EU, dat een verjaringstermijn niet zo kort mag zijn dat die het in combinatie met de ‘overige verjaringsregels’ in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om het recht op schadevergoeding uit te oefenen.<sup>66</sup>

Het HvJ EU ging vervolgens niet in op de (minimum)duur van een verjaringstermijn. A-G Kokott merkte in haar conclusie ook op dat de enkele duur van drie jaar in dit geval niet zozeer het probleem was.<sup>67</sup> Wel ging het HvJ EU in op de ‘overige verjaringsregels’ die in het Portugese geval aan de orde waren. Ten eerste overwoog het HvJ EU dat een verjaringstermijn die gaat lopen zonder dat de benadeelde bekend is met de identiteit van de inbreukmaker, het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken om het recht op schadevergoeding uit te oefenen. Om een schadevordering in te kunnen stellen, is het immers noodzakelijk dat de benadeelde persoon weet wie verantwoordelijk is voor de inbreuk op het mededingingsrecht, aldus het HvJ EU.<sup>68</sup>

Ten tweede ging het HvJ EU in op een verjaringstermijn die niet wordt geschorst of gestuit als gevolg van een administratiefrechtelijke (beroeps)procedure. Een dergelijke verjaringstermijn is volgens het HvJ EU problematisch indien een benadeelde een schadevordering wil instellen naar aanleiding van een inbreukbeslissing (een *follow-on*-procedure). Deze verjaringstermijn kan dan immers verlopen vóór de administratiefrechtelijke (beroeps-)procedures zijn voltooid, in welk geval het voor een benadeelde onmogelijk is om zich te baseren op een definitieve inbreukbeslissing.<sup>69</sup>

Het HvJ EU oordeelde vervolgens dat de Portugese verjaringstermijn, die beide kenmerken heeft, de uitoefening van het recht op schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, en aldus strijdig is met art. 102 VWEU en het doeltreffendheidsbeginsel.<sup>70</sup>

#### 4.3 Cogeco in breder perspectief

Wanneer men de arresten Manfredi en Cogeco met elkaar vergelijkt, valt op dat het HvJ EU in Manfredi enkel de uitgangspunten van het doeltreffendheidsbeginsel heeft geschetst, om de concrete beoordeling vervolgens expliciet over te laten aan de nationale rechter. Dat staat in schril contrast met wat het HvJ EU in Cogeco heeft gedaan, waarin het immers een alge-

meen oordeel heeft gegeven over de Portugese verjaringstermijn – namelijk strijdig met art. 102 VWEU en het doeltreffendheidsbeginsel – zonder daarbij de omstandigheden van het concrete geval te betrekken.

De verklaring voor dit verschil zou gelegen kunnen zijn in de redenering van het HvJ EU in Cogeco. Het HvJ EU stelt namelijk weliswaar voorop dat verjaringstermijnen een aangelegenheid zijn van het nationale recht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel, maar óók dat een nationale verjaringsregeling afgestemd moet zijn op het specifieke karakter van het mededingingsrecht *teneinde de volle werking van art. 102 VWEU niet teniet te doen*.<sup>71</sup> Zoals ik heb toegelicht in paragraaf 3.3, gaat volgens A-G Wahl een beoordeling in het licht van de volle werking van het Europees mededingingsrecht verder dan een beoordeling op basis van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Hieruit kan men afleiden dat de kwestie of een verjaringsregeling is afgestemd op het specifieke karakter van het Unierecht, direct wordt geregeld door het Unierecht. En die vraag kan uiteraard worden beantwoord zonder daarbij de concrete omstandigheden van het geval te betrekken, zoals het HvJ EU ten aanzien van de Portugese verjaringstermijn dan ook heeft gedaan.

Meer inhoudelijk valt op dat het HvJ EU in Cogeco vooruit is gelopen op art. 10 lid 2 en 4 Schaderichtlijn, door in feite vrijwel dezelfde toets aan te leggen.<sup>72</sup> Zo volgt zowel uit Cogeco als uit art. 10 lid 2 Schaderichtlijn dat een verjaringstermijn niet gaat lopen voordat de benadeelde bekend is met de identiteit van de inbreukmaker. Daarnaast volgt uit Cogeco dat een benadeelde een definitieve inbreukbeslissing moet kunnen afwachten en dat hij na die definitieve inbreukbeslissing nog (extra) tijd moet krijgen om de feitelijke en economische analyse te maken die volgens het HvJ EU vereist is voor het instellen van een schadevordering. Dat is precies het resultaat dat wordt bereikt met art. 10 lid 4 Schaderichtlijn, dat voorschrijft dat een nationale verjaringstermijn dient te worden geschorst dan wel gestuit gedurende de administratiefrechtelijke (beroeps)procedures, en dat een schorsing niet eerder eindigt dan een jaar na vaststelling van de definitieve inbreukbeslissing.

#### 4.4 Gerechtshof Amsterdam: natriumchloraatkartel

Het onderwerp verjaring heeft onder meer centraal gestaan in een civiele procedure die voortkomt uit het natriumchloraatkartel, zoals vastgesteld door de Europese Commissie op 11 juni 2008. Eiseres in die procedure was een claimvehikel dat middels cessie de schadevorderingen van benadeelde afnemers van natriumchloraat had verkregen en tegen verschillende karteldeelnemers had ingesteld. De karteldeelnemers verweerden

66 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punten 45-47.

67 Concl. A-G Kokott van 17 januari 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punt 78.

68 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punten 49-50.

69 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punten 51-52.

70 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punten 53 en 55.

71 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punt 47.

72 Zie ook D.F.H. Stein, Verjaring van rechtsvorderingen van particulieren wegens schending van Unierecht, in: D.F.H. Stein e.a. (red.), Verjaring (Onderneming en Recht, nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 543.

zich onder meer met een beroep op verjaring naar Spaans, Fins en Zweeds recht. In 2017 honoreerde de rechtbank dit beroep. Daaraan legde zij (kort gezegd) ten grondslag dat de afnemers naar Spaans en Fins recht in elk geval een jaar tot anderhalf jaar na publicatie van het persbericht ter zake van het kartel in juni 2008 de tijd hadden gehad om hun schadevorderingen in te stellen, terwijl het claimvehikel (pas) had gedagvaard op 31 mei 2011. Zelfs het feit dat de schadevorderingen naar Zweeds recht al vóór publicatie van het persbericht waren verjaard, kon volgens de rechtbank niet tot een andere conclusie leiden.<sup>73</sup>

In hoger beroep kon het gerechtshof Amsterdam bouwen op het (toen inmiddels gewezen) arrest Cogeco. Het hof overwoog dat uit Cogeco blijkt dat het effectiviteitsbeginsel, gelet op het bijzondere karakter van mededingingsinbreuken, in het bijzonder in geval van follow-on-vorderingen, meebrengt dat de benadeelde de definitieve beslissing van de mededingingsautoriteit (inclusief eventueel beroep) moet kunnen afwachten en daarna nog voldoende tijd moet hebben om zijn vordering tot schadevergoeding in te stellen, zonder dat een nationaal verjaringsregime, in zijn geheel beschouwd, daaraan in de weg mag staan.<sup>74</sup> Op basis hiervan kwam het hof zowel ten aanzien van Spaans als ten aanzien van Fins en Zweeds recht tot een tegenovergesteld oordeel en tot vernietiging van het oordeel van de rechtbank.

#### 4.5 Rechtbank Rotterdam: liftenkartel

Een andere procedure waar het (ook) ging om verjaring betreft een civiele procedure die voortkomt uit het liftenkartel, zoals vastgesteld door de Europese Commissie op 21 februari 2007. Eiseres in die procedure was een claimvehikel dat middels cessie de schadevorderingen van 122 benadeelde afnemers van liften had verkregen en tegen verschillende karteldeelnemers had ingesteld. De karteldeelnemers verweerden zich onder meer met een beroep op de subjectieve verjaringstermijn ex art. 3:310 BW.

In 2019 stelde de rechtbank Rotterdam in een tussenvonnis voorop dat de Hoge Raad heeft bepaald dat de subjectieve verjaringstermijn ex art. 3:310 BW begint te lopen op de dag waarop de benadeelde *daadwerkelijk* in staat is een rechtsoverdracht tot vergoeding van schade in te stellen, waarvoor (onder meer) *daadwerkelijke* bekendheid met de schade noodzakelijk is.<sup>75</sup> Volgens de rechtbank begon de verjaringstermijn voor alle afnemers in dit geval te lopen op 21 februari 2007, de datum van (publicatie van) het boetebesluit van de Europese Commissie. De rechtbank overwoog daarbij dat op die datum ‘een ieder geacht moet worden’ kennis te hebben genomen van het boetebesluit, waarbij de rechtbank expliciet in aanmer-

king nam dat de betreffende afnemers ‘professionele partijen’ zijn.<sup>76</sup>

Om twee redenen heb ik grote moeite met dit oordeel. Ten eerste heeft het er alle schijn van dat de rechtbank (een vorm van) objectieve bekendheid voldoende heeft geacht omdat het zou gaan om professionele partijen. Uit het vonnis blijkt immers niet dat er ook maar één afnemer was die op 21 februari 2007 daadwerkelijk bekend was geworden met het boetebesluit. Verder heeft de rechtbank op geen enkele wijze gedifferentieerd tussen de verschillende afnemers, terwijl dat bij een criterium als *subjectieve* bekendheid wel voor de hand ligt. De *one-size-fits-all* redenering van de rechtbank is mijns inziens dan ook slecht te rijmen met de (door de rechtbank wel genoemde) jurisprudentie van de Hoge Raad.

Ten tweede impliceert het oordeel van de rechtbank dat bekendheid met het boetebesluit niet alleen gelijkstaat aan daadwerkelijke bekendheid met de schade, maar ook met het daadwerkelijk kunnen instellen van een schadevordering. Daarmee miskent de rechtbank dat het debat over de geleden schade veruit het ingewikkeldste aspect is van een civiele procedure wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Ik heb dan ook grote moeite met de veronderstelling dat een willekeurige afnemer van liften direct na publicatie van een boetebesluit – waarin bovendien doorgaans grote delen wegens vertrouwelijkheidsclaims zijn weggelakt – al in staat is een schadevordering in te stellen.<sup>77</sup> Een veronderstelling die ook haaks staat op de overweging van het HvJ EU in Cogeco, dat voor het instellen van schadevorderingen wegens inbreuk op het Europees mededingingsrecht in beginsel een complexe feitelijke en economische analyse is vereist.<sup>78</sup>

Het verjaringsdebat werd vervolgens voortgezet, waarbij het claimvehikel een beroep deed op het (toen inmiddels gewezen) arrest Cogeco en naar voren bracht dat daaruit volgt dat een benadeelde een definitieve inbreukbeslissing moet kunnen afwachten. Daarvan was ten aanzien van de uiteindelijk enig overgebleven gedaagde Kone pas sprake op 24 oktober 2013.<sup>79</sup> De rechtbank interpreteerde punten 51-52 van Cogeco vervolgens zo, dat een verjaringstermijn aan dit criterium zou voldoen indien deze kan worden geschorst of gestuit gedurende een administratiefrechtelijke (beroeps)procedure *door de benadeelde*. En omdat stuiting door de benadeelde naar Nederlands recht tot de mogelijkheden behoorde, konden de afnemers in dit geval een definitieve inbreukbeslissing afwachten, aldus de rechtbank.<sup>80</sup>

73 Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166 (CDC/Kemira), r.o. 4.26-4.30.

74 Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (CDC/Kemira), r.o. 3.5.4.

75 Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230 (SECC/Kone), r.o. 9.18.

76 Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230 (SECC/Kone), r.o. 9.20.

77 Zie ook A-G Rantos in zijn conclusie van 28 oktober 2021, C-267/20, ECLI:EU:C:2021:884 (Volvo/DM), punt 120.

78 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco), punt 46.

79 HvJ EU 24 oktober 2013, C-510/11 P, ECLI:EU:C:2013:696 (Kone/Commissie).

80 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (SECC/Kone), r.o. 4.8-4.9.

Dit betreft mijns inziens een onjuiste interpretatie van het oordeel van het HvJ EU in Cogeco. Niet goed denkbaar is dat het HvJ EU – zonder daarover ook maar iets op te merken – in Cogeco een verjaringsregime heeft willen introduceren waarin een actieve rol weggelegd is voor de benadeelde voordat er sprake is van een definitieve inbreukbeslissing. Integendeel – aldus overigens ook de rechtbank zelf –, Cogeco brengt mee dat een benadeelde die definitieve inbreukbeslissing moet kunnen afwachten. Evenmin is goed denkbaar dat het HvJ EU – wederom zonder daarover iets op te merken – zou hebben gekozen voor een verjaringsregime dat op een zeer wezenlijk punt afwijkt van de Schaderichtlijn. Temeer omdat zowel het arrest Cogeco (punt 52) als art. 10 Schaderichtlijn (considerans 36) berust op de (identieke) gedachte dat een benadeelde een schadevordering moet kunnen instellen na een definitieve inbreukbeslissing.<sup>81</sup>

De woorden ‘kan worden geschorst of gestuit’ die het HvJ EU heeft gebruikt in punten 51-52 van Cogeco, kunnen naar mijn mening dan ook niet zo worden geïnterpreteerd dat het HvJ EU daarmee heeft bedoeld ‘kan worden geschorst of gestuit door de benadeelde’. Dat staat er niet, en dat kan er bij gebrek aan enige aanwijzing dat het HvJ EU dat wel heeft bedoeld mijns inziens ook niet in worden gelezen.

Overigens interpreteerde ook de Portugese verwijzende rechter punt 52 van Cogeco op de hiervoor beschreven (en naar mijn mening onjuiste) wijze. De Portugese rechter overwoog vervolgens dat het HvJ EU zou hebben gedwaald ten aanzien van Portugees recht, aangezien het voor benadeelde Cogeco naar Portugees recht wel mogelijk was om de verjaringstermijn te stuiten. In weerwil van het dictum van het HvJ EU in Cogeco (en art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)) oordeelde de Portugese rechter vervolgens dat de Portugese verjaringstermijn (toch) niet in strijd is met het Unierecht, en honoreerde het beroep op verjaring. Dit oordeel bleef in hoger beroep in stand.<sup>82</sup>

## 5 Conclusie

Hoewel het al sinds het arrest Courage/Crehan uit 2001 duidelijk is dat iedere benadeelde recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, blijft het voor die benadeelde in de praktijk niet eenvoudig om dat recht af te dwingen. Met de Schaderichtlijn heeft de Europese wetgever enkele obstakels weggenomen die in de weg staan aan een effectieve private handhaving van het Europees mededingingsrecht. En waar het HvJ EU in het arrest Manfredi nog enige terughoudendheid leek te betrachten ten aanzien van de toetsing van het nationale recht van de lidstaten, heeft het HvJ EU die lijn duidelijk verlaten met eerst het arrest Kone en later de arresten Skanska, Cogeco en Otis, en meest recent het arrest Sumal.

Met de arresten Skanska en Sumal heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat een benadeelde zijn recht op schadevergoeding kan uitoefenen tegen iedere entiteit die behoort tot de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. Met Kone en Otis is duidelijk geworden dat het HvJ EU streng oordeelt ten aanzien van eventuele normatieve eisen die het nationale recht stelt aan het causaal verband. Het HvJ EU eist, maar acht vooralsnog eveneens voldoende, dat er een feitelijk *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen inbreuk en schade.

Ten slotte heeft het HvJ EU in Cogeco duidelijk gemaakt dat, ook in gevallen waarin de Schaderichtlijn temporeel niet (direct) van toepassing is, een nationale verjaringsregeling moet zijn afgestemd op het specifieke karakter van het mededingingsrecht. Dat brengt (onder meer) mee dat een benadeelde een definitieve inbreukbeslissing moet kunnen afwachten en na die definitieve inbreukbeslissing (extra) tijd moet krijgen om de feitelijke en economische analyse te maken die volgens het HvJ EU vereist is voor het instellen van een schadevordering.

<sup>81</sup> Zie punt 36 considerans Schaderichtlijn.

<sup>82</sup> Zie de uitspraak van de Portugese appelrechter: Tribunal da Relação de Lisboa 5 november 2020, zaak 5754/15.7T8LSB.L1-8.