

neer een dergelijke partij aan de procedure deelneemt, kan het Hof besluiten dat zij haar eigen kosten draagt.

108. Aangezien Prysmian en PrysmianCS hebben deelgenomen aan de procedure bij het Hof, moet gelet op de omstandigheden van de zaak worden besloten dat zij hun eigen kosten zullen dragen.

Het Hof (2de k.) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.
- 2) The Goldman Sachs Group Inc. wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van de Europese Commissie.
- 3) Prysmian SpA en Prysmian Cavi e Sistemi Srl dragen hun eigen kosten.

Noot

Civielrechtelijke toerekening van mededingingsinbreuken aan een moedervervennootschap: de kortste weg naar aansprakelijkheid

Lauren RASKING¹

SAMENVATTING

Het Hof van Justitie oordeelde dat ook louter financiële investeerders aansprakelijk gesteld kunnen worden voor mededingingsinbreuken gepleegd door (indirecte) dochterondernemingen. Een investeerder die 100% van de stemrechten aanhoudt in een dochtervennootschap is onderworpen aan een weerlegbaar vermoeden dat het beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van de dochter. Wie de aandelen van de dochtervennootschap in handen heeft (en hoeveel), is daarbij niet van belang. De beoordeling van de uitoefening van beslissende invloed houdt rekening met de economische realiteit en kan volgen uit een reeks onderling overeenstemmende gegevens zoals de bevoegdheid om de leden van de verschillende raden van bestuur van de dochter te benoemen, de aandeelhouders voor de algemene vergaderingen op te roepen of het ontslag van de bestuurders of van de volledige raad van bestuur voor te stellen, of zelfs een personele vervlechting tussen de juridische entiteiten.

SOMMAIRE

La Cour de justice de l'Union européenne a décidé que de simples investisseurs financiers pouvaient également être tenus responsables des violations du droit de la concurrence de leurs filiales (indirectes). Un investisseur détenant 100% des droits de vote dans une filiale est soumis à une présomption réfragable qu'il a exercé une influence décisive sur la conduite de la filiale. L'identité de celui qui détient les actions de la filiale (et leur nombre) n'a pas d'importance. L'appréciation de l'exercice d'une influence déterminante tient compte de la réalité économique et peut résulter d'une série d'éléments concordants tels que le pouvoir de nommer les membres des divers conseils d'administration de la filiale, de convoquer les actionnaires aux assemblées générales ou de proposer la révocation des administrateurs ou de l'ensemble du conseil d'administration, ou encore des liens personnels existant entre les entités juridiques.

1. INLEIDING

1. Hoewel in België de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht pas de laatste jaren aan een opmars bezig is, worden op Europees vlak al geruime tijd initiatieven genomen opdat slachtoffers van een mededingingsinbreuk voor de nationale rechter effectief een schadevergoe-

ding kunnen bekomen van de inbreukplegers. Zo werd in 2014 de kartelschaderichtlijn² aangenomen en heeft de Europese Commissie (de Commissie) sindsdien ook verschillende (niet bindende) richtsnoeren gepubliceerd om dit soort procedures toegankelijker te maken.³ Ook de Europese

¹. Advocaat bij Allen & Overy (Belgium) LLP, balie Brussel.

². Richtlijn nr. 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (de kartelschaderichtlijn).

³. Bv.: richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd, 2019/C-267/07, C/2019/4899 (JO C. 267, 9 augustus 2019, p. 4-43) of mededeling betreffende de bescherming van vertrouwelijke informatie door nationale rechterlijke instanties in procedures voor de privaatrechtelijke handhaving van het EU-mededingingsrecht, 2020/C-242/01, C/2020/4829 (JO C. 242, 22 juli 2020, p. 1-17).

rechtspraak gaat mee in deze promotiecampagne en het Hof van Justitie van de Europese Unie (het HvJ-EU, bestaande uit het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg) creëert een “voortdurend uitdijend kader waarbinnen het [...] schadevergoedingseisen inzake kartelschade toelaatbaar acht”.⁴

2. Hoewel het *Goldman*-arrest⁵ een toepassing is van publiekrechtelijke handhaving, zal in deze bijdrage ook de link worden gelegd naar de privaatrechtelijke handhaving en de mate waarin het gepast is dat bepaalde leerstukken doorwerken in civielrechtelijke verhoudingen. In het *Goldman*-arrest wordt in het bijzonder het leerstuk van de “parental

liability” aangewend, i.e. de toerekening aan moedervennootschappen van inbreuken op het mededingingsrecht begaan door hun dochtervennootschappen.

3. In deze bijdrage wordt verdere duiding gegeven bij het principe van “parental liability” in de context van publiekrechtelijke handhaving, waarbij eerst wordt gekeken naar de juridische onderbouwing en vervolgens naar de evolutie van de bewijsvereisten voor de Commissie. Vervolgens stelt zich de vraag of “parental liability” ook een plaats heeft in het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht (i.e. in de context van de privaatrechtelijke handhaving).

2. “PARENTAL LIABILITY” IN PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING

2.1. De “onderneming” is aansprakelijk voor inbreuken op het Europees mededingingsrecht

4. Het is intussen een algemeen aanvaard principe dat de Commissie een moedervennootschap hoofdelijk aansprakelijk kan stellen voor de boete wegens inbreuken op artikelen 101 en 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) gepleegd door een dochteronderneming.⁶

5. Als basis van deze theorie⁷, wijst het HvJ-EU er telkens op dat het Europees mededingingsrecht, in het bijzonder de artikelen 101 en 102 van het VWEU, van toepassing is op ondernemingen.⁸ Volgens vaste rechtspraak van het HvJ-EU omvat een “onderneming” in deze context “*elke eenheid [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinan-*

cierd”.⁹ Het begrip onderneming moet dus worden verstaan als “een economische eenheid”, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.^{10,11}

6. Hoewel een inbreuk op het Europees mededingingsrecht wordt vastgesteld in hoofde van “een onderneming”, dient de Commissie de inbreuk op ondubbelzinnige wijze toe te rekenen aan “een of meer rechtspersonen” waaraan de mededeling van punten van bezwaar worden toegezonden en eventueel een geldboete wordt opgelegd.¹² De opgelegde boete moet immers verhaald kunnen worden op een rechtspersoon met een eigen vermogen.¹³ Dat is de reden waarom het door de Commissie en het HvJ-EU gebruikte ondernemingsbegrip in de rechtsleer wel eens wordt aangeduid als schizofreen: “*de inbreuk wordt gepleegd door een onderneming die niet noodzakelijk samenvalt met een rechtspers-*

4. C. DE KONINCK, “Kartelschade: het Hof van Justitie verzet de bakens”, *NJW* 2020, nr. 416, 111-113.

5. HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*.

6. Zie al: HvJ 14 juli 1972, nr. 48/69, *Imperial Chemical Industries / Commissie*, § 135; HvJ 25 oktober 1983, nr. 107/82, *AEG Telefunken / Commissie*, § 49.

7. Hoewel sommige auteurs erop wijzen dat de introductie van dit leerstuk geen uitgesproken beleidskeuze was, maar een eerder accidentele ontstaansgeschiedenis kent. Zie F. WIJCKMANS en E. WIJCKMANS, “Parental liability in het Belgisch Mededingingsrecht”, *TBM* 2016, afl. 3, 230-232.

8. S. RAES, “Handhaving van het mededingingsrecht in groepsverband: enkele bedenkingen, met een Belgische invalshoek” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 79; R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR* 2020, afl. 2, 109-113.

9. HvJ 23 april 1991, C-41/90, *Höfner en Elser / Macrotron GmbH*, § 21; HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 54; HvJ 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Química / Commissie*, § 34; HvJ 11 juli 2013, C-440/11 P, *Commission / Portielje*, § 36; R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in *Akzo Nobel* also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, ed. 3-4, 515.

10. HvJ 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, *Dansk Rørindustri / Commissie*, § 112; HvJ 14 december 2006, C217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, § 40; HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 55. Ter vergelijking: art. 1.6, 17° WER bepaalt dat voor de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht een onderneming wordt gedefinieerd als “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

11. Het HvJ-EU wendt dezelfde theorie aan in het recente *Sumal*-arrest, waarin de dochteronderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor inbreuken begaan door de moeder (HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, *Sumal SL / Mercedes Benz Trucks Espana SL*, § 38).

12. Art. 229 VWEU; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Niet schuldig, wel verantwoordelijk. De toerekenbaarheid van inbreuken op het mededingingsrecht binnen groepen” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 36.

13. Dit is in principe het geval zowel onder Belgisch als Europees mededingingsrecht. Ten tijde van zijn bijdrage, bevestigde de voorzitter van de Belgische Raad voor de Mededinging echter dat de Raad zich nog niet gebogen had over een geval van “zuivere” toerekening aan de moeder van een geldboete die de dochter oploopt. Zie S. RAES, “Handhaving van het mededingingsrecht in groepsverband: enkele bedenkingen, met een Belgische invalshoek” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 79.

soon, maar het inbreukplegend gedrag moet worden toegerekend aan een of meerdere juridische entiteiten met het oog op de uitvoerbaarheid van de boete en het toezenden van de mededeling van bezwaren”.¹⁴

7. Hier komt het concept van “parental liability” op de proppen. In de praktijk zal de aansprakelijkheid worden toegerekend aan (i) de rechtspersoon of rechtspersonen die rechtstreeks betrokken waren bij de inbreuk en (ii) de moeder vennootschap van rechtstreekse deelnemers voor zover de voorwaarden voor “parental liability” vervuld zijn.¹⁵

2.2. Voorwaarde voor de toerekening aan de moeder vennootschap: uitoefening van beslissende invloed

8. Hoewel het HvJ-EU dit uitdrukkelijk beschouwt als een persoonlijke aansprakelijkheid, is niet vereist dat de moeder vennootschap zelf een inbreuk heeft begaan: het volstaat dat de moeder vennootschap een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van de dochter.

9. Aangezien de moeder vennootschap en haar dochter onderneming deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming vormen, kan de Commissie geldboeten opleggen aan de moeder vennootschap die een beslissende invloed uitoefende op de dochter, zonder dat moet worden aangetoond dat de moeder zelf bij de inbreuk betrokken was, of zelfs op de hoogte was van de inbreuk van de dochter onderneming. Zo stelt het Gerecht duidelijk dat “[h]et [...] niet het feit [is] dat de moeder vennootschap haar dochter onderneming heeft aangespoord de inbreuk te plegen, noch a fortiori haar betrokkenheid bij die inbreuk, die de Commissie de mogelijkheid biedt de beschikking waarbij geldboeten worden opgelegd, aan de moeder vennootschap van een groep van vennootschappen te richten, maar het feit

dat zij één enkele onderneming vormen in de zin van artikel 82 EG”.¹⁶

10. Zoals ook vermeld in het *Goldman*-arrest¹⁷, bepaalt vaste rechtspraak van het HvJ-EU dat een moeder een beslissende invloed uitoefent indien de dochter “niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen”.¹⁸ Opdat de moeder aansprakelijk kan worden gesteld voor het gedrag van de dochter is uiteraard vereist dat de beslissende invloed werd uitgeoefend op het moment dat de dochter de inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan.

11. Om de bewijslast van de Commissie te vergemakkelijken, heeft de Europese rechtspraak bovendien enkele “shortcuts” geïntroduceerd.

2.3. De evolutie van de “shortcuts”: steeds eenvoudiger om moeder vennootschap mee in bad te trekken

(a) Ruime interpretatie van “beslissende invloed”

12. De voorwaarde voor “parental liability” is niet voldaan wanneer de moeder de mogelijkheid had om een beslissende invloed uit te oefenen op het commerciële beleid van de dochter; de beslissende invloed moet daadwerkelijk zijn uitgeoefend.¹⁹ Het HvJ-EU aanvaardt echter dat er sprake is van “beslissende invloed” zodra de moeder een invloed heeft op het algemene commerciële beleid van de dochter. Het is daarbij niet vereist dat deze invloed specifiek betrekking heeft op de activiteiten die het voorwerp zijn van de mededingingsinbreuk.²⁰

¹⁴ C. CAUFFMAN, “Het begrip ‘onderneming’ in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moeder vennootschappen voor gedragingen van hun dochter vennootschappen naar Belgisch recht” in N. CARETTE en B. WEYTS, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 137.

¹⁵ C. CAUFFMAN, “Het begrip ‘onderneming’ in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moeder vennootschappen voor gedragingen van hun dochter vennootschappen naar Belgisch recht” in N. CARETTE en B. WEYTS, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 137; S.L. BOERSEN en S. DE JONG, “Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?”, *MvV* 2019, nrs. 7-8, (279), 282.

¹⁶ Ger.EU 30 april 2003, T-12/03, *Itochu Corp. / Commissie*, § 58. Het Gerecht herhaalt vervolgens het algemeen criterium van “beslissende invloed”: “In het onderhavige geval stelt verzoekster enkel dat zij niet op de hoogte was van de activiteiten van [de dochter], en ontkent zij die actief te hebben gesteund, maar voert zij geen enkel bewijs aan dat zij geen beslissende invloed uitoefende op het gedrag van [de dochter], noch enig bewijs voor de autonomie van laatstgenoemde.”

¹⁷ HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 31 met verwijzing naar HvJ 24 juni 2015, C-293/13 P en C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce / Commissie en Commissie / Fresh Del Monte Produce*, § 75.

¹⁸ HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 58 en de verwijzingen naar HvJ 14 juli 1972, nr. 48/69, *Imperial Chemical Industries / Commissie*, § 132 en 133; HvJ 14 juli 1972, C-52/69, *Geigy / Commissie*, § 44; HvJ 21 februari 1973, C-6/72, *Europemballage and Continental Can / Commissie*, § 15; HvJ 16 november 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Commissie*, § 26; HvJ 25 oktober 1983, C-107/82, *AEG / Commissie*, § 49; HvJ 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Química / Commissie*, § 39; HvJ 26 september 2013, C-172/12 P, *El du Pont de Nemours / Commissie*, § 41-43.

¹⁹ Ger.EU 27 september 2006, *Avebe / Commissie*, § 136; Ger.EU 12 juli 2011, T-132/07, *Fuji Electric / Commissie*, § 181; HvJ 25 oktober 1983, nr. 107/82, *AEG Telefunken / Commissie*, § 50; HvJ 26 september 2013, C-172/12 P, *El du Pont de Nemours / Commissie*, § 44.

²⁰ HvJ 16 november 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Commissie*, § 27.

13. Het HvJ-EU oordeelde dat volgende (niet-exhaustieve) elementen relevant kunnen zijn bij de beoordeling van het bestaan van een beslissende invloed: overlapping van personeel²¹, rapportering van dochter aan moeder omtrent haar marktgedrag²², invloed van de moeder op de prijszetting van de dochter²³, het bepalen door de moeder van de productie- en distributieactiviteiten van de dochter²⁴, of het bepalen door de moeder van het verkoop- en marketingbeleid van de dochter.²⁵

(b) Weerlegbaar vermoeden indien (quasi)totaliteit van de aandelen

14. Het *Goldman*-arrest vermeldt vaste rechtspraak waarin een moedervennootschap, die rechtsreeks of onrechtstreeks via een tussenvennootschap²⁶ in het bezit is van de (quasi)totaliteit van het kapitaal van haar inbreukplegende dochteronderneming, vermoed wordt daadwerkelijk een beslissende invloed te hebben uitgeoefend op het gedrag van deze dochteronderneming.²⁷ Indien de moeder dit vermoeden niet kan weerleggen, wordt zij aansprakelijk gehouden voor de inbreuk op het mededingingsrecht, zelfs indien ze niet betrokken of zelfs niet op de hoogte was van het gedrag van de dochter.²⁸

15. Het toepassingsgebied van dit weerlegbaar vermoeden werd geleidelijk uitgebreid. Aanvankelijk stelde het HvJ-EU als voorwaarde dat de moedervennootschap het volledige kapitaal van de dochteronderneming aanhield. Nadien werd deze vereiste echter afgezwakt tot “nagenoeg alle aandelen” en werd het vermoeden eveneens toegepast op een moeder die ruim 96% van de aandelen aanhield.²⁹ Een aandeel in het kapitaal van minder dan 80% volstond dan weer niet om toepassing te maken van dit vermoeden.³⁰

16. De bewijslast voor de Commissie wordt met andere woorden gereduceerd tot het bewijs van de inbreuk door de dochter en het bewijs van het aandeelhouderschap van de moeder.³¹

17. De moedervennootschap kan dit vermoeden weerleggen door aan te tonen dat de dochter zelfstandig opereert en niet louter instructies opvolgt. De beoordeling hangt hierbij af van de feitelijke context en in het bijzonder het bewijs van (het gebrek aan) een organisationele, economische en juridische band tussen de verschillende vennootschappen.

In de praktijk lijkt dit vermoeden echter zeer moeilijk te weerleggen.³²

(c) Toerekening van aansprakelijkheid aan moedervennootschappen van joint venture

18. Bovendien aanvaardt het HvJ-EU dat moedervennootschappen hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor de inbreuken begaan door hun joint ventures, zonder dat enige betrokkenheid van de moedervennootschappen moet worden vastgesteld.³³ Dit principe geldt zowel in geval van gelijke aandelen³⁴ als wanneer de moedervennootschappen een ongelijk deel aanhouden in de joint venture.³⁵

19. Aangezien de Commissie zich hier niet kan beroepen op het weerlegbaar vermoeden, moet zij aantonen dat de moedervennootschappen een beslissende invloed hebben uitgeoefend op de joint venture.³⁶ Er dient te worden aangetoond dat de moedervennootschappen gezamenlijk daadwerkelijke controle uitoefenen op de joint venture en diens commercieel beleid bepalen.³⁷

21. Ger.EU 27 oktober 2010, T-24/05, *Alliance One International e.a. / Commissie*, § 173-180.

22. Ger.EU 11 december 2003, T-66/99, *Mioan Lines / Commissie*, § 145.

23. HvJ 14 juli 1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries / Commissie*, § 137.

24. HvJ 6 maart 1974, gevoegde zaken C-6/73 en C-7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents / Commissie*, § 39-41.

25. Ger.EU 12 januari 1995, T-102/92, *VIHO Europe / Commissie*, § 48.

26. HvJ 5 maart 2015, gevoegde zaken C-93/13 P en C-123/13 P, *Commissie e.a. / Versalis e.a.*, § 43; HvJ 16 juni 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa / Commissie*, § 28.

27. HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 31 met verwijzing naar HvJ 8 oktober 2020, C611/18 P, *Pirelli & C. / Commissie*, § 68. Zo ook: HvJ 14 juli 1972, nr. 48/69, *Imperial Chemical Industries / Commissie*, § 136 en 137; HvJ 25 oktober 1983, nr. 107/82, *AEF Telefonen / Commissie*, § 50; HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 60; HvJ 16 november 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Commissie*, § 29.

28. HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 59.

29. HvJ 29 september 2011, C-520/09 P, *Arkema / Commissie*; Decision European Commission, COMP/F/38.645, § 265 (aandeelhouderschap van 97,60% en 96,48% voldoende geacht).

30. Decision European Commission COMP/COMP/38.456, § 231 en COMP/E-1/38.823, § 622 (aandeelhouderschap van 70-75% onvoldoende geacht); Decision European Commission COMP/39188, § 384 (onrechtstreeks aandeelhouderschap van 80% onvoldoende geacht).

31. HvJ 10 september 2009, C-97/08, *Akzo Nobel / Commissie*, § 61.

32. R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR* 2020, afl. 2, (109), 112; W. DEVROE, L. MICHAUX en B. BEEMS, “Aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het Europees mededingingsrecht”, *Corporate Finance Lab*, 2020.

33. HvJ 26 september 2013, C-172/12, *El du Pont de Nemours e.a. / Commissie*, § 47; HvJ 26 september 2013, C-179/12, *Dow Chemical / Commissie*, § 58.

34. Ger.EU 27 september 2006, T-314/01, *Avebe BA / Commissie*.

35. HvJ 15 juni 2012, C-494/11, *Otis / Commissie*, § 15: Otis SA had een aandeel van 75% in General Technic-Otis Sarl en General Technic Sarl hield de overige 25% aan. HvJ 18 januari 2017, C-623/15, *Toshiba / Commissie*, § 5: Toshiba Corp. had een aandeel van 35,50% en Matsushita Electric Industrial Co. Ltd hield 64,50% aan in de joint venture Matsushita Toshiba Picture Display Co. Ltd.

36. HvJ 15 juni 2012, C-494/11, *Otis / Commissie*, § 43.

37. Ger.EU 27 september 2006, T-314/01, *Avebe BA / Commissie*, § 141.

(d) Zelfs minderheidsaandeelhouders kunnen beslissende invloed uitoefenen

20. Verder werd in de Europese rechtspraak verduidelijkt dat het niet vereist is dat een moeder vennootschap een meerderheidsparticipatie in het maatschappelijk kapitaal van de dochteronderneming heeft opdat de inbreuk van deze laatste aan haar zou kunnen worden toegerekend.

21. Een moeder vennootschap met een minderheidsparticipatie kan immers eveneens daadwerkelijk een beslissende invloed op het marktgedrag van haar dochter uitoefenen “wanneer zij rechten heeft die verder gaan dan de rechten die normaal gesproken toekomen aan minderheidsaandeelhouders teneinde hun financiële belangen te beschermen”.³⁸ De daadwerkelijke uitoefening van een bestuursbevoegdheid door de moeder vennootschap over haar dochter kan onder meer blijken uit “de aanwezigheid, in de top van de dochteronderneming, van veel personen die bestuursfuncties uitoefenen binnen de moedermaatschappij” of de zakelijke betrekkingen tussen hen.³⁹

(e) Uitbreiding van weerlegbaar vermoeden indien (quasi)totaliteit van de stemrechten

22. Het *Goldman*-arrest breidt het toepassingsgebied van het weerlegbaar vermoeden (zie *supra* onder 2.3., (b)) verder uit.

23. Het Hof van Justitie verduidelijkt dat het feit dat de moeder vennootschap het (nagenoeg) gehele kapitaal van haar dochteronderneming bezit als zodanig *niet* ten grondslag ligt aan het weerlegbaar vermoeden, maar *wel* de mate waarin de moeder vennootschap zeggenschap heeft over haar dochteronderneming ten gevolge van dat bezit. Bijgevolg werd volgens het Hof van Justitie terecht geoordeeld dat “een moedermaatschappij die alle aan de aandelen in haar dochteronderneming verbonden stemrechten kan uitoefenen, zich in dat opzicht [...] in een situatie [bevindt] die vergelijkbaar is met die van een vennootschap die het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal van de dochteronderneming in handen heeft, zodat de moedermaatschappij in staat is om de economische en commerciële strategie van de dochteronderneming te bepalen”.⁴⁰

24. Los van het vermoeden, houdt het Hof van Justitie voor de beoordeling van de uitoefening van beslissende

invloed rekening met de economische realiteit, die bovendien uit een reeks onderling overeenstemmende gegevens kan worden afgeleid (ook al volstaat geen van die gegevens op zichzelf beschouwd om van een dergelijke invloed te kunnen spreken).⁴¹ Factoren waarmee rekening kan worden gehouden bij de beoordeling van de uitoefening van beslissende invloed zijn onder meer de bevoegdheid om:

- de leden van de verschillende raden van bestuur van de dochter te benoemen;
- de aandeelhouders voor de algemene vergaderingen op te roepen; en
- het ontslag van de bestuurders of van de volledige raad van bestuur voor te stellen.⁴²

25. Bovendien kan een economische eenheid tussen de moeder- en dochter vennootschap eveneens blijken uit een “informele personele vervlechting” tussen de juridische entiteiten: zoals wanneer een persoon, die deel uitmaakt van de raad van bestuur van een vennootschap, banden heeft met een andere vennootschap via eerdere diensten van adviesverlening of adviesverleningsovereenkomsten.⁴³

2.4. Link tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving: het *Skanska*-arrest

26. In de context van een vordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het Europees (en Fins) mededingingsrecht, stelde het Finse Hoogste Gerechtshof een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over welke entiteiten (privaatrechtelijk) aansprakelijk zijn voor vergoeding van schade veroorzaakt door een gedraging die inbreuk maakt op artikel 101 VWEU. Het Hof van Justitie besliste dat artikel 101 VWEU zo moet geïnterpreteerd worden dat de vennootschap, die de commerciële activiteiten van de inbreukpleger voortzet, aansprakelijk wordt gesteld voor de inbreuk op het mededingingsrecht gepleegd door de overgenomen vennootschap die intussen is opgehouden te bestaan.⁴⁴ Dit volgt uit het feit dat het begrip “onderneming” een autonoom begrip onder Europees recht is.⁴⁵

27. In het zogenaamde *Skanska*-arrest werd m.a.w. geoordeeld dat een economische eenheid niet enkel aansprakelijk is voor een inbreuk op het Europees mededingingsrecht op publiekrechtelijke vlak, maar eveneens kan worden aange-

³⁸ Ger.EU 12 juli 2011, T-132/07, *Fuji Electric / Commissie*, § 183.

³⁹ Ger.EU 12 juli 2011, T-132/07, *Fuji Electric / Commissie*, § 184: “Wanneer een moedermaatschappij tevens leverancier of klant is van haar dochter, heeft zij een bijzonder belang bij het sturen van de productie- of distributieactiviteiten van laatstgenoemde, teneinde volledig te kunnen profiteren van de toegevoegde waarde van de aldus gerealiseerde verticale integratie.”

⁴⁰ HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 35.

⁴¹ HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 67 met verwijzing naar HvJ 18 januari 2017, C623/15 P, *Toshiba / Commissie*, § 46 en 47.

⁴² HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 71.

⁴³ HvJ 27 januari 2021, C-595/18 P, *Goldman Sachs Group Inc. / Commissie*, § 94.

⁴⁴ HvJ 14 maart 2019, C-724/17, *Vantaan Kaupunki / Skanska*.

⁴⁵ HvJ 14 maart 2019, C-724/17, *Vantaan Kaupunki / Skanska*, § 47.

sproken voor de betaling van een schadevergoeding aan de slachtoffers van zo'n inbreuk. De theorie van de "economische continuïteit" wordt in *Skanska* dus doorgetrokken van de publieke naar de private handhaving.⁴⁶ Dit komt erop neer dat indien de rechtspersoon die aan een kartelinbreuk heeft

deelgenomen, ophoudt te bestaan of is overgenomen door een andere rechtspersoon, de verkrijgende rechtspersoon aansprakelijk is voor de deelname aan het inbreukmakende kartel.

3. "PARENTAL LIABILITY" IN PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING?

(a) Onenigheid omtrent toerekening van aansprakelijkheid aan de moeder vennootschap

28. Dit brengt ons bij de vraag of er plaats is voor de theorie van "parental liability" in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Hoewel het principe van "parental liability" al geruime tijd wordt gehanteerd en door de rechtspraak verfijnd in het kader van de publiekrechtelijke handhaving (zie *supra* onder 2.),⁴⁷ is de (mogelijke) toepassing ervan in de context van privaatrechtelijke handhaving een relatief recent en eerder controversieel topic.

29. Er lijken zich twee kampen te vormen omtrent de vraag naar de wenselijkheid (of zelfs toelaatbaarheid) van het concept "parental liability" in civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding⁴⁸:

- het ene kamp volgt de principes van het nationaal aansprakelijkheidsrecht, benadrukt dat de aansprakelijke een rechtspersoon is en beschouwt een toerekening van het gedrag van de dochteronderneming aan de moeder vennootschap als de invoering van een vorm van foutloze of kwalitatieve aansprakelijkheid⁴⁹, zoals een ouder voor een minderjarig kind in artikel 1384 oud BW⁵⁰;

- het andere kamp⁵¹ volgt de rechtspraak van het HvJ-EU, benadrukt dat de inbreukpleger een onderneming is en – aangezien zowel de dochteronderneming als de moeder vennootschap deel uitmaken van die onderneming – beschouwt de toerekening van het gedrag binnen de vennootschapsgroep als een toepassing van het principe van persoonlijke aansprakelijkheid.⁵²

(b) Principe van persoonlijke aansprakelijkheid als fundament van Belgisch civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht

(i) *Principe: (rechts)persoon is aansprakelijk voor eigen fout*

30. In het Belgisch burgerlijk aansprakelijkheidsrecht geldt als uitgangspunt het principe van persoonlijke aansprakelijkheid. Dit wil zeggen dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon slechts aansprakelijk is wanneer deze zich schuldig heeft gemaakt aan een toerekenbare, eigen onrechtmatige daad.⁵³ Een uitzondering op dit principe is de objectieve aansprakelijkheid: deze aansprakelijkheid is niet gebaseerd op een eigen fout, maar op een bepaalde rol, hoedanig-

46. R. JASPERS en T. BINDER, "Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?", *DAOR* 2020, afl. 2, (109), 112.

47. Zie meest recent de uitbreiding in omgekeerde zin waarbij dochterondernemingen aansprakelijk kunnen zijn voor inbreuken gepleegd door de moederonderneming, in HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, *Sumal SL / Mercedes Benz Trucks Espana SL*.

48. Over het bestaan van deze twee kampen, zie W. DEVROE, L. MICHAUX en B. BEEMS, "Aansprakelijkheid van moeder vennootschappen in het Europees mededingingsrecht", *Corporate Finance Lab*, 2020. Een gelijkaardige tweedeling is terug te vinden in het ruimere debat omtrent de rechtspersoonlijkheid van groepsvennootschappen in het algemeen: "Rechtspersoonlijkheid [wordt] enerzijds beschouwd als 'een fictie waarover derden kunnen heen stappen' en anderzijds als een 'hoeksteen van ons juridisch denken', die als zodanig niet voor relativisering in aanmerking komt." (A. VAN HOE, "Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen" in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 10-11).

49. Zie ook onder Frans recht: J. FOURGOUX, "L'exercice de l'action en réparation sous l'emprise de la jurisprudence de la Cour de justice", *Rev. Aff. Eur.*, 2020/3, p. 543-544: "Les autorités de concurrence sanctionnent l'entreprise, le juge, la personne juridique et les notions sont forcément distinctes. [...] elle pourrait avoir comme 'conséquence majeure' de créer un cas de responsabilité pour autrui et d'anticiper l'application de la directive."

50. Hoewel een auteur erop wijst dat een betere vergelijking de buitencontractuele aansprakelijkheid is van eigenaar/gebruiker/bedienaar voor ontsnapte dieren (overeenkomstig art. 1385 oud BW), omdat ook ondernemingen de toerekening van schendingen van het mededingingsrecht niet als zodanig afweren door onderbouwd aan te tonen dat zij de concrete schadeverwekkende daad niet hebben kunnen beletten, in tegenstelling tot de ouders, onderwijzers en ambachtslieden (overeenkomstig art. 1384, vijfde al., oud BW) (A.-M. VAN DEN BOSSCHE, "Niet schuldig, wel verantwoordelijk. De toerekenbaarheid van inbreuken op het mededingingsrecht binnen groepen" in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Bruxelles, Intersentia, 2013, p. 24. Omwille van dit verschil erkennen sommige auteurs de aansprakelijkheid van ouders, onderwijzers of ambachtslieden niet als eigenlijke objectieve aansprakelijkheid, maar eerder een overgangsvorm: er wordt weliswaar afgeweken van het gemeen recht, maar de vraag blijft of zij zich al dan niet zelf zorgvuldig hebben gedragen; enkel de bewijslast wordt omgekeerd door het wettelijke vermoeden van fout (zie H. BOCKEN, "Van fout naar risico: een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht", *TPR* 1984, (329), 334).

51. Zie ook onder Nederlands recht: S.L. BOERSEN en S. DE JONG, "Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?", *MvV* 2019, nrs. 7-8, (279).

52. Zo ook Adv. Gen. N. WAHL: Concl. 6 februari 2019, C-724/17, *Vantaan Kaupunki / Skanska*, § 55-64.

53. Cass. 3 oktober 1994, *RW* 1996-97, 1227; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, 85, nr. 130.

heid of kwaliteit.⁵⁴ Aangezien dit afwijkt van het gemeen aansprakelijkheidsrecht, vereist dit een wettelijke basis.⁵⁵

31. Dit principe van persoonlijke aansprakelijkheid is ook van toepassing op vorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op het Europees mededingingsrecht.⁵⁶

32. Daarnaast erkent de wetgever de creatie van vennootschapsvormen met een eigen rechtspersoonlijkheid, die investeerders en ondernemers bovendien de mogelijkheid bieden om hun aansprakelijkheid te beperken. Gelet op deze afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, zijn een moeder- of zustervenootschap (of de aandeelhouders) niet aansprakelijk voor de onrechtmatige daad gesteld door een vennootschap uit dezelfde groep.

(ii) *Uitzondering: doorbraak van de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen*

33. Als tegengewicht van de afgescheiden rechtspersoonlijkheid en de aansprakelijkheidsbeperking worden weliswaar een hele reeks waarborgen voorzien om te voorkomen dat de rechtmatige belangen van derden in het gedrang zouden komen.⁵⁷ Naast regels inzake o.a. minimumkapitaal of de publicatie van en controle op de jaarrekening, voorziet het Belgisch recht ook een beperkte mogelijkheid om de aansprakelijkheidsbeperking te doorbreken.

34. Slechts in specifieke gevallen wordt de uitbreiding van de aansprakelijkheid tot andere personen aanvaard. Men heeft het dan wel eens over “*piercing or lifting the corporate veil*” (i.e. het doorbreken of opheffen van de principiële, wettelijk geregelde vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen).⁵⁸ Een dergelijke doorbraak is echter uitzonderlijk.⁵⁹ Afgezien van bepaalde vormen van vrijwillige doorbraak van de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen (bv. een borgstelling of patronaatsverklaring van de moeder ten aanzien van de schuldeisers van haar dochter⁶⁰), moet de doorbraak immers een wettelijke (bv. oprichtersaansprakelijkheid⁶¹, aandeelhoudersaansprakelijkheid⁶² of aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder in geval van faillissement⁶³) of gerechtelijke (bv. rechtsmisbruik, schending van gerechtvaardigde verwachtingen of de schijnleer⁶⁴) basis hebben.⁶⁵

35. De weinige voorbeelden in de Belgische rechtspraak van een doorbraak van aansprakelijkheid tonen aan dat hier niet lichtzinnig mee wordt omgesprongen: het betreffen gevallen waar de wetgever een bijzondere rechtsgrond tot doorbraak had ingevoerd of in geval van uiterst bijzondere omstandigheden.⁶⁶ Een auteur besloot als volgt: “[...] *het principe van de aansprakelijkheidsbeperking, c.q. het principe van de afgescheiden rechtspersoonlijkheid, [vormt] een essentieel fundament van ons economisch bestel [...] waarmee voorzichtig moet worden omgesprongen indien men*

⁵⁴ H. BOCKEN, “Van fout naar risico: een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, *TPR* 1984, (329), 331.

⁵⁵ H. BOCKEN, “Van fout naar risico: een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, *TPR* 1984, (329), 374. Voorbeelden van objectieve aansprakelijkheid: eigenaars of gebruikers van dieren (art. 1385 oud BW), eigenaars van gebouwen (art. 1386 oud BW), bewaars van een gebrekkige zaak (art. 1384, § 1 oud BW), producenten van giftig afval (art. 7 wet 22 juli 1974), exploitanten van vliegtuigen (verdrag van Rome van 7 oktober 1952), exploitanten van kerncentrales (verdrag van Parijs van 29 juli 1960).

⁵⁶ T. SCHOORS, T. BAEYENS, W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, afl. 239, 201.

⁵⁷ E. SIMONS en W. VAN TONGELEEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, I.3 – 27-28.

⁵⁸ E. SIMONS en W. VAN TONGELEEN, “Aansprakelijkheid van de aandeelhouders” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2007, I.3 – 40a; H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, III.5 – 19; B. DE MOOR en F. KORKMAZER, “Aansprakelijkheid van bestuurders van groepsverbonden vennootschappen” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, III.6 – 32-41.

⁵⁹ B. DE MOOR en F. KORKMAZER, “Aansprakelijkheid van bestuurders van groepsverbonden vennootschappen” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, III.6 – 33.

⁶⁰ B. DE MOOR en F. KORKMAZER, “Aansprakelijkheid van bestuurders van groepsverbonden vennootschappen” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, III.6 – 33-36.

⁶¹ Art. 229, 5°, 405, 5° en 456, 4° oud W.Venn.

⁶² Art. 646, 212, 213 oud W.Venn.

⁶³ Art. 265, 409 en 530 oud W.Venn.

⁶⁴ Zoals bv.: manifeste onderkapitalisatie van de dochtervennootschap door de moeder, instandhouding door de moeder van verlieslatende activiteiten van de dochter, of toekennen door de moeder van een onrechtmatige schijn van kredietwaardigheid van de dochter. Zie B. DE MOOR en F. KORKMAZER, “Aansprakelijkheid van bestuurders van groepsverbonden vennootschappen” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, III.6 – 38-41; E. SIMONS en W. VAN TONGELEEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, I.3 – 40b-40d.

⁶⁵ Naast de doorbraak van de beperkte aansprakelijkheid verwijst de rechtsleer ook naar de mogelijkheid van (objectieve) vereenzelviging. Voor duiding bij dit onderscheid en een pleidooi voor de rechterlijke toepassing van de vereenzelviging, zie A. VAN HOE, “Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 17-18.

⁶⁶ E. SIMONS en W. VAN TONGELEEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, I.3 – 40y *et seq.* die ook de bestaansredenen benadrukken voor de invoering van aansprakelijkheidsbeperkingen van vennootschappen: (i) bevordering van het ondernemerschap, (ii) vereenvoudiging van contractuele relaties, (iii) vermindering van bestuurskosten, (iv) bevordering van verhandelbaarheid van aandelen en reductie van de kosten verbonden aan aandelentransacties en (v) bevordering van de ontwikkeling van grote vennootschapsgroepen.

*buiten een expliciete wettelijke bepaling om de gevolgen van dit principe wenst te temperen.*⁶⁷

36. In geen van deze gevallen van doorbraak van aansprakelijkheid volstaat echter een bewijs van beslissende invloed.⁶⁸ Zowel de rechtsleer als de rechtspraak erkennen dat een vennootschap niet aansprakelijk gesteld kan worden voor daden van een andere vennootschap omdat (i) deze eerste zich als feitelijke bestuurder van deze laatste gedragen zou hebben, of (ii) een moeder louter en alleen meerderheidsaandeelhouder is van een dochter of (iii) moeder en dochter eenzelfde persoon als aandeelhouder of bestuurder hebben. Integendeel, de moedervennootschap zal enkel aansprakelijk zijn op burgerrechtelijk vlak indien het zelf heeft bijgedragen tot de onrechtmatige handeling van de dochtervennootschap.⁶⁹

(iii) Gevolg: Belgische rechtspraak en rechtsleer afkerig tegenover “parental liability”

37. Gelet op bovenstaande principes, hoeft het niet te verbazen dat in de Belgische rechtspraak voorbeelden te vinden zijn van een uitdrukkelijke afwijzing van de theorie van “parental liability” in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.⁷⁰

38. Ook in de Belgische rechtsleer klinkt er weerstand tegen de toepassing van het weerlegbaar vermoeden dat een moedervennootschap die (bijna) 100% van het kapitaal in de dochteronderneming aanhoudt, aansprakelijk is voor de inbreuk gepleegd door haar dochteronderneming. Zo werd er vastgesteld dat het Belgisch recht geen feitelijk vermoeden kent dat een moedervennootschap een fout heeft begaan enkel omdat zij haar dochteronderneming niet heeft kunnen weerhouden een inbreuk te plegen.⁷¹ Zelfs in geval van een toerekening van de inbreuk aan de moeder in een beschikking van de Commissie werd door sommigen geopperd dat de moedervennootschap alsnog zou kunnen ontsnappen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid, omdat (i) niet elke inbreuk gelijkgesteld wordt met een fout in de zin van de

artikelen 1382-1383 oud BW en de eiser dus nog afzonderlijk een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm moet aantonen of (ii) de moeder niet wetens en willens een fout heeft begaan.⁷²

(c) Kartelschaderichtlijn en Belgische omzettingswet raken niet aan principes van gemeen recht

39. De kartelschaderichtlijn, die een harmonisatie beoogt van de nationale materiële en procedurele regels inzake privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht, stelt dat de verplichting om de schade te vergoeden rust op “*ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht*”.⁷³ Bij gebrek aan definitie van de term “onderneming”, bepaalt de kartelschaderichtlijn echter niet uitdrukkelijk wie aansprakelijk kan worden gesteld. Die beslissing zou toekomen aan het nationaal burgerlijk aansprakelijkheidsrecht.⁷⁴

40. Bovendien erkent de kartelschaderichtlijn dat de lidstaten andere voorwaarden mogen koppelen aan de vergoeding van de schade, zoals de toerekenbaarheid of de schuld, “*voor zover deze stroken met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met de beginselen doeltreffendheid en gelijkwaardigheid en met deze richtlijn*”.⁷⁵

41. De ruimte die deze preambule van de kartelschaderichtlijn laat aan het nationaal recht is een concrete toepassing van de ruimere rechtspraak van het HvJ-EU. Zo erkent het HvJ-EU immers dat het, bij gebreke van een communautaire regelgeving ter zake, aan de lidstaten toekomt om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels⁷⁶ vast te stellen. De enige grens die het Hof hieraan stelt, is dat de regels “*niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de*

67. E. SIMONS en W. VAN TONGELEEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, I.3 – 40a-b.

68. Bv.: “*Het feit dat een moedervennootschap meerderheidsaandeelhouder is in de dochtervennootschap, volstaat op zichzelf niet om als feitelijk bestuurder te worden gekwalificeerd.*” (V. CARRON, “De feitelijke bestuurder” in *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, II.1 – 30); Kh. Luik 5 april 2000, *JLMB* 2001, 395.

69. Zie ook onder Nederlands recht: R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, afl. 3-4, 523.

70. Kh. Brussel (Nl.) 24 april 2015, *TBM* 2015, 217.

71. I. CLAEYS en M. VAN NIEUWENBORGH, “De rechtsovername tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?”, *RDC-TBH*, 2018/2, (119), § 17.

72. I. CLAEYS en M. VAN NIEUWENBORGH, “De rechtsovername tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?”, *RDC-TBH*, 2018/2, (119), § 17.

73. Art. 11, 1. kartelschaderichtlijn.

74. R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, ed. 3-4, 522; C. CAUFFMAN, “Het begrip ‘onderneming’ in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor gedragingen van hun dochtervennootschappen naar Belgisch recht” in N. CARETTE en B. WEYTS, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 141.

75. Preambule 11 van de kartelschaderichtlijn.

door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)”.⁷⁷

42. De Belgische omzettingswet⁷⁸ behoudt de aansprakelijkheidsvereiste van een fout.⁷⁹ Zo stelt de Belgische wet uitdrukkelijk dat een slachtoffer van een mededingingsinbreuk recht heeft op een schadevergoeding “overeenkomstig het gemeen recht”.⁸⁰

(d) Vergelijking met buurlanden met gelijkaardige principes van persoonlijke aansprakelijkheid

(i) Terughoudendheid in Franse rechtspraak en rechtsleer

43. Het Frans recht kent evenmin een aansprakelijkheid van een vennootschapsgroep, maar enkel de persoonlijke aansprakelijkheid van een rechtspersoon.⁸¹

44. Bijgevolg werd pre-Skanska het enkel mogelijk geacht om andere vennootschappen van dezelfde “onderneming” civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor inbreuken gepleegd door een van de groepsvennootschappen, op voorwaarde dat een eigen fout van die vennootschap kan worden aangetoond.⁸²

45. Ook na het Skanska-arrest blijft sommige Franse rechtsleer kritisch voor de mogelijke toepassing van de theorie van “parental liability” in het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht: aangezien het Frans aansprakelijkheidsrecht gebaseerd is op rechtspersonen en niet op “ondernemingen”

in de zin van het HvJ-EU, kunnen de inbreukplegers zoals weerhouden door de mededingingsautoriteiten verschillen van zij die kunnen worden aangesproken door de slachtoffers van de inbreuk.⁸³

Het toerekenen van het gedrag van een dochteronderneming aan de moedervernootschap louter omwille van haar deelneming in het kapitaal zou neerkomen op een soort kwalitatieve aansprakelijkheid.⁸⁴

(ii) Mogelijke impact van Skanska-arrest op principiële afwijzing in Nederlandse rechtsorde

46. Ook het Nederlands aansprakelijkheidsrecht is gebaseerd op principes van afgescheiden rechtspersoonlijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan hiervan worden afgeweken en kunnen rechters de vennootschapsconstructie doorbreken (“piercing the corporate veil”).⁸⁵ Bijgevolg werd ook hier gesteld dat moedervernootschappen slechts aansprakelijk gesteld kunnen worden omwille van hun eigen onrechtmatig gedrag.⁸⁶

47. In het pre-Skanska-tijdperk, heeft de Nederlandse rechtspraak zich uitdrukkelijk verzet tegen een toerekening van civielrechtelijk aansprakelijkheid aan een moedervernootschap voor inbreuken van haar dochter, louter omdat artikel 101 VWEU van toepassing is op “ondernemingen” die – volgens de rechtspraak van het HvJ-EU – een economische eenheid uitmaken die kan bestaan uit meerdere (rechts)personen.

48. In het kader van een kartel in de elektriciteitssector

⁷⁶. Hierbij merken we op dat het Hof het niet louter had over regels van procesrecht *sensu stricto*, maar ruimer over regels die een invloed hebben op de reikwijdte van het recht op schadevergoeding (zie C. CAUFFMAN, “Het begrip ‘onderneming’ in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedervernootschappen voor gedragingen van hun dochtervennootschappen naar Belgisch recht” in N. CARETTE en B. WEYTS, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 146.

⁷⁷. HvJ 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd / Bernard Crehan*, § 29.

⁷⁸. Wet van 6 juni 2017 houdende invoeging van een Titel 3 “De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht” in Boek XVII van het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van economisch recht (BS 12 juni 2017).

⁷⁹. I. CLAEYS en M. VAN NIEUWENBORGH, “De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?”, *RDC-TBH*, 2018/2, (119), § 14.

⁸⁰. Art. XVII.72 WER. Ook in de parlementaire voorbereiding werd bevestigd dat dit principe “op geen enkel punt afwijkt van het gemeen recht” (*memoirie van toelichting*, § 18).

⁸¹. R. SAINT-ESTEBEN, “La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales: la voix du silence”, *Concurrences* 2014, afl. 3, 5.

⁸². Zie Cass. (com.) 6 oktober 2015, n° 13-24.854, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871.

⁸³. “Le droit de la responsabilité civile, notamment en droit français, ne se fonde pas sur la notion d’entreprise mais sur celle de personnes physique ou morale. Il peut donc y avoir une distorsion entre l’identification des auteurs de l’infraction pour les autorités de concurrence en conséquence de la notion d’entreprise et la personne susceptible d’être mise en cause par les victimes de la pratique anticoncurrentielle.” (M. BOUDOU, “Les différentes facettes de l’effet liant des décisions des autorités de concurrence sur les actions consécutives en réparation”, *Rev. Aff. Eur.*, 2020/3, p. (571), 574).

⁸⁴. “En revanche, la solution paraît plus contestable lorsque la société mère n’est mise en cause par la décision de l’Autorité de la concurrence que du fait de sa détention capitalistique. Retenir sa responsabilité civile serait reconnaître une responsabilité du fait d’autrui. Il ne semble pas que la jurisprudence ait tranché cette question et l’article L481-1 du Code de commerce, reprenant la directive dommages, ne clarifie pas la situation.” (M. BOUDOU, “Les différentes facettes de l’effet liant des décisions des autorités de concurrence sur les actions consécutives en réparation”, *Rev. Aff. Eur.*, 2020/3, p. (571), 575).

⁸⁵. R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, ed. 3-4, 522.

⁸⁶. R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, ed. 3-4, 523.

oordeelde een Nederlandse rechtbank in eerste aanleg dat hoewel in het Europees recht betekenis toekomt aan economische eenheden, zoiets niet kan in het Nederlands schadevergoedingsrecht, waar de verschillende rechtspersonen een eigen onrechtmatige daad kan worden aangerekend en een zelfstandig verwijt kan worden gemaakt.⁸⁷

49. Een ander voorbeeld waar de Nederlandse rechter de toepassing van “parental liability” afwijst, is te vinden in schadeclaims die werden ingesteld naar aanleiding van het zogenaamde liftenkartel. De rechter oordeelde uitdrukkelijk dat in het Nederlands recht “een vennootschap in beginsel niet aansprakelijk [is] 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 standpunt niet op”.⁸⁸ Deze uitspraak werd overigens bevestigd in hoger beroep.⁸⁹

50. Men kan zich echter afvragen of de Nederlandse rechtspraak een koerswijziging heeft ingezet na het *Skanska*-arrest (zie *supra* onder 2.4.).

51. Zo deed het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak over een vordering tot schadevergoeding wegens een vastgesteld kartel in de elektriciteitssector, nadat het de partijen standpunt had laten innemen omtrent de betekenis en reikwijdte van het *Skanska*-arrest. De rechter in hoger beroep oordeelde dat, hoewel *in casu* de problematiek van “economische continuïteit” niet aan de orde was, het *Skanska*-arrest toch relevant was omdat hieruit volgt dat het niet het nationaal recht, maar wel het Unierecht is dat bepaalt welke entiteit(en) aansprakelijk kan (kunnen) worden gehouden voor de schade die voortvloeit uit een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.⁹⁰

Het Gerechtshof besloot dat “[n]u het HvJ-EU in het *Skanska*-arrest heeft geoordeeld dat de kwestie van de aanwijzing van de entiteit(en) die gehouden is/zijn tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade, rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht, almede dat het begrip ‘onderneming’ een autonoom unierechtelijk begrip is dat in de publieke- en de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht hetzelfde moet worden uitgelegd en centraal staat bij de beoordeling welke entiteit(en) aansprakelijk is/zijn, is voor een beoorde-

ling van aansprakelijkheid van *Cogellex* op nationaalrechtelijke grondslagen geen plaats meer”.⁹¹

52. Echter, later nuanceerde de rechtbank te Amsterdam bovenstaande *Cogellex*-uitspraak door te wijzen op de specifieke omstandigheden waarin de prejudiciële vraag in *Skanska* werd gesteld. De rechter verwees vooreerst naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de voorwaarden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deelnemers aan een mededingingsrechtelijke inbreuk door het nationaal recht worden bepaald, met inachtneming van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.⁹² Verder stelde de rechtbank vast dat de overwegingen in het *Skanska*-arrest, dat eenzelfde ondernemingsbegrip gehanteerd moet worden in het kader van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, moeten worden gezien in de context van de prejudiciële vraag: “Het is dan ook niet onverenigbaar met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid dat een vennootschap, die ten aanzien van de vennootschap die een inbreuk heeft begaan de hoedanigheid van overnemende vennootschap heeft, voor deze inbreuk aansprakelijk wordt gesteld, wanneer de overgenomen vennootschap niet langer bestaat.”⁹³ Het *Skanska*-arrest stelt echter nergens dat het leerstuk van de economische continuïteit ook buiten dit specifieke geval kan worden toegepast.

De rechtbank besluit dan ook dat er “geen steun te vinden [is] in het *Skanska*-arrest” voor de bewering dat een eiser zou “kunnen kiezen welke entiteiten van een onderneming zij op basis van civielrechtelijke aansprakelijkheid [zou] kunnen aanspreken ongeacht of die entiteiten betrokken waren bij de inbreuk op het kartelverbod”.⁹⁴

53. Ook in de Nederlandse rechtsleer wordt gewezen op de specifieke feitelijke context waarin het *Skanska*-arrest moet worden begrepen en roepen sommige auteurs op om terughoudend te zijn met de conclusie dat eisers via het Unierechtelijk ondernemingsbegrip civielrechtelijke andere entiteiten kunnen aanspreken dan de vennootschap die rechtstreeks bij de inbreuk betrokken was: “De situatie in *Skanska* is een uitzonderingsgeval, waarbij doorslaggevend was dat de gemeente Vantaa geen verhaal zou kunnen nemen voor de geleden schade als de economische opvolgers van de inbreukmakers niet civielrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld. Dat is in de meeste follow-on zaken niet het geval.”⁹⁵

⁸⁷. Rb. Oost-Nederland 13 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403.

⁸⁸. Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, § 4.7.

⁸⁹. Ger. Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1060.

⁹⁰. Ger. Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165, §2.5: “Het ruime ondernemingsbegrip dat het HvJEU reeds hanteerde bij de beoordeling van de publiekrechtelijke sanctiëring van inbreuken, wordt in het *Skanska*-arrest doorgetrokken naar de privaatrechtelijke handhaving door middel van een vordering tot schadevergoeding.”

⁹¹. Ger. Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165.

⁹². Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882, § 5.37-5.40.

⁹³. Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882, § 5.38.

⁹⁴. Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882, § 5.39.

⁹⁵. S.L. BOERSEN en S. DE JONG, “Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?”, *MvV* 2019, nrs. 7-8, (279), 285.

(e) Wat nu met civielrechtelijke aansprakelijkheid van de moeder vennootschap na het *Skanska*-arrest?

54. Enerzijds wordt het *Skanska*-arrest bejubeld, omdat het slachtoffers van mededingingsinbreuken een ruime keuze zou laten welke rechtspersoon, die tot de inbreukplegende “onderneming” behoort, aan te spreken in een vordering tot schadevergoeding voor een nationale rechter. Bijgevolg staat het slachtoffers vrij om de meest solvabele verweerder te kiezen binnen de vennootschapsgroep (de zogenaamde “deep pockets”).⁹⁶

55. Anderzijds rijst de vraag of het Hof van Justitie hier geen afbreuk doet aan het Belgische (zoals in de meeste civielrechtelijke Europese landen) principe van afzonderlijke rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid. Indien op privaatrechtelijk vlak een soort “groepsaansprakelijkheid” zou worden ingevoerd, zou men veronderstellen dat het aan de lidstaten is om hun nationale vennootschaps- en aansprakelijkheidsrecht hieraan aan te passen.⁹⁷ Een te ruime lezing van het *Skanska*-arrest kan bovendien de deur openzetten naar een verschillende toepassing van fundamentele principes van het Belgisch aansprakelijkheidsrecht, afhankelijk van de vraag of deze principes al dan niet betrekking hebben op een vordering wegens schending van het Europees mededingingsrecht of wegens een andere onrechtmatige daad.

56. Het is dan ook de vraag hoe hier in de Belgische rechtsorde mee zal worden omgegaan.

(i) *Beperkte rechtspraak schept weinig duidelijkheid omtrent gevolgen op civielrechtelijk vlak*

57. Sinds het *Skanska*-arrest heeft de Brusselse ondernemingsrechtbank melding gemaakt van het concept “parental liability” in de context van het zogenaamde vrachtwagenkartel.

58. In tegenstelling tot wat dezelfde rechtbank in het verleden heeft geoordeeld⁹⁸, meent de rechter dat het principe van “parental liability” wel kan worden doorgetrokken naar het privaatrecht.⁹⁹ Ter ondersteuning van deze koerswijziging wordt verwezen naar de arresten *Bolloré*¹⁰⁰ en *Skanska*.¹⁰¹ Hierbij weze opgemerkt dat zowel de Brusselse ondernemingsrechtbank als de rechtbank Midden-Neder-

land (zie *supra* onder 3., (d), (ii)) naar het arrest *Bolloré* verwijzen en wel ter ondersteuning van diametraal tegenovergestelde standpunten: volgens de Belgische rechter volgt uit dit arrest dat het concept “parental liability” op privaatrechtelijk vlak moet worden doorgetrokken, terwijl de Nederlandse rechter juist meent dat dit arrest en de conclusie van advocaat-generaal BOT net stellen dat een nationale rechter zal moeten nagaan of, en zo ja in welke mate, een moeder vennootschap “zelf bij de inbreuk van het kartelverbod was betrokken”.¹⁰²

59. Het vervolg van de beslissing van de Brusselse ondernemingsrechtbank zorgt er echter voor dat niet eenduidig van een ommekeer in de rechtspraak kan worden gesproken.

Hoewel volgens het Europese principe van “parental liability” geen afzonderlijke fout van de moeder moet worden vastgesteld, bepaalt de rechtbank immers dat de moeder slechts aansprakelijk gesteld kan worden voor de inbreuk van haar dochter indien de nationale rechter “haar persoonlijke aansprakelijkheid of fout” vaststelt en de moeder m.a.w. zelf bij de inbreuk betrokken was. De rechtbank besluit dat de moeder vennootschap een persoonlijke fout in de zin van artikel 1382 BW heeft begaan, doordat ze de gedragingen van haar dochters door “de uitoefening van het toezicht [...] tot de hare [heeft] gemaakt”.¹⁰³ Aangezien een eigen fout in hoofde van de moeder vennootschap wordt weerhouden, kan men zich dus afvragen of dit wel een toepassing van het eigenlijke concept “parental liability” (als in: de automatische toerekening aan de moeder zodra die een beslissende invloed uitoefent, zonder vereiste van eigen betrokkenheid bij de inbreuk) betreft.¹⁰⁴

(ii) *Hoe moet het verder: negeren, confirmeren, innoveren of verzoenen?*

(A) Negeren: het komt niet aan het Hof van Justitie toe om fundamentele van het Belgisch civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht te hervormen

60. De Europese wetgever en de Europese rechtbanken drukken steeds vaker hun stempel op het nationaal privaatrecht. Uitspraken als het *Goldman*- of *Skanska*-arrest en de initiatieven van de Europese Commissie om privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht te promoten, beperken de autonomie van de nationale rechters en kunnen leiden tot spanningen tussen het nationaal en supranationaal recht.

⁹⁶ R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR* 2020, afl. 2, (109), 112.

⁹⁷ R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR* 2020, afl. 2, (109), 112.

⁹⁸ Kh. Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, nr. 3, p. 212.

⁹⁹ Kh. Brussel 24 december 2019, *NJW* 2020, afl. 427, 645.

¹⁰⁰ HvJ 3 september 2009, gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, *Bolloré SA e.a. / Commissie*.

¹⁰¹ HvJ 14 maart 2019, C-724/17, *Vantaan Kaupunki / Skanska*.

¹⁰² Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, § 4.8-4.9.

¹⁰³ Kh. Brussel 24 december 2019, *NJW* 2020, afl. 427, 646.

¹⁰⁴ Zo ook: V. SCHOLLAERT, “Aansprakelijkheidsvordering voor kartelschade”, *NJW* 2020, afl. 427, 647-649 (noot onder Kh. Brussel 24 december 2019, *NJW* 2020, afl. 427, 642).

61. Lidstaten zouden bovendien kunnen opwerpen dat het Hof van Justitie in het *Skanska*-arrest het domein van de wetgever heeft betreden, omdat het via de achterdeur een concept van “groepsaansprakelijkheid” tracht in te voeren, wat in principe aan de lidstaten zelf zou toekomen.¹⁰⁵

62. Echter, gelet op de primauteit van het Europees recht in de Belgische rechtsorde en de voorwaarde die de kartelschaderichtlijn aan de vrijheid van het nationaal recht heeft gekoppeld (i.e. “voor zover deze stroken met de jurisprudentie van het Hof van Justitie”), lijkt het louter negeren van de rechtspraak van het Hof van Justitie een weinig haalbare optie. Hoe dan ook zal de rechtspraak van het Hof van Justitie een plaats moeten krijgen binnen het nationaal aansprakelijkheidsrecht.

(B) Confirmeren: voortaan zijn moedervervenootschappen sowieso aansprakelijk voor het gedrag van hun dochterondernemingen

63. Volgens sommige auteurs heeft het Hof van Justitie de concepten van “*economische continuïteit*” en “*parental liability*” toegevoegd aan de nationale regels omtrent de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.¹⁰⁶

64. Echter, het louter kopiëren van deze Europeesrechtelijke concepten in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht kan ingaan tegen de juridische fundamente van privaatrechtelijke concepten en kan de coherentie en homogeniteit in nationale rechtsordes in het gedrang brengen. Hierbij werd eerder al gewaarschuwd voor het gevaar van het verbreken van de eenheid van het geldend nationaal aansprakelijkheidsrecht.¹⁰⁷

(C) Innoveren: het Belgische aansprakelijkheidsrecht evolueert naar vennootschapsgroepen in plaats van rechtspersonen als uitgangspunt

65. Het *Skanska*-arrest kan ook worden aangegrepen als motivatie om (oude) juridische fundamente aan te passen aan de economische realiteit van vandaag.

66. Reeds voor er sprake was van dit arrest werd door sommige auteurs al gewezen op de toenemende spanning tussen

de formele rechtsorde waar de alleenstaande rechtspersoon centraal staat en de economische realiteit van de vennootschapsgroep.¹⁰⁸ Bij afwezigheid van een innovatief wettelijk kader¹⁰⁹, kan een taak zijn weggelegd voor de nationale rechter om de realiteit van de vennootschapsgroep in rekening te brengen (door o.a. technieken als vereenzelviging of doorbraak van de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen, of de ruime invulling van de vereiste van “fout” in hoofde van de aangesproken entiteit; zie *supra* onder 3., (b), (i) en (ii)).¹¹⁰

67. Echter, het toekennen van verschillende betekenissen aan fundamentele rechtsinstituten, zoals de afgescheiden rechtspersoonlijkheid, afhankelijk van de context moet met de nodige omzichtigheid benaderd worden. De bestaansredenen voor de invoering van de beperkte aansprakelijkheid van een rechtspersoon (zie *supra* onder 3., (b), (i)) zijn nog steeds voorhanden. Bovendien lijkt het de rechtszekerheid alleszins niet ten goede te komen indien binnen de nationale rechtsorde de mogelijke toerekening van aansprakelijkheid aan een moedervervenootschap afhangt van de materiële regel die een van de groepsvennootschappen heeft geschonden.

(D) Verzoenen: het Skanska-arrest is een toepassing van de reeds bestaande uitzonderingen op het principe van persoonlijke aansprakelijkheid

68. Vooreerst moet erkend worden dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht nog steeds onderscheiden domeinen zijn waarop verschillende regels van toepassing zijn:

- artikelen 101 en 102 VWEU (*publiekrechtelijke handhaving*) zijn van toepassing op “ondernemingen” in de zin van “economische eenheden” die uit meerdere (rechts)personen kunnen bestaan, terwijl het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht gericht is op afzonderlijke (rechts)personen (*privaatrechtelijke handhaving*);
- de Commissie kan een moedervervenootschap een boete opleggen voor een inbreuk gepleegd door haar dochter en het Hof van Justitie beschouwt de verantwoordelijkheid van de moedervervenootschap desgevallend als een persoonlijke aansprakelijkheid, aangezien deze vennootschappen deel uitmaken van eenzelfde onderneming (*publiekrechtelijke handhaving*), terwijl het

¹⁰⁵ R. JASPERS en T. BINDER, “Liability for competition infringements after *Skanska*: where do we stand?”, *DAOR* 2020, afl. 2, 112.

¹⁰⁶ Niet verrassend betreffen dit gewoonlijk auteurs met een zeker affiniteit voor de eisende partijen in een vordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht; zie bv. J. VAN EETVELDE en M. VERHULST, “The *ECJ Vantaan kaupunki* case: piercing the corporate veil via private enforcement of EU Competition Law”, *Corporate Finance Lab* 2019, www.corporatefinancelab.org/2019/03/18/the-ECJ-vantaan-kaupunki-case-piercing-the-corporate-veil-via-private-enforcement-of-eu-competition-law/.

¹⁰⁷ T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, afl. 239, 213.

¹⁰⁸ A. VAN HOE, “Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 2.

¹⁰⁹ In tegenstelling tot bv. Duitsland dat wel een vorm van “concernaansprakelijkheid” kent.

¹¹⁰ A. VAN HOE, “Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen” in *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, 1ste ed., Brussel, Intersentia, 2013, p. 5 met verwijzing naar S.M. BARTMAN, *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1989, 7: “Het dilemma van de rechter bij geschillen op dit terrein is nu dat hij die primair moet beoordelen met behulp van een normenstelsel dat uitgaat van de idee van de zelfstandige rechtspersoon, terwijl het feitencomplex slechts naar afhankelijke rechtspersonen ziet. De enkelvoudige vennootschap levert de norm aan de hand waarvan hij concernverhoudingen moet beoordelen.”

burgerlijk aansprakelijkheidsrecht een eigen fout vereist om (hoofdelijk) aansprakelijk gesteld te worden tot betaling van een schadevergoeding (*privaatrechtelijke* handhaving);

- sommige auteurs wijzen er ook op dat leerstukken, zoals de boeteaansprakelijkheid van een moedervennootschap, ontwikkeld zijn in het kader van de *publiekrechtelijke* handhaving door een bestuursorgaan dat gebonden is door beginselen van behoorlijk bestuur, die in *privaatrechtelijke* aansprakelijkheidsgeschillen niet van toepassing zijn.¹¹¹

69. Ook het Hof van Justitie erkent dat verschillende principes (kunnen) gelden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid en publiekrechtelijke handhaving. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het *Schindler*-arrest dat “*dat beginsel [van persoonlijke aansprakelijkheid] weliswaar van bijzonder belang [is] in het kader van de civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar [...] het niet relevant [is] om te bepalen wie een inbreuk heeft gepleegd op het mededingingsrecht, dat immers rekening houdt met het concrete gedrag van de ondernemingen*”.¹¹² Ook de uitspraak in het *Bolloré*-arrest¹¹³ kan er volgens sommigen op wijzen dat het Hof van Justitie, samen met advocaat-generaal BOT¹¹⁴, erkent dat het voor de beoordeling van de private aansprakelijkheid door de nationale rechter van belang is vast te stellen of, en zo ja, in welke mate de moedervennootschap daadwerkelijk zelf bij de inbreuk van het kartelverbod betrokken was.¹¹⁵

70. Het *Skanska*-arrest hoeft deze vaststelling niet te veranderen.

71. Deze uitspraak moet immers in de juiste specifieke feitelijke context geplaatst worden. De oorspronkelijke inbreukplegers waren immers opgehouden te bestaan, waardoor het voor de slachtoffers onmogelijk was om hen nog in

rechte aan te spreken tot betaling van een schadevergoeding. Het Hof van Justitie wil het principe van doeltreffendheid van artikel 101 VWEU veiligstellen door te aanvaarden dat de rechtsopvolger, die de activiteiten van een ontbonden vennootschap verderzet, aansprakelijk kan gesteld worden voor het gedrag van de rechtsvoorganger. Deze laatste kan intussen immers niet meer worden aangesproken door slachtoffers.

72. Het zou o.i. echter te ver gaan om in dit arrest een algemene toepassing van het principe van “parental liability” (in de context van privaatrechtelijke handhaving) te lezen, in situaties waar er geen schending zou zijn van het doeltreffendheidsbeginsel, omdat de rechtspersoon die de inbreuk heeft gepleegd wél kan worden aangesproken.¹¹⁶

73. Zoals hierboven aangegeven (zie *supra* onder 3, (b), (ii)), kent het Belgisch recht eveneens de mogelijkheid om de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen te doorbreken. Zo kan de rechter die rechtsmisbruik vaststelt, zoals wanneer een vennootschap gebruik maakt van herstructureringen om aansprakelijkheid te ontlopen, alsnog een andere rechtspersoon aanspreken. Aangezien het slachtoffer zich in dit geval niet langer zou kunnen wenden tot de inbreukpleger op het mededingingsrecht, komt het billijk voor dat de rechter – zoals in het *Skanska*-arrest – toestaat dat de rechtsopvolger wordt aangesproken.

74. Hoewel van een (automatische) toerekening aan de moedervennootschap geen sprake is in het huidige aansprakelijkheidsrecht, bestaan er wel reeds correctiemechanismen die ervoor zorgen dat slachtoffers niet met lege handen achterblijven. Bijgevolg lijken de Belgische principes van toerekening en schuld niet absoluut onverzoenbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

4. BESLUIT

75. Het Belgisch privaatrecht wordt in toenemende mate gedicteerd door Europese regelgeving. Dat is de laatste jaren ook meer en meer het geval voor vorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op het (Europees) mededingingsrecht. Enerzijds is deze beweging toe te juichen: een harmo-

nies speelveld van toepasselijke regels in de verschillende lidstaten komt de rechtszekerheid ten goede en draagt bij tot de effectieve naleving van regels die per definitie een grensoverschrijdende impact hebben. Anderzijds moet men zich behoeden voor een verschillende toepassing van de funda-

^{111.} S.L. BOERSEN en S. DE JONG, “Skanska, de onderneming en de laedens: gamechanger of buitencategorie?”, *MvV* 2019, nrs. 7-8, (279), 281.

^{112.} HvJ 18 juli 2013, C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd. e.a. / Commissie*, § 101 met verwijzing naar Concl. Adv. Gen. J. KOKOTT, 18 april 2013, § 65-66.

^{113.} HvJ 3 september 2009, gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, *Bolloré SA e.a. / Commissie*, § 44-45.

^{114.} Concl. Adv. Gen. Y. BOT, 2 april 2009, § 126.

^{115.} R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries – Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?”, *European Review of Private Law* 2016, afl. 3-4, 525. *Contra*: C. CAUFFMAN, “Het begrip ‘onderneming’ in de kartelschaderichtlijn en de (mogelijke) impact op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor gedragingen van hun dochtervennootschappen naar Belgisch recht” in N. CARETTE en B. WEYTS, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 147-148.

^{116.} De vraag stelt zich of deze verzoenende interpretatie na het *Sumal*-arrest behouden kan worden, maar dat zal in een latere bijdrage behandeld worden.

menten van het nationaal aansprakelijkheidsrecht: afhankelijk van de inbreuk zouden principes als afgescheiden rechtspersoonlijkheid of persoonlijke aansprakelijkheid al dan niet aan de kant gezet worden. Het gevaar bestaat dat de harmonie die tussen de lidstaten wordt gecreëerd, afbreuk doet aan de uniformiteit binnen het nationaal privaatrecht.

76. Er is echter geen reden voor paniek. De Europese regelgeving (zowel de kartelschaderichtlijn als de rechtspraak van het HvJ-EU) laat ruimte aan de lidstaten om voorwaarden op te leggen aan de schadevergoedingsplicht van inbreukplegers op het Europees mededingingsrecht, zolang het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel worden gerespecteerd. Bijgevolg kan o.i. het basisprincipe van persoonlijke aansprakelijkheid van rechtspersonen behouden blijven, ook na het *Skanska*-arrest. De rechtspraak van het HvJ-EU kan best een plaats hebben in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht. Dat laatste laat immers toe om een moedervernootschap in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden (mede) aansprakelijk te stellen voor gedragingen van haar dochtervernootschap. De vraag of de

moedervernootschap zich de gedraging van de dochtervernootschap “eigen heeft gemaakt”, om het met de woorden van de Brusselse ondernemingsrechtbank te stellen, moet aan de hand van die voorwaarden beantwoord worden. De hamvraag is en blijft immers of de moedervernootschap zelf een (burgerrechtelijke) fout heeft gemaakt.

77. Net zoals het HvJ-EU, zien Belgische rechtbanken er overigens op toe dat slachtoffers daadwerkelijk vergoeding van hun geleden schade kunnen bekomen en dat ondernemingen hun aansprakelijkheid niet op onrechtmatige wijze kunnen ontlopen door middel van herstructureringen. In dat geval zou o.a. de vaststelling van rechtsmisbruik de rechter immers toelaten om de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsbeperkingen te doorbreken.

78. Het overnemen van de toerekening van aansprakelijkheid aan een moedervernootschap, louter op grond van een bewijs van een algemene “beslissende invloed” of zelfs de toepassing van een (steeds ruimer) weerlegbaar vermoeden, lijkt hierbij echter een stap te ver.