

Jurisdictieperikelen na Skanska en Sumal

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

1 Inleiding

De normadressaat van het Europees mededingingsrecht is de *onderneming*, die vanuit juridisch oogpunt kan bestaan uit meerdere natuurlijke of rechtspersonen.¹ Met de arresten Skanska en Sumal heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) bevestigd dat indien een onderneming inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht, alle entiteiten die tot die onderneming behoren gehouden zijn de door die inbreuk veroorzaakte schade te vergoeden.²

Inbreukmakende ondernemingen zijn niet zelden grote *multinationals* die bestaan uit talloze rechtspersonen gevestigd in vele landen, die (dus) allemaal hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de inbreuk. Het staat een benadeelde vrij om die omstandigheid op een voor hem zo efficiënt mogelijke wijze te gebruiken. Zo kan een benadeelde zelf kiezen welke entiteit of entiteiten hij aanspreekt en (indien nodig) in rechte betreft. Zodoende kan een benadeelde tot op zekere hoogte sturen in welk land hij procedeert over zijn vordering tot schadevergoeding. Omvat de inbreukmakende onderneming een in Nederland gevestigde entiteit, dan is (in ieder geval) de Nederlandse rechter bevoegd om de vordering op die Nederlandse entiteit te beoordelen.

De afgelopen jaren hebben meerdere benadeelden op deze wijze hun vordering tot schadevergoeding op een Nederlandse entiteit voorgelegd aan de Nederlandse rechter, en daarbij ook buitenlandse entiteiten betrokken op de voet van art. 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis (hierna: Brussel I-bis) c.q. art. 6 lid 1 Verdrag van Lugano 2007 (hierna: EVEX II) c.q. art. 7 lid 1 Rv. In al die zaken hebben de buitenlandse gedaagden een bevoegdheidsincident opgeworpen omdat de Nederlandse gedaagden volgens hen niet zouden kunnen fungeren als zogenaamde ankergedaagde. De ter zake gewezen vonnissen in eer-

ste aanleg verschillen aanzienlijk, zowel qua uitkomst als qua redenering.³

In de zaak MTB/Heineken heeft het gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat de niet-geadresseerde vennootschap Heineken N.V. kan fungeren als ankergedaagde voor haar Griekse dochtermaatschappij.⁴ In de lopende cassatieprocedure heeft de Hoge Raad besloten vragen te stellen aan het HvJ EU.⁵ Dit arrest en deze vragen zal ik in dit artikel niet behandelen.

In de zaken naar aanleiding van het Europese stroomkabelkartel en het Italiaanse kartonkartel is het appel inmiddels gevorderd. Ook het gerechtshof Amsterdam is voornemens prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.⁶ De vragen zien op de toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis en – voor zover in dat kader ruimte is voor een inhoudelijke toetsing van de ingestelde vorderingen – de toepassing van het ondernemingsbegrip en het arrest Sumal.⁷

In dit artikel voorspel ik hoe het HvJ EU de voorgenomen vragen van het gerechtshof Amsterdam zal beantwoorden, waarbij ik uitga van de zaak over het stroomkabelkartel.⁸ In paragraaf 2 behandel ik kort de relevante feiten van die zaak en de vorderingen die de benadeelden hebben ingesteld. Vervolgens zal ik in paragraaf 3 t/m 5 de voorgestelde vragen behandelen in de door het hof gehanteerde volgorde. In paragraaf 6 sluit ik af met enkele beschouwingen.

3 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882 (Stroomkabels); Rb. Amsterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8297 (Italiaans karton); Rb. Amsterdam 29 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1789 (Forex); Rb. Amsterdam 31 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3441 (Google Shopping). Uit het tijdperk voor Skanska stamt Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203 (MTB/Heineken).

4 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:509 (MTB/Heineken).

5 HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:965 (MTB/Heineken).

6 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:957 (Italiaans karton); Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels).

7 Het hof is ook voornemens vragen te stellen over (kort gezegd) de mogelijkheid van interne doorverwijzing op de voet van art. 110 lid 2 Rv, maar die vragen laat ik in dit artikel buiten beschouwing.

8 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels). De vragen in de zaak over het kartonkartel zijn overigens nageoeg gelijkloidend.

* 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 Zie bijv. HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punten 54-55.

2 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska); HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal).

2 De zaak over het stroomkabelkartel

De Europese Commissie heeft bij beschikking van 2 april 2014 vastgesteld dat (onder meer) de ondernemingen Pirelli (later genaamd Prysmian), ABB en Nexans een kartel hebben gevormd met betrekking tot de verkoop van hoogspanningskabels, en zodoende deel hebben genomen aan één enkele en voortdurende inbreuk (*single and continuous infringement*) op art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).⁹ De beschikking is enkel gericht tot buitenlandse entiteiten uit die ondernemingen, en dus niet tot enige Nederlandse entiteit.

Enkele benadeelden gevestigd in de Golfstaten hebben vervolgens vorderingen tot schadevergoeding ingesteld bij de rechtbank Amsterdam tegen enkele Nederlandse entiteiten uit de Prysmian-, ABB- en Nexans-groep, alsmede tegen enkele buitenlandse entiteiten uit die groepen. De Nederlandse gedaagden zijn zuster- c.q. dochtermaatschappijen van de buitenlandse gedaagden, die grotendeels (wel) geadresseerden zijn van de beschikking van de Europese Commissie. De enige Nederlandse gedaagde die is gevestigd in het arrondissement Amsterdam, betreft Draka Holding B.V., een vennootschap die deel uitmaakt van de Prysmian-groep.

De eisende benadeelden houden alle gedaagden hoofdelijk aansprakelijk, op de grond dat zij allemaal behoren tot een van de ondernemingen die deel hebben genomen aan de enkele en voortdurende inbreuk op art. 101 VWEU. Omdat de rechtbank Amsterdam op grond van art. 4 lid 1 Brussel I-bis bevoegd is ten aanzien van Draka Holding B.V., bestaat volgens de benadeelden ook bevoegdheid ten aanzien van de buitenlandse gedaagden op de voet van art. 8 lid 1 Brussel I-bis c.q. art. 6 lid 1 EVEX II c.q. art. 7 lid 1 Rv. De buitenlandse gedaagden menen dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis in dit geval niet van toepassing is, onder meer omdat Draka Holding B.V. geen geadresseerde is van de beschikking van de Europese Commissie. De rechtbank Amsterdam achtte zich niet bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen op de buitenlandse gedaagden.¹⁰ Tegen dit oordeel hebben de benadeelden hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam.

De door het hof voorgestelde vragen aan het HvJ EU zien (vanzelfsprekend) op art. 8 lid 1 Brussel I-bis, dat van toepassing is op personen die woonplaats hebben in een EU-lidstaat. De antwoorden zullen echter ook relevant zijn voor de toepassing van art. 6 lid 1 EVEX II, dat van toepassing is op personen die woonplaats hebben in IJsland, Noorwegen en Zwitserland. Dit artikel is immers direct ontleend aan (de voorloper van) art. 8 lid 1 Brussel I-bis en luidt woordelijk hetzelfde. Daarnaast zullen de antwoorden relevant zijn voor de toepas-

sing van art. 7 lid 1 Rv.¹¹ Daarbij merk ik op dat de formulering van art. 7 lid 1 Rv wijst op een ruimer toepassingsbereik.¹² Met andere woorden, als de rechter bevoegd zou zijn bij toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis, is dit hoe dan ook het geval bij toepassing van art. 7 lid 1 Rv.

3 Vraag 1: nauwe band en voorzienbaarheid

De eerste vraag van het gerechtshof Amsterdam bestaat uit twee subvragen 1a en 1b, die als volgt luiden:¹³

- ‘1a. Bestaat een nauwe band in de zin van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis tussen:
- i. enerzijds een vordering tegen een hoofdverweerder (ook wel: ankergedaagde) die geen geadresseerde is van een kartelbeschikking van de Commissie, niet feitelijk heeft deelgenomen aan het daarin beoordeelde kartel, die in de kartelperiode louter aandelen hield en beheerde maar wel als entiteit van de mededingingsrechtelijke onderneming (opwaarts en/of neerwaarts) aansprakelijk wordt gehouden voor de vastgestelde inbreuk op het Unierechtelijk kartelverbod en
 - ii. anderzijds vorderingen tegen geadresseerden van die beschikking?

Maakt het daarbij uit of: (a) de ankergedaagde en de medeverweerdere al dan niet behoren tot dezelfde mededingingsrechtelijke onderneming, (b) of de andere verweerdere feitelijk karteldeelneermer zijn dan wel niet bij de overtreding betrokken aansprakelijk gehouden entiteiten van de mededingingsrechtelijke onderneming, (c) of de eisende partijen direct of indirect producten hebben gekocht of geleverd hebben gekregen van een medeverweerder?

1b. Is voor de beantwoording van vraag 1a van belang of het al dan niet voorzienbaar is dat de desbetreffende medeverweerder wordt opgeroepen voor het gerecht van deze ankergedaagde? Is deze voorzienbaarheid in beginsel gegeven gelet op het arrest Sumal van 6 oktober 2021, C 882/19, ECLI:EU:C:2021:800?’

Ter motivering van deze vraag merkt het hof op dat het is geconfronteerd met verschillende zienswijzen.¹⁴ Kort gezegd kan in de ene zienswijze iedere entiteit die aansprakelijk wordt gehouden als deel van de inbreukmakende onderneming fungeren als ankergedaagde. In de andere zienswijze kunnen alleen geadresseerden van een beschikking c.q. entiteiten die zelf bij de inbreuk betrokken zijn geweest fungeren als ankergedaagde, en zou het strijdig zijn met het vereiste van voorzienbaar-

⁹ Besluit van de Europese Commissie van 2 april 2014, zaak AT.39610.

¹⁰ Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5882 (Stroomkabels). In een eerder artikel heb ik mij al eens kritisch uitgelaten over dit vonnis: T.S. Hoyer, Aspecten van civiele aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. De stand van zaken na Skanska, Cogeco, Otis en Sumal, MvV 2021, p. 367.

¹¹ HR 28 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:443, r.o. 4.1.3.

¹² Concl. A-G Vlas 3 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1145, punten 2.35-2.38.

¹³ Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 4.1.

¹⁴ Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.10-7.12.

heid indien daarnaast ook andere entiteiten zouden kunnen fungeren als ankergedaagde.

Het hof geeft in het arrest aan wat de uitkomst volgens hem zou moeten zijn: iedere entiteit kan in beginsel als ankergedaagde fungeren, maar het vereiste van voorzienbaarheid zou fungeren als een 'correctiemechanisme' in het geval van vele aansprakelijke entiteiten.¹⁵ Ik kom na de behandeling van de vragen 1a en 1b terug op deze visie van het hof.

3.1 Vraag 1a: nauwe band

Voordat ik toekom aan de beantwoording van vraag 1a ga ik kort in op de geschiedenis van (de voorlopers van) art. 8 lid 1 Brussel I-bis.¹⁶

Art. 8 lid 1 Brussel I-bis

Art. 8 lid 1 Brussel I-bis bepaalt dat een persoon ook kan worden gedaagd voor het gerecht van de woonplaats van een medegedaagde (de ankergedaagde) 'op de voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onvereenbare beslissingen worden gegeven'.

Deze voorwaarde is een codificatie van het arrest Kalfelis, gewezen door het HvJ EU in 1988 ten aanzien van het destijds geldende art. 6 lid 1 Verdrag van Brussel (dat de betreffende voorwaarde niet bevatte). Met het stellen van deze voorwaarde wilde het HvJ EU de mogelijkheid uitsluiten dat een eiser een vordering instelt tegen verschillende gedaagden 'met het enkele doel een van die verweerders af te trekken van de rechter van het land waar hij zijn woonplaats heeft'.¹⁷

Met het arrest Roche Nederland heeft het HvJ EU verder ingekaderd wanneer sprake is van een 'nauwe band' tussen de ingestelde vorderingen, namelijk indien het gevaar dreigt voor onvereenbare beslissingen 'in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens'.¹⁸ Of dat het geval is, dient de rechter te beoordelen aan de hand van 'alle noodzakelijke elementen van het dossier', aldus het HvJ EU in het arrest Freeport.¹⁹ De omstandigheid dat de diverse vorderingen berusten op dezelfde rechtsgrondslag is daarbij een relevante factor.²⁰ Een verschil-

lende rechtsgrondslag staat echter op zichzelf niet in de weg aan toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis, mits het voor de betreffende medegedaagde voorzienbaar was dat hij kon worden opgeroepen in de lidstaat van de ankergedaagde, aldus het HvJ EU in het arrest Painer.²¹ Een andere relevante factor is de omstandigheid dat met de vorderingen 'uiteindelijk [hetzelfde] wordt beoogd'.²² Verder volgt uit het rapport Jenard betreffende het Verdrag van Brussel dat bij (de voorloper van) art. 8 lid 1 Brussel I-bis in de eerste plaats is gedacht aan vorderingen op hoofdelijke schuldenaren.²³

Beantwoording vraag

De ankergedaagde betreft in dit geval Draka Holding B.V., een vennootschap die deel uitmaakt van de Prysmian-groep. Het is dus de vraag of tussen de vordering op Draka Holding B.V. enerzijds en de vorderingen op de buitenlandse gedaagden anderzijds een 'nauwe band' bestaat als bedoeld in art. 8 lid 1 Brussel I-bis. Ik maak bij de beantwoording van die vraag onderscheid tussen de vorderingen op de buitenlandse medegedaagden die (net als Draka Holding B.V.) deel uitmaken van de Prysmian-groep en de vorderingen op de overige buitenlandse medegedaagden uit de ABB- en Nexans-groep.

De vorderingen op de gedaagden die deel uitmaken van de Prysmian-groep berusten op de stelling dat al die gedaagden behoren tot de *onderneming* Prysmian die deel heeft genomen aan de enkele en voortdurende inbreuk op art. 101 VWEU, en zodoende allemaal gehouden zijn de schade te vergoeden die de benadeelden daardoor hebben geleden. De vorderingen hebben aldus exact dezelfde feitelijke en juridische grondslag. Daarmee is de 'nauwe band' in de zin van art. 8 lid 1 Brussel I-bis mijns inziens een gegeven. Die 'nauwe band' volgt bovendien uit het feit dat het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid en het feit dat met de vorderingen hetzelfde wordt beoogd.²⁴

Dat Draka Holding B.V. geen medegeadresseerde is van de beschikking van de Europese Commissie doet naar mijn mening niet ter zake. Een inbreukbeslissing verandert immers niets aan het karakter van een vordering tot schadevergoeding. Het is en blijft een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. De inbreukbeslissing is niet meer (maar ook zeker niet minder) dan (bindend) bewijs van het feit dat er sprake is geweest van een inbreuk c.q. dat een bepaalde entiteit tot de inbreukmakende onderneming behoort. Maar dat bewijs kan ook uit andere feiten en omstandigheden volgen.

15 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.13.

16 In dit artikel wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van art. 8 lid 1 Brussel I-bis, hoewel veel van de genoemde jurisprudentie ziet op de uitlegging van haar voorganger art. 6 lid 1 Verordening Brussel I. Deze jurisprudentie is ook relevant voor de uitleg van art. 8 lid 1 Brussel I-bis. Vgl. HvJ EU 29 juli 2019, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635 (Tibor-Trans), punt 23.

17 HvJ EU 27 september 1988, 189/87, ECLI:EU:C:1988:459 (Kalfelis), punt 9.

18 HvJ EU 13 juli 2006, C-539/03, ECLI:EU:C:2006:458 (Roche Nederland), punt 26.

19 HvJ EU 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (Freeport), punt 41.

20 HvJ EU 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (Freeport), punt 41; HvJ EU 1 november 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (Painer), punt 80.

21 HvJ EU 1 november 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (Painer), punt 81.

22 HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228 (Land Berlin/Sapir), punt 47.

23 Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG 1979, C 59/26.

24 Vgl. concl. A-G Jääskinen 11 december 2014, C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443 (CDC/Akzo), punt 69.

Dan de vraag hoe het zit met de vorderingen op de gedaagden die deel uitmaken van de ABB- en Nexans-groep. In dat kader is het arrest CDC/Akzo relevant, waarin het HvJ EU heeft bepaald dat in het geval verschillende gedaagden deel hebben genomen aan één enkele en voortdurende inbreuk, sprake is van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens.²⁵ Er bestaat dus ook een ‘nauwe band’ tussen de vorderingen op Draka Holding B.V. en de vorderingen op de medegedaagden die deel uitmaken van de ABB- en Nexans-groep.

3.2 Vraag 1b: voorzienbaarheid

In de tot nu toe gewezen jurisprudentie over (de voorlopers van) art. 8 lid 1 Brussel I-bis heeft het HvJ EU het vereiste van voorzienbaarheid alleen genoemd in de context van een geval waarin de diverse vorderingen berusten op een verschillende rechtsgrondslag. Ik leid daaruit af dat, indien de vorderingen berusten op dezelfde rechtsgrondslag, niet afzonderlijk hoeft komen vast te staan dat het voor de betreffende medegedaagde voorzienbaar was dat hij kon worden opgeroepen in de lidstaat van de ankergedaagde.

Zoals gezegd, berusten de vorderingen op Draka Holding B.V. enerzijds en de vorderingen op de andere gedaagden anderzijds op dezelfde grondslag, te weten dezelfde enkele en voortdurende inbreuk op art. 101 VWEU. Naar Nederlands internationaal privaatrecht kunnen die vorderingen niet verschillen qua toepasselijk recht. De relevante aanknopingsfactor op grond van art. 6 lid 3 Verordening Rome II betreft immers (kort gezegd) de plaats waar de markt is beïnvloed, niet waar de gedaagde is gevestigd.²⁶ Naar mijn mening hoeft in dit geval dus niet afzonderlijk vast komen te staan dat het voor de buitenlandse medegedaagden voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen voor de rechtbank Amsterdam.

Maar ook als de voorzienbaarheid wel afzonderlijk zou moeten komen vast te staan, dan volgt uit het arrest CDC/Akzo dat daarvan sprake is. In dat arrest heeft het HvJ EU immers overwogen dat indien de Europese Commissie heeft vastgesteld dat verschillende ondernemingen samen deelnemen aan één enkele en voortdurende inbreuk, zij er rekening mee moeten houden dat zij kunnen worden opgeroepen voor de gerechten van elkaars woonplaats.²⁷ Gelet op het ondernemingsbegrip strekt dit oordeel zich mijns inziens uit tot alle entiteiten waaruit die ondernemingen bestaan.

Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat voor alle buitenlandse gedaagden uit de Prysmian-, ABB- en Nexans-groep voorzienbaar moet zijn geweest dat zij konden worden opgeroepen voor de rechtbank Amsterdam, als het gerecht van de woonplaats van Draka Holding B.V., die deel uitmaakt

van de onderneming Prysmian, die met de ondernemingen ABB en Nexans heeft deelgenomen aan een enkele en voortdurende inbreuk op het Europees mededingingsrecht.

Ten slotte nog een enkele opmerking over de visie van het gerechtshof Amsterdam, dat het vereiste van voorzienbaarheid fungeert als een ‘correctiemechanisme in het kader van de vaststelling of sprake is van eenzelfde situatie feitelijk en rechtens’ in het geval van vele aansprakelijke entiteiten. Gelet op de hiervoor beschreven jurisprudentie is die visie niet juist. Bovendien verwacht ik niet dat het HvJ EU een uitleg van art. 8 lid 1 Brussel I-bis zal voorstaan die ertoe zou leiden dat vorderingen die – als gezegd – berusten op exact dezelfde feitelijke en juridische grondslag, toch door verschillende rechters moeten worden beoordeeld. Om met A-G Jääskinen te spreken in zijn conclusie voor het arrest CDC/Akzo:²⁸

‘[Indien] artikel 6, punt 1, van de Brussel I-verordening niet van toepassing zou zijn in een procedure als die van het hoofdgeding, [zouden] verschillende gerechten de gestelde schade ieder afzonderlijk (...) moeten onderzoeken, met als risico dat de deelnemers aan eenzelfde onrechtmatige mededingingsregeling tot schadevergoedingen van uiteenlopende hoogte worden veroordeeld, terwijl het opportuun of zelfs noodzakelijk zou zijn dat op uniforme wijze over de vergoedingsaanspraken van dezelfde verzoeker wordt beslist.’

4 Vraag 2: inhoudelijke toetsing vordering op ankergedaagde

De tweede vraag van het gerechtshof Amsterdam luidt als volgt:²⁹

‘2. Is de toewijsbaarheid van de vorderingen tegen de ankergedaagde, althans een inschatting daarvan op het moment van het geven van het rechtsmachtsoordeel, relevant en zo ja in hoeverre?’

Ter motivering van deze vraag merkt het hof op dat het is geconfronteerd met verschillende zienswijzen, die variëren van de zienswijze dat de toewijsbaarheid van de vordering op de ankergedaagde enkel in de hoofdzaak moet worden beoordeeld, tot de zienswijze dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis pas kan worden toegepast als de vordering op de ankergedaagde *prima facie* toewijsbaar is.³⁰ Beide visies zijn mijns inziens onjuist.

In het arrest Reisch Montage heeft het HvJ EU geoordeeld dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis ook van toepassing is indien de vordering op de ankergedaagde op het tijdstip van de instelling

25 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC/Akzo), punt 21.

26 Ditzelfde geldt overigens voor zover art. 4 lid 1 WCOD nog van toepassing zou zijn.

27 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC/Akzo), punt 23.

28 Concl. A-G Jääskinen 11 december 2014, C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443 (CDC/Akzo), punt 71.

29 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 4.1.

30 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.14.

niet-ontvankelijk wordt geacht.³¹ Bij dat oordeel was vermoedelijk van belang dat aan de kant van eiser geen sprake was van kwade trouw.³² Uit dit oordeel kan naar mijn mening dan ook niet worden afgeleid dat de toewijsbaarheid van de vordering op de ankergedaagde in alle gevallen enkel in de hoofdzaak moet worden beoordeeld.

De door het hof geformuleerde vraag lag ook voor in de zaak die heeft geleid tot het arrest Freeport.³³ In zijn conclusie voor dat arrest heeft A-G Mengozzi betoogd dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis de eiser een keuzemogelijkheid geeft, en dat hem in beginsel niet kan worden belet het gerecht te kiezen dat hem het beste uitkomt.³⁴ ‘Binnen zekere grenzen is forum shopping (...) zonder twijfel rechtmatig’, aldus A-G Mengozzi.³⁵ De grens ligt volgens hem bij misbruik van recht. Dat is volgens hem niet reeds het geval indien een vordering *ongegegrond lijkt*, maar pas als die vordering *kennelijk ongegrond is* ten tijde van het instellen daarvan.³⁶ Het HvJ EU kwam aan beantwoording van de vraag niet toe.³⁷

De vraag kwam opnieuw aan de orde in de zaak die heeft geleid tot het arrest CDC/Akzo. Ook A-G Jääskinen heeft in zijn conclusie voor dit arrest betoogd dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis de eiser een keuzemogelijkheid geeft, die hij op de in zijn ogen beste en meest in zijn voordeel werkende wijze kan uitoefenen.³⁸ En ook A-G Jääskinen legt de grens bij misbruik van recht, zij het dat de rechter niet zelfstandig hoeft te onderzoeken of daarvan sprake is.³⁹

Het HvJ EU oordeelde vervolgens in CDC/Akzo dat art. 8 lid 1 Brussel I-bis van toepassing is indien sprake is van een ‘nauwe band’ tussen de tegen verschillende gedaagden ingestelde vorderingen, zonder dat bovendien afzonderlijk vereist is dat de vorderingen niet enkel zijn ingesteld om een van de gedaagden te onttrekken aan de rechter van zijn woonplaats.⁴⁰ Is sprake van een ‘nauwe band’, dan is art. 8 lid 1 Brussel I-bis alleen dan niet van toepassing indien er ‘firm evidence’⁴¹ is dat

de eiser ‘de voorwaarden voor toepassing van genoemde bepaling kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd’.⁴² Met dit oordeel stelt (ook) het HvJ EU voorop dat eiser een keuzemogelijkheid heeft indien sprake is van een ‘nauwe band’ tussen de ingestelde vorderingen, die hem slechts bij hoge uitzondering kan worden ontzegd.

De slotsom is naar mijn mening dat de toewijsbaarheid van de vordering op de ankergedaagde slechts van belang is in het kader van de vraag of er ‘firm evidence’ is dat de eiser de voorwaarden voor toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd. Daarvan is mijns inziens pas sprake indien de vordering op de ankergedaagde, ten tijde van het instellen daarvan, evident kansloos is.⁴³

5 Vraag 3: toepassing ondernemingsbegrip

De derde vraag van het gerechtshof Amsterdam bestaat uit drie subvragen. Ik zal in dit artikel alleen de vragen 3b en 3c behandelen, die als volgt luiden:⁴⁴

‘Indien en voor zover de toewijsbaarheid van de vorderingen relevant kan zijn bij beoordeling van de bevoegdheid, ziet het hof zich geconfronteerd met de volgende vragen over het Unierechtelijk recht op schadevergoeding naar aanleiding van een vastgestelde overtreding van het Unierechtelijk kartelverbod en het mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip:

(...)

3b. Moet of kan het “Akzo-vermoeden” worden toegepast in kartelschadezaken?

3c. Voldoet een tussenholding die louter aandelen beheert en houdt aan het tweede Sumal-criterium (het verrichten van een economische activiteit die een concreet verband heeft met het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld)?’

5.1 Vraag 3b: Akzo-vermoeden

Met het ‘Akzo-vermoeden’ doelt het gerechtshof Amsterdam op het vermoeden dat het HvJ EU voor het eerst ondubbelzinnig heeft geformuleerd in het arrest Akzo uit 2009.⁴⁵ Het betreft het weerlegbare vermoeden dat een moedermaatschappij die 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochtermaatschappij beslissende invloed heeft op die dochtermaatschappij.⁴⁶ Dit vermoeden kan worden weerlegd door te bewijzen dat de dochtermaatschappij zich (wel) autonoom op de

31 HvJ EU 13 juli 2006, C-103/05, ECLI:EU:C:2006:471 (Reisch Montage), punt 31.

32 Concl. A-G Mengozzi 24 mei 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:302 (Freeport), voetnoten 35 en 36.

33 HvJ EU 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (Freeport), punt 21, vraag 3.

34 Concl. A-G Mengozzi 24 mei 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:302 (Freeport), punten 52 en 53.

35 Concl. A-G Mengozzi 24 mei 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:302 (Freeport), voetnoot 27.

36 Concl. A-G Mengozzi 24 mei 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:302 (Freeport), punt 66.

37 HvJ EU 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (Freeport), punten 55-58.

38 Concl. A-G Jääskinen 11 december 2014, C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443 (CDC/Akzo), punt 89.

39 Concl. A-G Jääskinen 11 december 2014, C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443 (CDC/Akzo), punten 86-88.

40 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC/Akzo), punt 28.

41 Dit is mijns inziens een betere vertaling van de woorden ‘beweiskräftige Indizien’ – de proces taal was Duits – dan de woorden ‘afdoende bewijs’ uit de Nederlandse vertaling.

42 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC/Akzo), punten 29 en 31.

43 Vgl. concl. A-G Mengozzi 24 mei 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:302 (Freeport), punt 66.

44 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 4.2.

45 Het vermoeden was eerder al ter sprake gekomen in bijv. HvJ EU 25 oktober 1983, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293 (AEG/Commissie), punt 50 en HvJ EU 16 november 2000, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630 (Stora/Commissie), punten 28-29.

46 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 60.

markt gedraagt.⁴⁷ In latere arresten heeft het HvJ EU (verder verduidelijkt dat het Akzo-vermoeden ook geldt indien een moedermaatschappij ‘nagenoeg’ 100% van het kapitaal bezit van haar dochtermaatschappij, indien zij dat kapitaal houdt via een tussenliggende vennootschap,⁴⁸ of indien de moedermaatschappij alle stemrechten kan uitoefenen die verbonden zijn aan de aandelen in haar dochtermaatschappij.⁴⁹

Het Akzo-vermoeden is van groot praktisch belang. Immers, indien sprake is van beslissende invloed, behoren de betreffende moedermaatschappij en dochtermaatschappij tot dezelfde onderneming, en zijn zij dus beide aansprakelijk voor een inbreuk op het Europees mededingingsrecht door die onderneming.⁵⁰ De Europese Commissie maakt dan ook veelvuldig gebruik van dit vermoeden, met name om moedermaatschappijen te kunnen beboeten voor inbreukmakende gedragingen die in feitelijke zin zijn gepleegd door een dochtermaatschappij.

Het hof meent dat er gereede twijfel bestaat over de vraag of het Akzo-vermoeden ook kan worden ingeroepen door een benadeelde in het kader van een vordering tot schadevergoeding, of dat dit vermoeden enkel kan worden ingeroepen door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht.⁵¹

Deze laatste zienswijze doet denken aan een stelling die inbreukmakers eerder tevergeefs hebben aangevoerd in de zaak die heeft geleid tot het arrest Skanska van het HvJ EU. In die zaak betoogden de inbreukmakers dat bepaalde rechtspraak van het HvJ EU niet van toepassing zou zijn in het geval van een vordering tot schadevergoeding, omdat deze rechtspraak zou zijn ontwikkeld in het kader van de publieke handhaving van het Europees mededingingsrecht.⁵² Het HvJ EU ging daar niet in mee. Vorderingen tot schadevergoeding maken immers een integrerend deel uit van het stelsel voor de handhaving van het Europees mededingingsrecht, zodat het ondernemingsbegrip geen andere betekenis heeft in de context van vorderingen tot schadevergoeding, aldus het HvJ EU in het arrest Skanska.⁵³

Hieruit kan naar mijn mening moeilijk iets anders worden afgeleid dan dat alle rechtspraak van het HvJ EU over het ondernemingsbegrip gewezen in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht onverkort van toepassing is in geval van een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. En dat een benadeelde (dus) gewoon een beroep kan doen op het Akzo-vermoeden.

Overigens zou ik menen dat zelfs als een benadeelde geen beroep kan doen op het Akzo-vermoeden, en men terug zou vallen op nationaal bewijsrecht, de uitkomst niet wezenlijk anders hoeft te zijn. Ook dan kan van een moedermaatschappij die (indirect) (nagenoeg) 100% van het kapitaal in handen heeft van een dochtermaatschappij meer worden verwacht dan een blote betwisting van de stelling dat sprake is van beslissende invloed. Verdedigbaar is dat ter zake een verzwaarde motiveringsplicht geldt, nu het bewijs waaruit volgt dat de betreffende dochtermaatschappij zich al dan niet autonoom op de markt gedraagt, zich doorgaans in het domein zal bevinden van de moeder- en dochtermaatschappij.⁵⁴ Daarnaast zou de rechter in dergelijke gevallen mijns inziens een feitelijk vermoeden aan kunnen nemen. Hoe vaak komt het immers voor dat een dochtermaatschappij niet onder de beslissende invloed staat van een moedermaatschappij die (indirect) (nagenoeg) 100% van het kapitaal in handen heeft?

5.2 Vraag 3c: een tussenholding en Sumal

Zoals gezegd, de enige Nederlandse gedaagde die is gevestigd in het arrondissement Amsterdam betreft Draka Holding B.V., een vennootschap die deel uitmaakt van de Prysmian-groep en de rechtsopvolger is van Prysmian Cable Holding B.V. Gedurende het kartel hield medegedaagde en geadresseerde Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. 100% van de aandelen in Prysmian Cable Holding B.V., die op haar beurt 100% van de aandelen hield in Prysmian Cables and Systems B.V., die zich volgens het arrest bezighield met de fabricage, export en distributie van stroomkabels.⁵⁵

Prysmian Cable Holding B.V. fungeerde aldus als tussenholding tussen geadresseerde Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. en werkmaatschappij Prysmian Cables and Systems B.V. en ontplooidde zelf geen andere activiteiten. Het gerechtshof Amsterdam meent dat er gereede twijfel is of een dergelijke tussenholding aansprakelijk kan zijn, gelet op het arrest Sumal.⁵⁶ Voordat ik toekom aan de beantwoording van de door het hof geformuleerde vraag, ga ik in op het arrest Sumal en het feit dat dit arrest nogal eens onjuist wordt geïnterpreteerd.

47 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 61.

48 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.

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

50 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punten 58-59.

51 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.20.

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

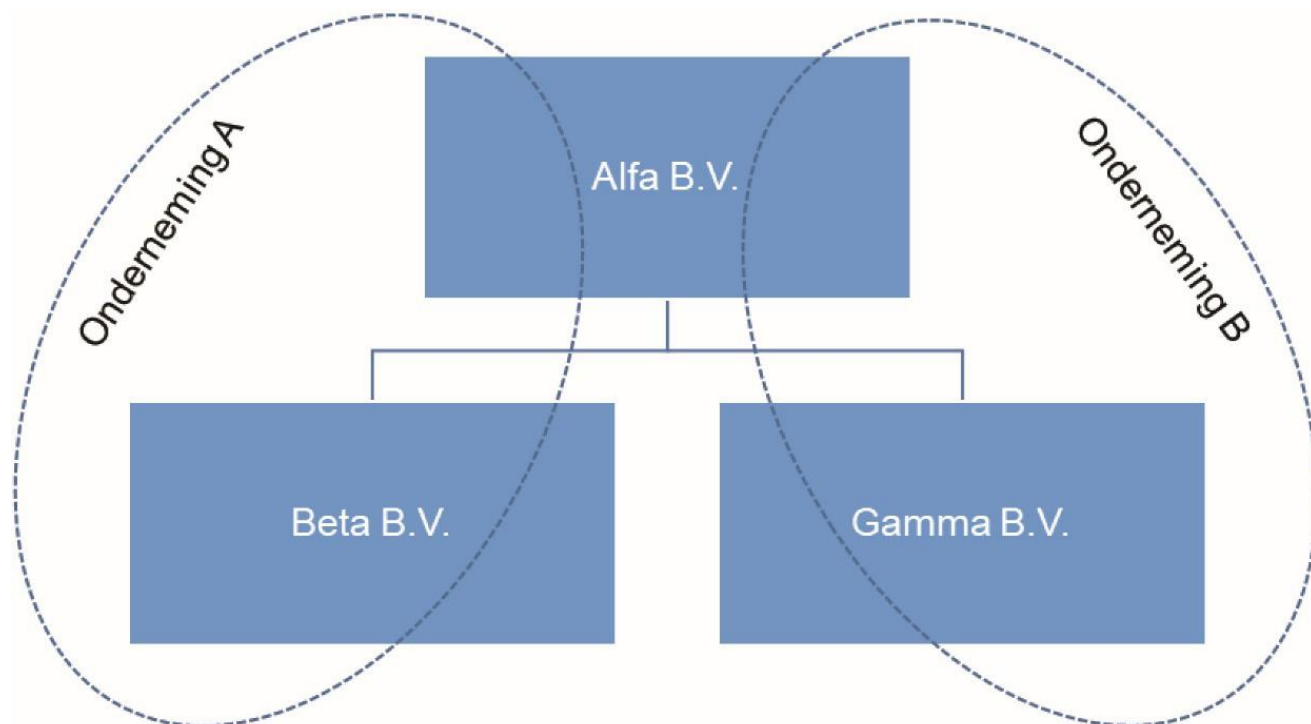
53 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), punt 47.

54 HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058.

55 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 5.2.

56 Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.22.

Figuur 1 Fictieve groep vennootschappen bestaande uit twee ondernemingen



Sumal

In de zaak die heeft geleid tot het arrest Sumal ging het om een Spaanse afnemer van vrachtwagens die een Spaanse dochtermaatschappij aansprakelijk hield voor een inbreukmakende gedraging van haar moedermaatschappij, op de grond dat zij deel uitmaken van dezelfde onderneming ('neerwaartse toerekening'). De Spaanse verwijzende rechter vroeg zich af of dat mogelijk was.

Het bevestigende antwoord op die vraag volgt eigenlijk al uit r.o. 42 en 44 van Sumal, waarin het HvJ EU heeft bevestigd dat indien ten minste één entiteit die behoort tot een onderneming inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht, de onderneming geacht wordt de inbreuk te hebben begaan, en dat het ondernemingsbegrip vervolgens van rechtswege leidt tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor die inbreuk van alle entiteiten waaruit de inbreukmakende onderneming bestaat.⁵⁷

Vervolgens heeft het HvJ EU vanaf r.o. 45 de gelegenheid te baat genomen om te wijzen op een specifiek risico dat zich voordoet in het geval een moedermaatschappij behoort tot meerdere ondernemingen.⁵⁸ Het HvJ EU geeft het voorbeeld van een conglomeraat dat actief is in verschillende economische sectoren waartussen geen verband bestaat. In dat geval kan het immers zo zijn dat een bepaalde dochtermaatschappij weliswaar behoort tot eenzelfde onderneming als de moeder-

maatschappij, maar dat dit een andere onderneming betreft dan de onderneming die de inbreuk heeft begaan. Figuur 1 maakt visueel op welke situatie het HvJ EU doelt.

In figuur 1 houden Beta B.V. en Gamma B.V. zich bezig met respectievelijk economische activiteit A en B, die geen enkel verband met elkaar hebben. Alfa B.V. heeft als 100%-moedermaatschappij beslissende invloed op het marktgedrag van zowel Beta B.V. als Gamma B.V. en behoort zodoende zowel tot onderneming A als tot onderneming B.

Pleeft Alfa B.V. (feitelijk) een inbreuk in het kader van economische activiteit A, dan wordt onderneming A (juridisch) geacht die inbreuk te hebben begaan. Die inbreukmakende gedraging kan niet 'automatisch' worden toegerekend aan zowel Beta B.V. als Gamma B.V., hoewel Alfa B.V. met elk van die entiteiten een onderneming vormt. Anders – om in de woorden van het HvJ EU in r.o. 47 van Sumal te spreken – zou Gamma B.V. aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een inbreuk die is gepleegd in het kader van een economische activiteit die geen enkel verband houdt – 'entirely unconnected' – met haar eigen economische activiteit B.

Het is van belang om r.o. 51 en 52 van Sumal tegen deze achtergrond te lezen. De overwegingen zijn niet bedoeld om de lat voor aansprakelijkheid hoger te leggen in een geval van neerwaartse toerekening, maar om te voorkomen dat dochtermaatschappijen aansprakelijk zijn die weliswaar met hun inbreukmakende moedermaatschappij tot *eenzelfde* onderneming behoren, maar niet tot de onderneming *die de inbreuk heeft begaan*. Met andere woorden, om te voorkomen dat

⁵⁷ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 42 en 44.

⁵⁸ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punten 45-47.

Gamma B.V. aansprakelijk is voor een inbreukmakende gedraging van Alfa B.V. in het kader van economische activiteit A (maar niet om de lat voor aansprakelijkheid van Beta B.V. hoger te leggen).

Dit wordt in de rechtspraak nogal eens miskend. Het helpt in dat kader ook niet dat de Nederlandse vertaling van de tweede volzin van r.o. 51 van Sumal enkele signaalwoorden mist (die in andere vertalingen wél voorkomen). Een te snelle Nederlandse lezer zou in die volzin (ten onrechte) kunnen lezen dat het volgens het HvJ EU mogelijk is dat een entiteit weliswaar behoort tot de inbreukmakende onderneming, maar wegens een gebrek aan ‘concreet verband’ toch niet aansprakelijk is. Ook het gerechtshof Amsterdam lijkt de betreffende volzin niet goed te lezen, door deze als volgt samen te vatten:⁵⁹

‘Wanneer is aangetoond dat een moedermaatschappij het Unierechtelijk kartelverbod heeft overtreden, kunnen slachtoffers van die inbreuk in plaats van haar zelf, een dochteronderneming in een civiele procedure aansprakelijk stellen indien het slachtoffer bewijst 1) dat die dochteronderneming en haar moedermaatschappij een economische eenheid vormen, gezien de economische, organisatorische en juridische banden en 2) dat een concreet verband (“un lien concret” in de Franse taalversie en “a special link” in de Engelse taalversie) bestaat tussen de economische activiteit van de dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld.’

Uit de Engelse vertaling van de betreffende volzin blijkt evident dat het hof het cijfer 1) op de onjuiste plek heeft gezet. Dat cijfer had moeten staan voor het woord ‘gezien’:⁶⁰

‘The liability of that subsidiary cannot however be invoked unless victim proves (...) that, having regard, *first*, to the economic, organisational and legal links referred to in paragraphs 43 and 47 of the present judgment and, *second*, to the existence of a specific link between the economic activity of that subsidiary and the subject matter of the infringement for which the parent company was held to be responsible, *that subsidiary, together with its parent company, constituted an economic unit.*’ (curs. TH)

De redenering van het HvJ EU kent aldus een zekere gelaagdheid, die mijns inziens duidelijker blijkt uit r.o. 52 van Sumal:⁶¹

‘Uit de voorgaande overwegingen volgt dat een dergelijke schadevordering tegen een dochteronderneming veronderstelt dat de verzoeker, teneinde te doen vaststellen dat de

moedermaatschappij en de dochteronderneming een economische eenheid vormen in de zin van de punten 41 en 46 van het onderhavige arrest, het bewijs levert van [1; toevoeging TH] de in het vorige punt genoemde banden tussen deze vennootschappen en [2; toevoeging TH] het in hetzelfde punt bedoelde concrete verband tussen de economische activiteit van deze dochteronderneming en het voorwerp van de inbreuk waarvoor de moedermaatschappij aansprakelijk is gesteld. (...)’

Want daarmee – aldus het HvJ EU in de laatste volzin van r.o. 52 van Sumal – bewijst de benadeelde dat ‘juist de economische eenheid waartoe de dochteronderneming en haar moedermaatschappij samen behoren, de onderneming vormt die de (...) inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU daadwerkelijk heeft begaan’.⁶²

Kortom, voor aansprakelijkheid van een dochtermaatschappij voor een inbreukmakende gedraging van haar moedermaatschappij is noodzakelijk, maar ook voldoende dat de dochtermaatschappij (met haar moedermaatschappij) behoort tot de onderneming *die de inbreuk heeft begaan*. En om dat vast te stellen moeten twee stappen worden doorlopen.

Ten eerste dient sprake te zijn van ‘de economische, organisatorische en juridische banden’ tussen de vennootschappen als bedoeld in r.o. 43 van Sumal.⁶³ Uit de verwijzing naar r.o. 43 blijkt dat het HvJ EU hiermee doelt op het bestaan van beslissende invloed van de moedermaatschappij op de betreffende dochtermaatschappij. Is daarvan sprake, dan behoren moedermaatschappij en dochtermaatschappij tot *eenzelfde* onderneming.

Ten tweede dient sprake te zijn van een ‘concreet verband’ tussen de economische activiteit van de dochtermaatschappij en het voorwerp van de inbreuk.⁶⁴ Is ook daarvan sprake, dan betreft die(zelfde) onderneming waartoe moedermaatschappij en dochtermaatschappij behoren niet zomaar een onderneming, maar de onderneming *die de inbreuk heeft begaan*.

Het voorgaande is geen woordenspel, maar heeft relevantie. Het brengt immers mee dat een benadeelde niet in iedere situatie daadwerkelijk het bewijs zal hoeven leveren van het bestaan van beslissende invloed c.q. een ‘concreet verband’. Dat is het meest evident indien de dochtermaatschappij niet betwist (of zelfs erkent) dat zij deel uitmaakt van de inbreukmakende onderneming. De aansprakelijkheid van de dochtermaatschappij is dan immers een gegeven.

⁵⁹ Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 7.21.

⁶⁰ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 51.

⁶¹ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 52.

⁶² HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 52.

⁶³ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 51. Waarom het HvJ EU ook verwijst naar r.o. 47, waarin niet gesproken wordt over economische, organisatorische en juridische banden, is onduidelijk. Vermoedelijk betreft het een slordigheid.

⁶⁴ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 51.

Daarnaast volgt uit het voorgaande dat indien sprake is van beslissende invloed (stap 1), het bestaan van een ‘concreet verband’ (stap 2) alleen dan afzonderlijk hoeft te worden aangetoond, indien de moedermaatschappij behoort tot meerdere ondernemingen. Alleen in dat geval bestaat immers de mogelijkheid dat de onderneming waartoe moedermaatschappij en dochtermaatschappij behoren een andere onderneming betreft dan de onderneming die de inbreuk heeft begaan.

Behoort de moedermaatschappij echter tot één onderneming, dan is het logischerwijs niet mogelijk dat de dochtermaatschappij zich bezighoudt met een activiteit die geen verband houdt met de activiteit van haar moedermaatschappij c.q. dat de dochtermaatschappij actief is in een andere economische sector dan haar moedermaatschappij. Het ‘concrete verband’ tussen de activiteit van de dochtermaatschappij en het voorwerp van de inbreuk is in dat geval dus een gegeven, en hoeft dan dus niet afzonderlijk te worden aangetoond door de benadeelde.

Beantwoording vraag

Uit het arrest van het gerechtshof Amsterdam blijkt niet dat Draka Holding B.V. heeft betwist dat haar rechtsvoorganger Prysmian Cable Holding B.V. behoorde tot de onderneming die de inbreuk heeft begaan. Maar stel dat Draka Holding B.V. dat wel heeft betwist.

In dat geval zullen de benadeelden eerst moeten bewijzen dat Prysmian Cable Holding B.V. onder de beslissende invloed stond van moedermaatschappij Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. Dat zal met het Akzo-vermoeden vermoedelijk geen probleem zijn, waarmee de benadeelden bewijzen dat Prysmian Cable Holding B.V. en Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. behoorden tot *eenzelfde* onderneming.

Vervolgens is het de vraag of het mogelijk is dat deze onderneming een andere onderneming betreft dan de onderneming die de inbreuk heeft begaan c.q. of Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. behoort tot meerdere ondernemingen. Uit het arrest van het hof blijkt niet dat Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. een dergelijke stelling heeft ingenomen. Daarmee zou het overbodig zijn (ook) bewijs te verlangen van het bestaan van een ‘concreet verband’. Het is immers dan logischerwijs niet mogelijk dat de onderneming waartoe Prysmian Cable Holding B.V. en Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. behoorden een andere onderneming betreft dan de onderneming Prysmian die de inbreuk heeft begaan.

Stel dat Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. wel behoort tot meerdere ondernemingen, dan zullen de benadeelden (ook) moeten bewijzen dat er sprake is van een ‘concreet verband’ tussen de economische activiteit van Prysmian Cable Holding B.V. en het voorwerp van de inbreuk. Tegen de achtergrond van r.o. 47 van Sumal is daarvan mijns inziens sprake indien Prysmian Cable Holding B.V. zich op enige wijze, direct of indirect, bezighield met de economische activiteit in welk kader de in-

breuk is gepleegd. Doel is immers om te voorkomen dat een dochtermaatschappij aansprakelijk is voor een inbreuk die is gepleegd in het kader van een economische activiteit ‘entirely unconnected to its own activity’.⁶⁵ Anders dan wat nog wel eens wordt beweerd, is voor aansprakelijkheid dus *niet* vereist dat Prysmian Cable Holding B.V. feitelijk betrokken is geweest bij de inbreukmakende gedraging.⁶⁶ Evenmin vereist is dat Prysmian Cable Holding B.V. gekartelliseerde producten heeft verkocht (hoewel het bestaan van een ‘concreet verband’ in dat geval uiteraard wel een gegeven is).

Als gezegd, Prysmian Cable Holding B.V. fungeerde als tussenholding tussen Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l. en werkmaatschappij Prysmian Cables and Systems B.V. Aangenomen dat Prysmian Cable Holding B.V. beslissende invloed had op Prysmian Cables and Systems B.V., dan hield Prysmian Cable Holding B.V. zich minst genomen indirect bezig met de activiteiten van Prysmian Cables and Systems B.V., zoals gezegd de fabricage, export en distributie van stroomkabels.⁶⁷ Daaruit volgt mijns inziens dat er een ‘concreet verband’ bestaat tussen de activiteit van Prysmian Cable Holding B.V. en het voorwerp van de inbreuk, te weten stroomkabels.

Deze uitkomst strookt met het arrest General Química, waarin het HvJ EU heeft overwogen dat indien een moedermaatschappij beslissende invloed heeft op een tussenliggende vennootschap die op haar beurt weer beslissende invloed heeft op een dochtermaatschappij, deze drie entiteiten behoren tot één enkele onderneming.⁶⁸

De slotsom is dus dat ook een tussenholding als Prysmian Cable Holding B.V. kan behoren tot de onderneming die de inbreuk heeft begaan, en dat (rechtsopvolger) Draka Holding B.V. gehouden is de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden.

6 Conclusie

Ik kan goed begrijpen waarom het gerechtshof Amsterdam heeft besloten om deze kwestie voor te leggen aan het HvJ EU. Een richtinggevend arrest van het HvJ EU zou immers een einde maken aan de huidige stroom van bevoegdheidsincidenten, zodat rechters zich in deze en toekomstige zaken sneller kunnen richten op de inhoudelijke behandeling van de ingestelde vorderingen.

⁶⁵ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 47.

⁶⁶ Vgl. HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo/Commissie), punt 59; Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, ECLI:EU:T:2011:344 (Fuji Electric/Commissie), punt 196.

⁶⁷ Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:961 (Stroomkabels), r.o. 5.2.

⁶⁸ HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 (General Química/Commissie), punten 86-87.

Tegelijk meen ik dat de antwoorden op alle hiervoor behandelde vragen reeds volgen uit de jurisprudentie van het HvJ EU.⁶⁹ Het is mijns inziens evident dat er sprake is van een ‘nauwe band’ tussen de vorderingen op alle entiteiten die deel uitmaken van de inbreukmakende onderneming, nu deze berusten op exact dezelfde feitelijke en juridische grondslag. Het staat een benadeelde eiser vrij om naar eigen inzicht gebruik te maken van de keuzemogelijkheid die art. 8 lid 1 Brussel I-bis hem vervolgens biedt.

De toewijsbaarheid van de vordering op de ankergedaagde is slechts van belang in het kader van de vraag of er ‘firm evidence’ is dat de benadeelde eiser de voorwaarden voor toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd. Daarvan is mijns inziens pas sprake indien de vordering op de ankergedaagde, ten tijde van het instellen daarvan, evident kansloos is. En dat zou bijvoorbeeld het geval zijn indien op voorhand uitgesloten moet worden geacht dat de ankergedaagde deel uitmaakt van de inbreukmakende onderneming.

Mij bekruipt het gevoel dat degenen die moeite hebben met deze uitkomst, niet zozeer moeite hebben met de toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis, maar vooral met de gevolgen van de arresten Skanska en Sumal. Immers, als men accepteert dat alle entiteiten die behoren tot een onderneming die inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn, dan spreekt het mijns inziens voor zich dat tussen alle vorderingen tot schadevergoeding op die entiteiten een ‘nauwe band’ in de zin van art. 8 lid 1 Brussel I-bis bestaat. En dat dus tegen al die entiteiten kan worden geprocedeerd in iedere EU-lidstaat waar (ten minste) een van hen is gevestigd.

En op zich is het ergens ook opmerkelijk dat een entiteit aansprakelijk kan zijn voor een inbreukmakende gedraging die feitelijk is gepleegd door een ander, waarvan die entiteit geen weet had en die zij op geen enkele wijze had kunnen voorkomen. Dat wordt pas begrijpelijk als men *daadwerkelijk* onderkent dat het Europees mededingingsrecht de *onderneming* als enige normadressaat kent. Een entiteit kan weliswaar in feitelijke zin inbreuk maken op het Europees mededingingsrecht, maar in juridische zin kan de inbreuk enkel worden begaan door de onderneming waartoe die entiteit behoort. Die onderneming is echter geen rechtssubject die boetes kan betalen of vorderingen tot schadevergoeding kan voldoen, zodat de inbreuk toegerekend wordt aan alle entiteiten waaruit de onderneming bestaat.⁷⁰

De aansprakelijkheid van iedere entiteit die tot een inbreukmakende onderneming behoort, is dus geen afgeleide van de aansprakelijkheid van de entiteit die de inbreuk *in feitelijke zin* begaat, maar een afgeleide van de aansprakelijkheid van de onderneming die de inbreuk *in juridische zin* begaat.⁷¹ Daarmee wordt iedere entiteit die tot de inbreukmakende onderneming behoort, geacht persoonlijk de inbreuk te hebben begaan.⁷² Dat betekent overigens niet dat een entiteit die niet in feitelijke zin heeft bijgedragen aan de inbreuk, maar wel aangesproken wordt door een benadeelde, uiteindelijk degene is die de schadevergoeding dient te dragen. Dat is afhankelijk van de interne draagplicht, waarbij aannemelijk is dat een dergelijke entiteit voor het geheel regres kan nemen op de entiteiten die de inbreukmakende gedraging (wel) in feitelijke zin hebben begaan.

Ook moeten de gevolgen van de arresten Skanska en Sumal voor de toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis niet worden overdreven. Om te beginnen is het niet zo dat iedere entiteit uit de inbreukmakende onderneming op grond van art. 8 lid 1 Brussel I-bis kan worden opgeroepen voor iedere rechter in de Europese Unie. Dat is slechts het geval voor zover een onderneming daadwerkelijk bestaat uit meerdere entiteiten verspreid over meerdere EU-lidstaten c.q. met een dergelijke onderneming een kartel vormt, en dat heeft die onderneming zelf in de hand. Het is een feit dat grote multinationals veelplegers zijn waar het gaat om inbreuken op het Europees mededingingsrecht. Maar dat gegeven rechtvaardigt uiteraard niet dat voor die multinationals in hun voordeel een uitzondering moet worden gemaakt. Wellicht zelfs integendeel.

Daarnaast is art. 8 lid 1 Brussel I-bis niet de enige grond waarop een entiteit voor een buitenlandse rechter kan worden gedaagd. Ook art. 7 lid 2 Brussel I-bis – dat aanknoopt bij het *Erfolgsort* in het geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad – kan leiden tot bevoegde gerechten in een veelheid van EU-lidstaten. Dat geldt in het bijzonder in het geval van een EER-wijde inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Zeker in die gevallen heeft de stelling dat toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis zou leiden tot ‘uitholling’ van de hoofdregel van art. 4 lid 1 Brussel I-bis alles weg van een gelegenheidsargument.

⁶⁹ Nu het HvJ EU zich nog helemaal niet heeft uitgelaten over de toepassing van art. 8 lid 1 Brussel I-bis tegen de achtergrond van Skanska en Sumal, zou ik evenwel nog niet willen spreken van een *acte d'clair*.

⁷⁰ HvJ EU 12 mei 2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 (SEN/AGCM), punt 107; HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), punt 44.

⁷¹ HvJ EU 15 april 2021, C-694/19 P, ECLI:EU:C:2021:286 (Italmobiliaire/Commissie), punt 56.

⁷² HvJ EU 15 april 2021, C-694/19 P, ECLI:EU:C:2021:286 (Italmobiliaire/Commissie), punt 56.