

LEGAL UPDATE

AG Wahl adviseert het HvJ EU naar aanleiding van prejudiciële vragen in Finse kartelschadezaak over de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht bij de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht

Datum: 15 februari 2019

In een recent verschenen conclusie in een Finse kartelschadezaak gaat advocaat generaal (AG) Wahl in op de belangwekkende vraag naar de verhouding tussen Europees mededingingsrecht en civiel aansprakelijkheidsrecht (conclusie van 6 februari 2019 in de zaak C-724/17). Volgens AG Wahl volgt de aansprakelijkheid voor een schending van het Europese mededingingsrecht bij zowel publieke- als private handhaving rechtstreeks uit het Europese mededingingsrecht (art. 101 en 102 VWEU). Beide handhavingsvormen hebben de functie om de volle werking van het Europese mededingingsrecht te verzekeren, zij het door middel van andere mechanismen. Volgens AG Wahl moet het ondernemingsbegrip uit art. 101 VWEU en het daarmee samenhangende beginsel van economische continuïteit daarom ook in civiele kartelschadeprocedures consistent worden toegepast (dus hetzelfde als bij de publieke handhaving). Dat betekent dat als een partij geadresseerde is van een boetebesluit van de Commissie, daarmee ook haar civielrechtelijke aansprakelijkheid is gegeven. Wanneer de AG hierin wordt gevolgd dan heeft dit grote consequenties voor *private enforcement* van het Europese mededingingsrecht, waaronder voor (*follow-on*) kartelschadevorderingen. Alle geadresseerden van een boetebesluit en/of alle (rechts)personen die de economische eenheid (de onderneming) vormen die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan, zijn voor die inbreuk (*ipso facto*) civielrechtelijk aansprakelijk.

Het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip en het beginsel van economische continuïteit

Voor een goed begrip van de discussie is het van belang om te vermelden dat het Europese mededingingsrecht zich richt tot *undertakings* (ondernemingen). Het begrip *undertaking* uit art. 101 VWEU is breder dan de (rechts)persoon die de activiteit zelf direct verricht. Het begrip valt niet (noodzakelijkerwijs) samen met een bepaalde (rechts)persoon, maar kan verschillende personen en entiteiten omvatten die in economische zin een eenheid vormen in de uitoefening van een economische activiteit, bijvoorbeeld in het geval van een moedermaatschappij die zeggenschap uitoefent over een dochtermaatschappij die de activiteiten feitelijk uitvoert. Het beginsel van economische continuïteit vormt een uitdrukking van dit brede ondernemingsbegrip. Het bepaalt dat onder omstandigheden ook een partij die de activa overneemt en activiteiten voortzet van een partij die een schending van het mededingingsrecht heeft begaan, aansprakelijk kan worden gehouden voor die schending. Dat is mogelijk indien de voortzettende partij in economische zin identiek is. De ratio van dit beginsel is dat ondernemingen niet aan sancties moeten kunnen ontsnappen met herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen (HvJ EU 18 december 2014, C-434/13).

Feiten in de Finse zaak

In de Finse kartelschadezaak ging het om het volgende. Tussen 1994 en 2002 bestond op de Finse markt een asfaltkartel. Bij uitspraak van 29 september 2009 legt de hoogste Finse bestuursrechter een boete op aan de karteldeelnemers voor een schending van het (Europese) kartelverbod. Diverse entiteiten die indertijd betrokken waren bij de inbreuk waren inmiddels ontbonden en geliquideerd, terwijl hun activiteiten door andere entiteiten waren voortgezet. De Finse bestuursrechter hield die opvolgende entiteiten op basis van het beginsel van economische continuïteit aansprakelijk voor de gedragingen van de ontbonden entiteiten. De gemeente Vantaa maakt naar aanleiding van de uitspraak van de Finse bestuursrechter een civiele (*follow-on*) procedure aanhangig, waarin zij hoofdelijke veroordeling voor alle door het kartel geleden schade vordert van de geadresseerde karteldeelnemers (dus met inbegrip van de opvolgende entiteiten). In de civiele procedure stellen de opvolgende entiteiten zich kort gezegd

op het standpunt dat zij onder Fins recht niet civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de gedragingen van de (ontbonden en geliquideerde) entiteiten waarvan zij de activiteiten hebben voortgezet. In eerste en tweede aanleg komen de rechters tot een verschillend oordeel. Het Finse Hooggerechtshof ziet in deze aansprakelijkheidsvraag aanleiding om het HvJ EU opheldering te vragen over de verhouding tussen art. 101 VWEU en het nationale recht.

De analyse van AG Wahl

AG Wahl stelt voorop dat de prejudiciële vragen de wisselwerking tussen Europees en nationaal recht betreffen, en dat de vraag aan de orde is in hoeverre Europees recht voorschrijft hoe aansprakelijkheid in civiele kartelschadeprocedures moet worden vastgesteld. Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat eenieder het recht heeft om vergoeding te vorderen van de schade die hij lijdt door een schending van het mededingingsrecht. AG Wahl benadrukt dat uit deze rechtspraak volgt dat private handhaving van het mededingingsrecht niet slechts een compensatoire, maar ook een belangrijke afschrikwekkende functie heeft. De regels voor *uitoefening* van het recht op schadevergoeding worden echter, bij gebrek aan Europese privaatrechtelijke regels, door het nationale recht bepaald, waarbij geldt dat de nationale bepalingen moeten voldoen aan het gelijkheids- en effectiviteitsbeginsel.

Het antwoord op de vraag welke geschilpunten in kartelschadezaken door Europees recht en welke door nationaal recht worden behandeld, kan volgens AG Wahl worden gevonden in recentere jurisprudentie van het HvJ EU. Hij haalt het arrest *Kone* aan, waarin het HvJ EU oordeelde dat art. 101 VWEU zich verzet tegen een nationaal voorschrift dat de mogelijkheid om zgn. *umbrella damages* te vorderen (een indirecte vorm van schadeveroorzaking door een kartel) categorisch uitsluit (HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12). Volgens AG Wahl is het oordeel van het HvJ EU in *Kone* niet (zozeer) gebaseerd op een toets van het litigieuze nationale voorschrift aan het gelijkheids- en effectiviteitsbeginsel, maar komt het HvJ EU tot dit oordeel onder verwijzing naar de *volle werking* van art. 101 VWEU. Dit is volgens AG Wahl een belangrijk onderscheid: het helpt bij het bepalen van de afbakening tussen de kwesties die worden beheerst door Europees recht en de kwesties die door nationaal recht worden bepaald. De analyse van AG Wahl is dat de gelijkwaardigheids- en effectiviteitstoets slechts plaatsvindt bij toetsing van nationale voorschriften over de *toepassing* van het recht op schadevergoeding. Gaat het daarentegen om de *constitutieve* voorwaarden voor het recht op schadevergoeding, zoals causaal verband in *Kone*, dan vormt de volle werking van art. 101 VWEU het beoordelingskader.

AG Wahl concludeert vervolgens dat vaststelling van de voor een schending op het mededingingsrecht aansprakelijke persoon een constitutieve voorwaarde voor het recht op schadevergoeding vormt die – ook bij civiele schadevergoedingsacties – op grond van Europees recht moet worden vastgesteld: “*The determination of the persons liable directly affects the very existence of a right to claim compensation. As such, it constitutes a question of fundamental importance, on par with the right to claim damages itself. In other words, as is the case for causation, another constitutive condition of liability, the persons liable are to be determined on the basis of EU law.*” AG Wahl wijst erop dat de constitutieve voorwaarden voor aansprakelijkheid in de Europese Unie uniform moeten zijn omdat anders het risico bestaat dat marktdeelnemers verschillend worden behandeld en het recht op schadevergoeding aanzienlijk beperkt kan worden. AG Wahl merkt verder op dat de toepassing van verschillende regels in verschillende lidstaten over een dergelijke fundamentele kwestie niet alleen in de weg zou staan aan de fundamentele doelstelling van het EU-recht om voor alle ondernemingen op de interne markt een *level playing field* te creëren, maar ook tot forumshopping zou uitnodigen. Dit alles zou uiteindelijk een negatief effect hebben op de afschrikwekkende werking van schadevergoedingsacties en, in het verlengde daarvan, op de doeltreffendheid van het Europese mededingingsrecht. Volgens AG Wahl zijn de argumenten die in het kader van publieke handhaving worden gehanteerd vóór hantering van een breed ondernemingsbegrip en het daarmee samenhangende beginsel van economische continuïteit ook geldig in de context van een civiele schadevergoedingsactie. De publieke- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese mededingingsrecht hebben immers eenzelfde afschrikwekkende functie en moeten in dat opzicht als een geheel worden beschouwd. Het niet-toepassen van het beginsel van economische continuïteit zou

een aanzienlijke verzwakking betekenen van het afschrikkende effect van het recht op schadevergoeding. Volgens AG Wahl is een dergelijke oplossing waarbij een rechtspersoon inderdaad aansprakelijk kan worden gehouden voor het concurrentiebeperkende gedrag van een andere (ontbonden) entiteit noch buitengewoon, noch verrassend. Hij wijst erop dat het Europese mededingingsrecht (als geheel) in de eerste plaats erop is gericht om ondernemingen ervan te weerhouden concurrentieverstorend gedrag te vertonen, en *“In that system, liability is attached to assets, rather than to a particular legal personality. From an economic perspective therefore, the same undertaking that committed the infringement is held liable for both public sanctions and private law damages. Considering that public and private enforcement are complementary and constitute composite parts of a whole, a solution whereby the interpretation of ‘undertaking’ would be different depending on the mechanism employed to enforce EU competition law would simply be untenable.”* AG Wahl concludeert dat het beginsel van economische continuïteit moet worden toegepast bij privaatrechtelijke schadevorderingen voor een nationale rechter, waardoor particulieren schadevergoeding kunnen eisen van de rechtspersoon die de economische activiteit van een karteldeelnemer heeft voortgezet.

Commentaar

De conclusie van AG Wahl sluit aan bij het oordeel van het HvJ EU in het arrest *CDC Hydrogen Peroxide* (HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13). In dat arrest overwoog het HvJ EU – weliswaar in de context van internationale bevoegdheid – dat als de Commissie een bindende beslissing geeft waarin een inbreuk op het kartelverbod wordt vastgesteld, *“daarmee de aansprakelijkheid van elke deelnemer voor de schade als gevolg van het onrechtmatig handelen van elk van de deelnemers aan die inbreuk wordt vastgesteld.”* (rov. 24). Volgt het HvJ EU (wederom) de door AG Wahl voorgestelde lijn, dan betekent dit dat geadresseerden van een boetebesluit niet langer het verweer kunnen voeren dat zij in civielrechtelijke zin niet aansprakelijk zijn omdat zij de inbreuk op het mededingingsrecht niet zelf hebben gepleegd, bijvoorbeeld op basis van de stelling dat zij ‘slechts’ vanwege hun zeggenschap als moedervennootschap zijn beboet.

De bevindingen van AG Wahl zouden ook gevolgen kunnen hebben voor de M&A en insolventiepraktijk (bijvoorbeeld bij pre-packs). Potentiële kopers zouden zich genoodzaakt kunnen zien om te bekijken of de *target* mogelijk betrokken is geweest bij een schending van het mededingingsrecht, ook wanneer (louter) sprake is van een activa transactie (waarmee de economische activiteit van de *target* wordt voortgezet). Er bestaat immers een risico dat zij aansprakelijk worden gehouden voor het concurrentiebeperkende gedrag van de *target* op grond van het beginsel van economische continuïteit.

Dit is een Legal Update van Joost Möhlmann.

Voor meer informatie:

Joost Möhlmann
+31 30 25 95 652
joostmohlmann@vbk.nl