

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2019

Nummer 11, 2019

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3730](#) 10-10-2019

Charterhaven Oosterdok B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2487](#) 01-10-2019

Aandeelhoudersaansprakelijkheid

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3221](#) 03-09-2019

Misstanden bij de GVB

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6932](#) 27-08-2019

Zoon pluimveehouder vs. ABAB en vader

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2754](#) 26-07-2019

Ankibe en 3Dames/Mega Windforce Holding en Rikus c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1936](#) 16-05-2019

Coöperatieleden/Salo

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1158](#) 26-03-2019

Lifespan/Hillfresh

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:10476](#) 09-10-2019

GB Vastgoed/Lisman q.q.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:7634](#) 09-09-2019

Commissarissen Imtech/CNA Insurance

Uitspraken zonder ECLI

[Hof van Justitie van de Europese Unie](#) 14-03-2019

Skanska Industrial Solutions Oy

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Civiele aansprakelijkheid voor de 'economisch opvolger' van een overtreder van
het mededingingsrecht

N.R. de Jong

RECHTSPRAAK

Charterhaven Oosterdok B.V.

OK; (zelf)enquête. Ontvankelijk ondanks het ontbreken van een bestuursbesluit. Verzoek tot een enquête afgewezen. Hoewel er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken, wordt er geen enquête gelast of onmiddellijke voorzieningen getroffen.

Charter Haven Oosterdok ('CHO') is een bedrijf dat een stuk haven beheert in de gemeente Amsterdam. De gebruikers van deze haven, tevens allen aandeelhouder van CHO, zijn eigenaren van charterschepen. Het bestuur bestaat uit vijf gebruikers/aandeelhouders. CHO pacht de haven zelf van de gemeente Amsterdam.

De gebruikers/aandeelhouders zijn onder te verdelen in twee groepen: de ene groep gebruikt hun schip met name om vaartochten aan te bieden, terwijl de andere groep hun schip vooral als drijvend hotel gebruikt. CHO mag van de gemeente Amsterdam per seizoen slechts een beperkt aantal overnachtingen op de haven toestaan.

Op een zeker moment besluit de gemeente dat het aantal hotelovernachtingen moet worden verminderd. Op dit punt komen de vijf leden van het bestuur met elkaar in conflict. Drie leden, die zelf tot de groep 'varenden' behoren ('de Varende Bestuurders'), nemen het voortouw om een afspraak met de gemeente te maken waarin een stuk minder overnachtingen per seizoen wordt toegestaan. De twee overige bestuurders, behorend tot de groep 'hoteliers' ('de Hotellende Bestuurders') voelen zich gepasseerd. Zij menen dat de Varende Bestuurders op eigen houtje het beleid van CHO inzake het aanbieden van overnachtingen hebben gewijzigd. De Hotellende Bestuurders wenden zich namens CHO tot de OK en verzoeken een enquête. Zij voeren aan dat er geen sprake is van een collegiaal bestuur en dat het bestuur, mede als gevolg van persoonlijke belangen van bestuursleden, niet in staat is de belangen van alle gebruikers van de haven te behartigen. Dit valt af te leiden uit het feit dat de Varende Bestuurders (i) mededelingen aan de gebruikers/aandeelhouders hebben gedaan die niet met de Hotellende Bestuurders waren afgestemd, (ii) gebruik maakten van advies van een advocaat waar de Hotellende Bestuurders niet van op de hoogte waren en

(iii) bepaalde gesprekken met de gemeente hebben gevoerd (o.a. over de taxatie van de haven) waar de Hotellende Bestuurders niet van op de hoogte waren.

De OK oordeelt eerst dat de Hotellende Bestuurders ontvankelijk zijn. Zij zijn gezamenlijk bevoegd om CHO te vertegenwoordigen. Weliswaar ligt er aan het indienen van het enquêteverzoek geen bestuursbesluit ten grondslag, maar dit is ook niet vereist nu het verzoek rust op de stelling dat het bestuur als collegiaal orgaan niet functioneert. De OK oordeelt voorts dat er inderdaad gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, in het bijzonder met betrekking tot het functioneren van het bestuur als collegiaal orgaan. Echter, de OK meent dat er nog toereikende mogelijkheden bestaan om, langs vennootschappelijke weg, op korte termijn een einde te maken aan de bestaande gronden voor twijfel aan een juist beleid. Zo vindt er eendaags een aandeelhoudersvergadering plaats waar belangrijke besluiten kunnen worden genomen (o.a. inzake de samenstelling van het bestuur) en de OK acht het niet op voorhand aannemelijk dat in die vergadering een minderheid van aandeelhouders/gebruikers onredelijk in hun belangen zal worden geschaad. Er is daarom onvoldoende grond om een enquête of voorlopige voorziening te gelasten.

S.L. Haanschoten, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3730

Zaaknummer: 200.265.125/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, M.N. Hoogendoorn en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: J.A.I. Verheul, P.J. Vredereg, J.P.P. Latour, M.L. Dingemans, A.W. Brantjes en T.H. Geukes Foppen

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

GB Vastgoed/Lisman q.q.

Renvooiprocedure, omzetting geldlening in informeel kapitaal. Achtergestelde lening of agioreserve? Omzetting agioreserve in geldlening toegestaan? Nietigheid in verband met artikel 2:216 BW (oud), dwingende bewijskracht notariële akte wordt gepasseerd.

In een renvooiprocedure wenst eiser te worden erkend als schuldeiser, met een vordering van ruim € 184.000. De curator betwist de stellingen van de eiser. Daarbij zijn de volgende feiten van belang.

In 2004 is een vordering op de latere failliet uit hoofde van een lening omgezet in, zoals partijen dat noemden, 'informeel kapitaal'. In de omzettingsakte is opgenomen dat de lening 'kwalificeert als kapitaal', en dat 'rente slechts verschuldigd is' als de schuldenaar 'winst genereert'. Voorts is de hoofdsom en rente achtergesteld bij alle andere schulden. De jaarrekening 2004 vermeldt daarom: 'Per 31 december 2004 is de lening omgezet in een agiostorting op aandelen'. In de jaarrekeningen 2005-2008 is de post steeds weergegeven als 'agiostorting' met telkens dezelfde omvang. In de jaarrekening 2009 is de post agiostorting op nihil gesteld, maar is een achtergestelde lening ter hoogte van hetzelfde bedrag opgenomen. De jaarrekeningen 2004-2009 zijn vrijwel allemaal getekend door X, die zowel bestuurder is van de schuldenaar, alsook van de schuldeiser.

De jaarrekening 2010 vermeldt dat in de jaarrekening 2004 'fundamentele fouten' staan. In de toelichting staat dat in de jaarrekening 2004 een agiostorting is weergegeven, maar dat 'in 2010 is gebleken dat het de bedoeling van partijen is geweest om de lening om te zetten in een achtergestelde lening en dat er geen sprake was van een agioreserve'.

In 2011 erkent de schuldenaar in een notariële akte dat hij het bedrag uit hoofde van de lening verschuldigd is. Vervolgens vindt regelmatig gedeeltelijke aflossing plaats. De schuldenaar is in 2013 gefailleerd.

De curator betwist de vordering, omdat naar zijn oordeel een uitkering van een agioreserve heeft plaatsgevonden, terwijl die uitkering niet voldeed aan het destijds geldende artikel 2:216

BW (oud). Omzetting van de reserve in een geldlening was dan ook nietig, aldus de curator.

De rechtbank beoordeelt allereerst of er sprake was van een (achtergestelde) lening, dan wel van een agioreserve. De rechtbank acht van belang dat X vrijwel alle jaarrekeningen vanaf 2004 heeft ondertekend, zodat partijen er klaarblijkelijk voor gekozen hebben om het bedrag als agioreserve te kwalificeren. De correctie als vermeld in de jaarrekening van 2010 acht de rechtbank niet overtuigend, omdat verschillende jaren expliciet de kwalificatie 'agioreserve' is gehanteerd in de jaarrekening. Om te aanvaarden dat die kwalificatie onjuist was, is meer nodig, aldus de rechtbank, die voorts overweegt dat de jaarrekeningen waren samengesteld door een deskundige accountant.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of het mogelijk was om de agioreserve in 2009 uit te keren, door deze om te zetten in een lening. Daarvoor verwijst zij naar het destijds geldende artikel 2:216 BW (oud), op basis waarvan uitkeringen alleen konden plaatsvinden, voor zover er sprake was van vrije reserves en een positief eigen vermogen. De curator heeft aangetoond dat de schuldenaar reeds in 2009 een negatief eigen vermogen kende, zodat uitkering van de agioreserve nietig was.

Dan gaat de rechtbank nog in op de notariële akte. De schuldeiser heeft betoogd dat de inhoud van de jaarrekeningen niet relevant is, omdat in de notariële akte – met dwingende bewijskracht – is erkend dat de schuldenaar het bedrag verschuldigd was. De curator werpt tegen dat het in casu gaat om een rechtsgevolg dat 'niet ter vrije bepaling van partijen staat', in welk geval de dwingende bewijskracht niet op zou gaan. De rechtbank oordeelt dat de vastlegging van de lening direct terug te voeren is op de agioreserve. Een leningsovereenkomst die de strekking heeft een niet-uitkeerbare agioreserve om te zetten en aldus te onttrekken aan het eigen vermogen, dient volgens de rechtbank dan ook eveneens als nietig te worden gekwalificeerd.

Volgt afwijzing van de vordering en veroordeling van eiser in de proceskosten.

Wenk

De lening is blijkens de uitspraak een aantal malen overgedragen (steeds binnen de groep, voor zover valt na te gaan). Daardoor is het feitencomplex enigszins ingewikkeld en vallen in de uitspraak namen van diverse partijen. Voor de beoordeling lijkt dat alles evenwel – zo volgt uit de uitspraak – van ondergeschikt belang.

Opvallend is overigens dat uit de feiten blijkt dat het eigen vermogen van de schuldenaar in 2009 € 172.000 negatief was (ro. 4.8). De hoogte van de agioreserve (in 2009 als achtergestelde lening gekwalificeerd), bedroeg € 326.000. Uit de uitspraak blijkt niet of

partijen gedebatteerd hebben over de vraag of er niet een deel had mogen worden uitgekeerd, maar wellicht had dat gekund.

A.D. van Dalen, oktober 2019

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:10476

Zaaknummer: C/09/552877 / HA ZA 18-521

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: S.C. Krekel en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 2:216 BW (oud) en 157 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

Aandeelhoudersaansprakelijkheid

Onrechtmatige daad van een aandeelhouder door het overdragen van zijn aandelen aan een katvanger. De aandeelhouder is aansprakelijk omdat deze zich onvoldoende de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de vennootschap heeft aangetrokken.

Appellant is directeur-groootaandeelhouder ('de DGA') van een uitzendbureau. Het uitzendbureau valt onder de werkingssfeer van verschillende cao's. Geïntimeerde is een stichting ('de Stichting') met als taak het toezien op een correcte naleving van een aantal cao's. Het uitzendbureau heeft deze niet goed nageleefd, waarop de Stichting het uitzendbureau heeft gesommeerd een bedrag van ruim € 30.000 aan achterstallige salarissen te betalen en medewerking te verlenen aan een hercontrole. Echter, voordat hieraan wordt voldaan draagt de DGA zijn aandelen (via zijn vennootschap) voor slechts € 1.000 over aan een nieuwe bestuurder ('de Katvanger'). Het uitzendbureau annuleert de hercontrole en weigert verdere medewerking te verlenen. De Stichting brengt annuleringskosten in rekening en legt het uitzendbureau een forfaitaire schadevergoeding op. Na de bestuurswissel wordt niets meer van het uitzendbureau vernomen.

In eerste aanleg vordert de Stichting dat de DGA, het uitzendbureau en de Katvanger worden veroordeeld tot betaling van de achterstallige salarissen, de annuleringskosten en de forfaitaire schadevergoeding. Volgens de Stichting is de DGA op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk nu hem als bestuurder een ernstig verwijt treft voor overtreding van de cao-bepalingen. Hij had immers moeten toezien op de naleving daarvan. Daarnaast zou de DGA onrechtmatig jegens de Stichting hebben gehandeld door het overdragen van de bestuurstaken in het zicht van de hercontrole zonder zeker te stellen dat deze doorgang zou vinden. De kantonrechter volgt het betoog van de Stichting en veroordeelt de DGA tot betaling van het door de Stichting gevorderde.

De DGA komt in hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter.

Het gerechtshof oordeelt – anders dan de kantonrechter – dat het enkel niet-naleven door de vennootschap van de cao, dan wel het niet-zorgdragen voor tijdige salarisbetalingen

onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.

Het gerechtshof verduidelijkt dat het verkopen van aandelen geen bestuurshandeling is en dat het verwijt aan de DGA buiten het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid valt. Het hof beoordeelt vervolgens naar de gewone regels van onrechtmatige daad of de DGA jegens de Stichting aansprakelijk is. Het hof komt tot de conclusie dat dit het geval is, nu deze zijn aandelen aan de Katvanger heeft overgedragen zonder zich daarbij voldoende de belangen van de Stichting aan te trekken. Daarbij speelt een rol dat de DGA al geruime tijd wist dat de cao's niet correct waren nageleefd en dat de afwijkingen zouden moeten worden gecorrigeerd. Ook is van belang dat de DGA geen onderzoek heeft gedaan naar de koper, terwijl uit een eenvoudig onderzoek op internet al zou blijken dat de koper bekendstond als katvanger in vele faillissementen. De DGA had in het belang van de schuldeisers van het uitzendbureau nader onderzoek moeten doen naar de gegoedheid van de Katvanger. De DGA had – in plaats van de aandelen te verkopen – maatregelen moeten treffen of op zijn minst de Stichting moeten waarschuwen.

Op het betoog van de DGA dat hij niet aansprakelijk is omdat sprake was van betalingsonmacht bij het uitzendbureau, oordeelt het gerechtshof dat vrijwel alle informatie met betrekking tot de financiële positie van het uitzendbureau zich in het domein van de DGA bevindt. Tegen die achtergrond oordeelt het hof dat hetgeen de DGA ter onderbouwing van de betalingsonmacht heeft ingebracht te summier en niet concludent is.

V.G.M. Leferink, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 01-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2487

Zaaknummer: 200.217.090

Rechters: J.A. van Dorp, M. Flipse en M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: O. Arslan en J. van der Voet

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Commissarissen Imtech/CNA Insurance

De voorzieningenrechter oordeelt dat verzekeraar aan commissarissen Imtech up front dekking moet verlenen voor kosten van verweer tegen claims curatoren. Curator is een 'official body' in de zin van de D&O-polis. Verzekeraar is gehouden dekking te verlenen voor de up front kosten, tenzij de verzekeraar op voorhand feiten en omstandigheden stelt en, bij betwisting, aannemelijk maakt, op grond waarvan hoogstwaarschijnlijk is dat een dekkingaanspraak uiteindelijk niet zal worden aangenomen.

Imtech was polishouder van een Directors & Officers aansprakelijkheidsverzekering ('D&O'). De commissarissen t/m 2013 ('Commissarissen') waren verzekerde personen onder deze D&O. De D&O bestond uit verschillende lagen (layers) waarop verschillende verzekeraars acteerden. Primaire verzekeraar bij deze D&O was AIG tot een bedrag van € 25 miljoen. CNA Insurance Company Limited ('CNA') trad op als first excess insurer tot een bedrag van € 15 miljoen.

Op 4 februari 2013 heeft Imtech in een persbericht aangekondigd dat het een afschrijving in de jaarrekeningen voorzag van minimaal € 100 miljoen op een aantal investeringen in Polen. Naar aanleiding van dit persbericht is het aandeel Imtech sterk in waarde gedaald. Na dit persbericht hebben verschillende aandeelhouders de Commissarissen en Imtech aansprakelijk gesteld voor de schade die zij stelden te hebben geleden. In verband hiermee heeft Imtech de primaire verzekeraar AIG ingeschakeld en is het tot een schikking gekomen. Onderdeel van deze schikking is dat – kort gezegd – de VEB aan Imtech en de Commissarissen finale kwijting verleende.

Op 13 augustus 2015 is het faillissement van Imtech uitgesproken. In 2016 hebben de curatoren de Commissarissen medegedeeld dat zij door de gezamenlijke crediteuren van Imtech mogelijk aansprakelijk zouden worden gesteld voor (het tekort in) het faillissement. De curatoren hebben de Commissarissen in de gelegenheid gesteld te reageren op hun

bevindingen met betrekking tot de overname door Imtech in 2012 van 80% van de aandelen in Arma en de betrokkenheid van bestuurders van Imtech bij fraude en de wijze waarop daaromtrent (geen) informatie is verschaft aan het publiek en betrokken verzekeraars.

Op 13 april, 19 mei en 17 juli 2017 hebben de Commissarissen zich tot CNA gewend om dekking te krijgen voor de juridische kosten voor een reactie op het Arma rapport. CNA heeft dekking geweigerd met de argumenten dat het plafond van de dekking die AIG biedt niet was bereikt en dat de Commissarissen CNA onvoldoende op de hoogte hadden gehouden van relevante ontwikkelingen. De Commissarissen hebben de verweerkosten vervolgens uit eigen middelen betaald.

Op 30 januari 2019 hebben enkele aandeelhouders van Imtech een procedure aanhangig gemaakt waarin wordt gevorderd voor recht te verklaren dat de Commissarissen onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de aandeelhouders doordat onder andere incorrecte en incomplete uitspraken zouden zijn gedaan over de jaarcijfers van Imtech in de periode voorafgaand aan haar faillissement. Deze procedure wordt door partijen aangeduid als de Lean Lawyers procedure. De Commissarissen hebben tot 30 oktober 2019 om verweer te voeren.

Op 28 juni 2019 respectievelijk 8 juli 2019 hebben de advocaten van de Commissarissen een aantal nieuwe rapporten ontvangen van de curatoren, waaronder een zogenoemd 'conceptfeitenrapport'. In dit laatste rapport gaan de curatoren onder meer in op de rol van de raad van commissarissen in de aanloop naar het faillissement van Imtech. De Commissarissen verwachten dat de nieuwe rapporten door de curatoren zullen worden gebruikt om hen aansprakelijk te stellen. In juli 2019 hebben zij zich wederom tot CNA gewend voor dekking van de te maken juridische kosten. CNA heeft ook ditmaal dekking geweigerd.

De Commissarissen vorderen van CNA onder de D&O-polis betaling van de verweer- en onderzoekskosten die door hen zijn voorgesloten. Ook vorderen de Commissarissen CNA te veroordelen tot vergoeding van de nog te maken kosten op straffe van een dwangsom van € 10.000 voor elke dag dat CNA zijn verplichtingen niet nakomt. De Commissarissen leggen aan de vorderingen ten grondslag dat CNA tekortschiet in de nakoming van de verplichtingen die uit hoofde van de D&O op haar rusten. Volgens de Commissarissen weigert CNA zonder goede grond dekking te verlenen voor de kosten voor het voeren van verweer en onderzoek, terwijl CNA daar op grond van de D&O en meer specifiek op grond van de first excess layer toe gehouden is.

CNA betoogt onder meer dat de Commissarissen alleen gedekt zijn voor verwijten die verband houden met het persbericht van 4 februari 2013. Voor claims die betrekking hebben op het

voeren van verweer en onderzoek in het kader van onder meer de Lean Lawyers procedure en het onderzoek van de curatoren, biedt de verzekering volgens CNA geen dekking. CNA stelt dat geen sprake is van een onderzoek in de zin van de polis, omdat de curatoren niet kwalificeren als 'official body' zoals gedefinieerd in de overeenkomst. Ook betoogt CNA dat zij het recht heeft haar verplichtingen op te schorten, aangezien de Commissarissen niet hebben voldaan aan hun informatie- en participatieverplichtingen. Ook brengt CNA als verweer naar voren dat de Commissarissen bij het aangaan van de schikking hebben nagelaten te melden dat de voormalige CEO en CFO feiten hebben gepleegd die maken dat dekking is uitgesloten. Aangezien de Commissarissen zijn meegegaan in de strategie van Imtech om deze informatie achter te houden en de verzekeraars te bewegen om te schikken, is de opzet op misleiding gegeven.

De voorzieningenrechter overweegt dat CNA gehouden is op de voet van de polis dekking te verlenen voor de up front kosten, tenzij CNA op voorhand feiten en omstandigheden stelt en, bij betwisting, aannemelijk maakt, op grond waarvan het hoogstwaarschijnlijk is dat een dekkingsaanspraak uiteindelijk niet zal worden aangenomen. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat van dergelijke feiten en omstandigheden geen sprake is. De opstelling van de Commissarissen is stellig een relevant punt van nader onderzoek, maar beslist geen grond om hen op voorhand in de kou te laten staan, aldus de voorzieningenrechter. Ook kan CNA volgens de voorzieningenrechter niet volhouden dat de curatoren niet kwalificeren als 'official body' in de zin van de polis. De curator is volgens de voorzieningenrechter een door de rechtbank aangestelde functionaris. De opdracht van de curator strekt zich onder meer uit tot het onderzoek als omschreven in artikel 68 Fw en de curator verricht dit onderzoek op grond van de wet en heeft daartoe specifieke, aan de wet ontleende bevoegdheden.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de Commissarissen toe en bepaalt de dwangsom op € 5.000 per dag met een maximum van € 250.000.

J. van den Dolder, september 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:7634

Zaaknummer: C/15/292189 / KG ZA 19-565

Rechters: H.J. Schotman

Advocaten: A.Ch.H. Franken en F. van der Woude

RECHTSPRAAK

Misstanden bij de GVB

Naar aanleiding van krantenberichten over mogelijke misstanden bij de GVB heeft een onderzoeksbureau in opdracht van de RvC een rapport uitgebracht. De RvC heeft conclusies uit dat rapport getrokken die mede betrekking hebben op een ex-bestuurder, en die conclusies gepubliceerd in een persbericht en een jaarverslag. Het hof oordeelt dat de vennootschap daarmee niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de ex-bestuurder.

In 2012 verschenen berichten in *De Telegraaf* over mogelijke misstanden, fraude en onregelmatigheden binnen de GVB. Naar aanleiding van de eerste publicaties in de media heeft de Raad van Commissarissen (die op basis van de statuten de bestuurders van GVB benoemt, 'de RvC') opdracht gegeven aan BDO Investigations B.V. ('BDO') tot een feitelijk onderzoek naar de in de media vermelde kwesties.

De bestuurders van GVB worden in de gelegenheid gesteld hun visie op de onderzoeksresultaten van BDO te geven. Hun commentaar wordt als annex bijgevoegd alvorens het finale eindrapport aan de RvC wordt verzonden.

De RvC heeft vervolgens conclusies uit het rapport getrokken die mede betrekking hebben op A, een ex-bestuurder, en deze conclusies gepubliceerd in een persbericht en een jaarverslag van GVB.

A vordert daarop in eerste aanleg (i) een verklaring voor recht dat GVB met het trekken en publiceren van de conclusies zoals gepubliceerd in het jaarverslag van 2012 onrechtmatig heeft gehandeld jegens A en zijn collega's, (ii) een rectificatie en (iii) vergoeding van immateriële schade. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof bekrachtigt dit vonnis.

Zoals uit het rapport blijkt, heeft BDO alle bestuurders gehoord. De RvC mocht ervan uitgaan dat het onderzoek van BDO in die zin volledig was. Er bestaat bovendien geen algemene

rechtsplicht voor een vennootschap (of RvC) om een ex-bestuurder te horen voordat zij conclusies verbindt aan een rapport dat (mede) betrekking heeft op het functioneren van het voormalige bestuur waarvan de ex-bestuurder deel uitmaakte.

De RvC had de taak zich een oordeel te vormen over de ernst van de bevindingen van BDO. Hierbij had hij in beginsel beoordelingsvrijheid. De door A aangedragen omstandigheden laten onverlet dat de RvC de geconstateerde schendingen zo ernstig mocht achten als hij deed. De RvC heeft dus niet onrechtmatig jegens A gehandeld door voornoemde conclusies te trekken.

Gelet op de suggesties van misstanden, fraude en onregelmatigheden die reeds in *De Telegraaf* waren gepubliceerd, had GVB er bovendien belang bij om te publiceren dat hiernaar onderzoek was gedaan en welke conclusies zij hieruit had getrokken. GVB mocht dit belang redelijkerwijs als zwaarwegend en spoedeisend kwalificeren.

Volgens het hof moest GVB bij het formuleren van de conclusies in het persbericht niet enkel rekening houden met haar eigen belangen, maar ook met die van A. Dat heeft zij in zoverre gedaan dat het persbericht zijn naam niet vermeldt. Het vermeldt wel 'de toenmalige directie' als collectief, maar zonder specifiek te verwijzen naar de algemeen directeur of de bestuursvoorzitter.

Gelet op dit alles heeft GVB niet onrechtmatig gehandeld door de conclusies van de RvC in de gekozen bewoordingen in het persbericht te publiceren.

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, wijst af hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd en veroordeelt A in de kosten van het hoger beroep.

C. Groen, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3221

Zaaknummer: 200.235.764/01

Rechters: A.C. Faber, G.C.C. Lewin en Chr.M. Stokkermans

Advocaten: D. Poot en R.J. van Agteren

RECHTSPRAAK

Zoon pluimveehouder vs. ABAB en vader

Terugverwijzing na cassatie; overname pluimveebedrijf door zoon; fout bij advisering omtrent overname(som) door accountant; zoon stelt accountant en vader aansprakelijk voor de geleden schade; verjaring en klachtplicht

Stichting ABAB ('ABAB') heeft geadviseerd bij een overname door appellant ('de Zoon') van het aandeel van zijn vader ('de Vader') in het pluimveebedrijf dat hij en de Vader sinds 1997 hebben geëxploiteerd. Die exploitatie geschiedde vanaf 1997 tot aan de overname op grond van een overeenkomst van commanditaire vennootschap ('de CV-overeenkomst'). In 1999 hebben Vader en Zoon besloten tot een overname per 1 januari 2000, waarna ABAB de overnameprijs heeft berekend. Volgens de Zoon is ABAB tekortgeschoten in de opgedragen advisering rond de overname en heeft ABAB de overnameprijs niet juist berekend. Kern van het geschil is dat ABAB een te lage compensatie in aanmerking heeft genomen voor de overname van fiscale claims. De eerdere vorderingen zijn door de rechtbank en door het hof afgewezen. De Hoge Raad heeft de klachten hiertegen in cassatie gegrond verklaard en terugverwezen naar het hof. In dit hoger beroep zijn de vorderingen jegens ABAB en de Vader gebaseerd op het handelen/nalaten van ABAB voorafgaand en ten tijde van de overname. ABAB en de Vader hebben zich op het standpunt gesteld dat de vorderingen zijn verjaard, althans dat de Zoon niet aan zijn klachtplicht heeft voldaan.

Het hof stelt voorop dat op grond van artikel 3:310 lid 1 BW een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad gaat het hier om daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat.

De Zoon heeft aangevoerd dat hij voorafgaand aan en ten tijde van de overname nog niet bekend was met de foute berekening van de overnamesom en de onvoldoende advisering door ABAB, noch met de omstandigheid dat hij de Vader door die fout een te hoge overnamesom had betaald en dat hij daarmee evenmin bekend is geworden in de periode waarin ABAB zijn

accountant is gebleven. Naar het oordeel van het hof heeft ABAB onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd om de conclusie te rechtvaardigen dat de Zoon eerder dan toen hij daarop door zijn nieuwe accountant werd gewezen, daadwerkelijk bekend was met de schade en de aansprakelijke persoon. Onvoldoende acht het hof in dit verband dat de Zoon al kort na de overname aan ABAB had laten weten dat hij vond dat hij teveel had betaald voor het aandeel van de Vader. Deze uitlating impliceert immers niet zonder meer dat de Zoon van de fout in de berekening op de hoogte was.

Ten aanzien van het schenden van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW overweegt het hof dat ABAB onvoldoende heeft aangevoerd om het oordeel te rechtvaardigen dat de Zoon niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen de advisering omtrent de overname. Het hof kent daarbij belangrijk gewicht toe aan het feit dat de fout waarvan de Zoon ABAB een verwijt maakt op het terrein van deskundigheid van ABAB is gelegen. Uit het enkele feit dat de bedrijfsvoering niet renderend was, had de Zoon niet hoeven af te leiden dat ABAB jegens hem tekort was geschoten in de advisering over de overname(prijs). Daarbij heeft de Zoon ABAB aansprakelijk gesteld zodra hij door zijn nieuwe adviseur van de fout op de hoogte was gesteld. Het beroep op de klachtplicht faalt dan ook.

De Zoon stelt dat hij bij juiste advisering over de overname niet of niet onder dezelfde voorwaarden de overnameovereenkomst zou hebben gesloten. ABAB heeft als verweer aangevoerd dat zij bij de overname uitsluitend als adviseur van de Vader is opgetreden. Het hof verwerpt dit verweer. Bij gebreke van een uitdrukkelijke waarschuwing op dit punt en bij gebreke van een (advies voor een) eigen adviseur voor de Zoon, heeft de Zoon mogen begrijpen dat ABAB de opdracht om de voorgenomen overname te begeleiden, in opdracht van beide partijen uitvoerde. Deze aannahme wordt versterkt door het feit dat ABAB destijds ook al adviseur van de CV was. ABAB heeft onvoldoende concreet aangevoerd dat zij de Zoon heeft uitgelegd hoe de door hem te betalen overnamesom was opgebouwd, welk deel daarvan als compensatie diende voor het doorschuiven van de fiscale claim, of het op de overnamebalans genoemde bedrag toereikend was en of hij tot het overnemen van de fiscale claim gehouden was. Het lag op de weg van ABAB de Zoon daarover te informeren.

ABAB is aldus tekortgeschoten jegens de Zoon in de nakoming van de overeenkomst en is aansprakelijk voor zover de Zoon als gevolg van deze fout schade heeft geleden. Ook de Vader is aansprakelijk voor de schade die de Zoon heeft geleden in verband met het feit dat een te lage belastingcompensatie in aanmerking is genomen bij de berekening van de overnamesom. Naar het oordeel van het hof behoeft de Zoon op grond van de CV-overeenkomst niet te verwachten dat hij bij het einde van de commanditaire vennootschap schulden van de Vader zou overnemen, waarvoor slechts zeer ten dele een compensatie in de overnamesom zou zijn begrepen. Het verzuim van de Vader om zijn aandeel in overeenstemming met de bepalingen

van de CV-overeenkomst aan hem over te dragen, levert een toerekenbare tekortkoming op.

Ten aanzien van de omvang van de schade acht het hof aannemelijk dat de Zoon de overname niet onder dezelfde voorwaarden had gesloten indien hij juist was geadviseerd. In principe komt het gehele gevorderde bedrag daarom voor vergoeding in aanmerking. Wel brengt het hof de schenkingen die de Zoon van de Vader heeft ontvangen ter tegemoetkoming voor de toekomstige belastingen in mindering op het gevorderde bedrag.

M.F. van Schendel, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6932

Zaaknummer: 200.215.466

Rechters: M.B. van den Beekhoven Boezem, Ch.E. Bethlem en J. van de Merwe

Advocaten: A.E.T.M. van de Camp en A.M. Rottier

Wetsartikelen: 3:310 lid 1 BW en 6:89 BW

RECHTSPRAAK

Ankibe en 3Dames/Mega Windforce Holding en Rikus c.s.

OK; enquête. Ondernemingskamer wijst enquêteonderzoek door aandeelhouders toe en benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening tijdelijk bestuurder met beslissende stem die zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is en zonder wie de vennootschap niet kan worden vertegenwoordigd.

Mega Windfore Holding B.V. ('de Vennootschap') is een start-up die zich bezighoudt met het ontwikkelen van innovatieve windturbines. Brainmaker B.V., Forest Wing B.V. en Rikus B.V. ('Rikus c.s.') houden 58,3% van de aandelen in de Vennootschap. De overige aandelen worden gehouden door Ankibe B.V. en 3Dames B.V. ('Ankibe c.s.').

Vanaf de oprichting van de Vennootschap bestaat het bestuur uit Ankibe B.V. en de enig aandeelhouder van 3Dames B.V. ('Ankibe-bestuur'). Om de ontwikkelingen van de windturbine te bevorderen, ontstaat behoefte aan aanvullende financiering. Het Ankibe-bestuur voert daarom gedurende een bepaalde periode gesprekken met potentiële investeerders. Deze gesprekken leiden uiteindelijk niet tot het gewenste resultaat. Naarmate de tijd verstrijkt, verslechtert de relatie tussen Ankibe c.s. en Rikus c.s. Uiteindelijk is het volledige Ankibe-bestuur tijdens een algemene vergadering van de Vennootschap ontslagen, waarna de aandeelhouders van Rikus c.s. tot bestuurders van de Vennootschap zijn benoemd ('Rikus-bestuur').

Ankibe c.s. vorderen bij de OK – kort gezegd – een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de Vennootschap en haar twee dochtermaatschappijen. Ankibe c.s. leggen het volgende aan hun vordering ten grondslag. Allereerst zou sprake zijn van ernstig verstoorde verhoudingen tussen Rikus c.s. en Ankibe c.s. Zo zouden Rikus c.s. met een investeerder onder één hoedje hebben gespeeld met als doel Ankibe c.s. uit de Vennootschap te werken. Daarnaast zouden Rikus c.s. hebben gepoogd het Ankibe-bestuur het besturen onmogelijk te maken door (onder meer) de e-mailaccounts af te sluiten. Daarnaast stellen Ankibe c.s. dat zij – als minderheidsaandeelhouders – ontoereikend en niet in dezelfde mate zijn geïnformeerd als Rikus c.s. Ankibe c.s. stellen recht te hebben op een tijdige en gelijkwaardige

informatievoorziening. Daarnaast zou het Rikus-bestuur zijn taken ernstig hebben verwaarloosd door leads van de voormalige bestuurders betreffende potentiële investeerders niet op de juiste wijze op te volgen. Tot slot stellen Ankibe c.s. dat sprake is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling omdat het Rikus-bestuur zich enkel laat leiden door zijn eigen belang.

De Vennootschap, Rikus c.s. en het Rikus-bestuur brengen daartegen in dat het Ankibe-bestuur financieel wanbeleid voerde en structureel weigerde over dit wanbeleid verantwoording af te leggen. Daarnaast verwijten zij Ankibe c.s. dat zij niet duidelijk hebben gemaakt op welke wijze de verstoorde verhoudingen tussen Ankibe c.s. en Rikus c.s. invloed hebben op de Vennootschap en op welke wijze toewijzing van het verzoek van Ankibe c.s. bijdraagt aan een verbeterde verhouding.

De OK constateert dat de onenigheid tussen Ankibe c.s. en Rikus c.s. potentiële investeerders afgeschrikt. Dit bedreigt volgens de OK de continuïteit van de Vennootschap. Voorts overweegt de OK dat de verstoorde verhoudingen ertoe hebben geleid dat aan Ankibe c.s. onvoldoende informatie is verschaft. Het feit dat de onderneming in een cruciale fase is aanbeland (er is immers op korte termijn financiering nodig), had dit aanleiding moeten zijn voor een ruimere informatieverstrekking aan Ankibe c.s. Verder oordeelt de OK dat onvoldoende naar voren is gekomen dat de financiële situatie van de Vennootschap dermate slecht is dat het Rikus-bestuur is genoodzaakt af te koersen op ofwel een faillissement ofwel het verkopen van het belangrijkste vermogensbestanddeel van de onderneming, met alle voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming verstreckende gevolgen van dien.

De OK komt tot de slotsom dat het handelen van het Rikus-bestuur, de verstoorde verhoudingen binnen de onderneming en de gebrekkige informatievoorziening aan Ankibe c.s. gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. De OK beveelt een onderzoek naar de Vennootschap en haar dochtermaatschappijen en benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder van de Vennootschap met een beslissende stem die bovendien zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is en zonder wie de Vennootschap niet kan worden vertegenwoordigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2754

Zaaknummer: 200.262.496/01

Rechters: M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, M.P. Nieuwe Weme, C. Smits-Nusteling en S. ten Have

Advocaten: E. Stegerhoek, K. Watanabe, B. de Ruijter, S.J.H.M. Berendsen en P.L. Hezer

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Coöperatieleden/Salo

OK; enquête. Niet-ontvankelijkheid enquêteverzoek leden van inkoopcoöperatie Salo

Coöperatieve Handelsvereniging Salo U.A. ('Salo') is een inkoopcoöperatie en groothandel voor een groep van installatie- en sanitaire bedrijven en loodgieters. Alle bestuursleden van Salo zijn leden en klanten van de coöperatie. Een werknemer van Salo ('de Werknemer') maakt op een gegeven moment bij het bestuur melding van meerdere malversaties in de afgelopen jaren bij Salo. Hij dreigt deze malversaties publiek te maken als het bestuur niet opstapt. Uiteindelijk wordt de Werknemer op staande voet ontslagen.

Na zijn ontslag meldt de Werknemer zijn vermoedens van onregelmatigheden aan meerdere leden, waaronder 'Lid G', van Salo. Na meerdere gesprekken met onder andere Lid G toont het bestuur zich bereid een registeraccountant aan te wijzen die de door de Werknemer genoemde punten kan onderzoeken. Zonder bespreking met de leden van (i) de keuze voor het accountantskantoor, (ii) de inhoud van de opdracht en (iii) de samenstelling van het dossier van de accountant, wordt door het bestuur van Salo een accountantskantoor gekozen. Daarnaast wordt de adviseur van Lid G niet toegestaan toezicht te houden op het accountantsonderzoek. Lid G geeft aan de overige leden per mail aan zich te verzetten tegen het onderzoek. Na contact met de adviseur van Lid G en overleg met het bestuur van Salo heeft het accountantskantoor de opdracht teruggegeven.

De adviseur van Lid G verstuurt daarna een uitnodiging aan alle leden van Salo om een buitengewone algemene ledenvergadering te houden, met als agendapunten onder andere het te houden interne onderzoek en vervanging/uitbreiding van het bestuur van Salo. Korte tijd later verstuurt het bestuur van Salo een uitnodiging aan alle leden van Salo voor een algemene ledenvergadering van Salo. Het bestuur kondigt aan dat Lid G daar de gelegenheid zal krijgen om zijn aantijgingen kenbaar te maken en dat de leden vragen kunnen stellen. Kort hierna besluit het bestuur het lidmaatschap van Lid G op te zeggen en Lid G uit zijn lidmaatschap te ontsetten.

Op de door (de adviseur van) Lid G bijeengeroepen vergadering stemt een grote meerderheid

van de leden ermee in een onafhankelijk forensisch onderzoek te laten plaatsvinden en een commissie van leden op te richten dat toezicht moet houden op dat onderzoek. Daarnaast moet het bestuur tijdens het onderzoek tijdelijk aftreden en worden vervangen. Later vindt ook nog een buitengewone ledenvergadering plaats, waar Lid G niet wordt toegelaten.

Na de vergaderingen vindt contact plaats tussen mrs. Tophoff (advocaat Salo) en Hammerstein (advocaat verzoekers). Mr. Tophoff geeft aan dat op de ledenvergadering is besloten een accountantsonderzoek te laten doen, dat er een toezichthoudende commissie is benoemd en dat de commissie een onafhankelijk accountant zal benoemen die namens hen zal meekijken met het onderzoek. Hierop geeft mr. Hammerstein aan dat zijn cliënten voornemens zijn een enquêteverzoek in te dienen, wat uiteindelijk ook gebeurt. De verzoekers stellen dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken. In de kern zijn de redenen hiervoor: (i) dat bij Salo financiële onregelmatigheden hebben plaatsgevonden, waarbij het (voormalige) bestuur betrokken is geweest, (ii) dat het bestuur geen gevolg geeft aan het verzoek om tijdelijk terug te treden tijdens het onderzoek naar de onregelmatigheden, (iii) dat er sprake is van ernstige gebreken in de governance en (iv) dat het bestuur Lid G onterecht uit Salo heeft gezet.

De procedure spitst zich toe op een discussie over de ontvankelijkheid van het verzoek. Centraal staat de vraag of het verzoekschrift ten minste door een tiende gedeelte van het ledenaantal van Salo is ingediend. Aan mr. Hammerstein zijn in dit kader volmachten verleend. Sommige van deze volmachten zijn, beweerdelijk onder druk van Salo, weer ingetrokken. Ook zijn er nieuwe volmachten verleend, nadat het oorspronkelijke enquêteverzoek bij de OK was gedaan.

De OK overweegt dat voor de ontvankelijkheid van verzoekers beslissend is of zij tezamen ten minste een tiende deel van het ledental van Salo uitmaken. De (oorspronkelijke) verzoekers die na indiening van het verzoekschrift hun verzoek hebben ingetrokken en nadien niet opnieuw een volmacht hebben verleend aan de advocaten van verzoekers, zijn volgens de OK in ieder geval niet ontvankelijk in hun verzoek. Dat sprake zou zijn van dwaling of dwang vanuit Salo is niet concreet en specifiek genoeg onderbouwd.

Daarnaast zijn er aan acht rechtspersonen, die niet behoorden tot de oorspronkelijke groep verzoekers, nieuwe volmachten verleend. Deze acht leden hebben geen verweerschrift ingediend en evenmin een eigen verzoekschrift ingediend. Zij hebben slechts een volmacht ondertekend waarin zij de advocaten van verzoekers machtigen om hen in en buiten rechte te vertegenwoordigen, waaronder ook begrepen het indienen van een verzoek bij de OK. Volgens de OK zijn zij hierdoor echter geen verzoekers geworden in deze procedure.

De slotsom van de OK is dat er niet aan het vereiste van een tiende wordt voldaan en dat verzoekers daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Ten overvloede merkt de OK daar nog bij op dat Salo inmiddels verschillende maatregelen heeft getroffen, waaronder het aanstellen van een accountant om onderzoek te verrichten naar, in ieder geval, de vermeende malversaties als omschreven in het verzoekschrift. De OK geeft ten overvloede aan dat, bij deze stand van zaken en indien wel tot ontvankelijkheid zou zijn gekomen, er daarom vooralsnog onvoldoende aanleiding zou zijn om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken te gelasten.

J.M. Schepel, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1936

Zaaknummer: 200.255.528/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.W.H. Vink, M.A. Goslings, M.A. Scheltema en D.E.M. Aleman

Advocaten: E. Hammerstein, A.J. van Wees, J. Tophoff en R. van der Hooft

Wetsartikelen: 2:346 lid 1 onder a BW

RECHTSPRAAK

Lifespan/Hillfresh

OK; enquête. Minderheidsaandeelhouder (9,8%) wenst enquêteprocedure te beginnen via een beroep op het leerstuk van economische gerechtigheid vanwege een (betwiste) aanspraak op overgedragen aandelen, omdat officieel niet aan de kapitaal eis voor ontvankelijkheid wordt voldaan. De uitspraak spitst zich toe op het ontvankelijkheidsvraagstuk.

Dit betreft een geschil tussen hoofdzakelijk Lifespan Investments B.V. ('Lifespan') en Hillfresh Holding B.V. ('Hillfresh'). De aandeelhouders van Hillfresh zijn Lifespan (9,8%), ICM Holding B.V. ('ICM') (65,6%), Cerro Beheer B.V. (9,8%), Confiante Beheer B.V. (9,8%) en nog een entiteit (5%). Lifespan heeft een enquêteverzoek ingediend bij de OK. Hillfresh meent dat Lifespan niet ontvankelijk is in haar verzoek, aangezien zij niet ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal van Hillfresh vertegenwoordigt. Deze ontvankelijkheidsvraag staat hier centraal.

In de statuten van Hillfresh staat een blokkeringsregeling. Voormalig aandeelhouders Springford B.V. ('Springford') en Cuadro B.V. ('Cuadro') besloten een tijd geleden hun aandelen te koop aan te bieden en lieten dit aan het bestuur weten. Later trokken zij deze aanbieding weer in – overigens zonder dat het bestuur de aanbieding aan de andere aandeelhouders had laten weten. Lifespan kwam hier achter en liet tijdens een algemene vergadering weten dat zij vond dat de blokkeringsregeling niet gevolgd was en dat zij de wens had aandelen bij te kopen.

In een latere algemene vergadering is de blokkeringsregeling in de statuten gewijzigd. De wijziging hield in hoofdlijnen in dat de blokkeringsregeling achterwege mag blijven indien de algemene vergadering dat in een concreet geval besluit. Vervolgens is ter vergadering besloten dat de blokkeringsregeling achterwege kon blijven ten aanzien van een voorgenomen overdracht aan ICM van de door Springford en Cuadro gehouden aandelen. Niet veel later kocht ICM de aandelen ook daadwerkelijk en werden deze door Cuadro en Springford geleverd.

Lifespan houdt 9,8% van de aandelen. Hiermee zit zij net onder de vereiste 10% en zou zij niet ontvankelijk zijn met haar enquêteverzoek bij de OK. Zij meent echter op basis van de oude blokkeringsregeling een aanspraak te hebben op ten minste een evenredig deel van de aandelen die Springford en Cuadro hebben aangeboden (en inmiddels overgedragen). Daarmee zou Lifespan economisch gerechtigd zijn tot dat deel van de aandelen en wel boven de 10%-grens uitkomen.

Hillfresh stelt dat deze beweerdelijke aanspraak op aandelen in het kapitaal er niet toe leidt dat Lifespan op dit moment aan de kapitaalseis voldoet. Dat dit mogelijk in de toekomst anders wordt, kan niet tot ontvankelijkheid op dit moment leiden.

De OK herhaalt de wettelijke regeling en vaste rechtspraak die geldt (de strekking van het enquêterecht brengt met zich dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, onder omstandigheden gelijkgesteld kan worden met de aandeelhouder of certificaathouder bedoeld in art. 2:346 BW). Daarna oordeelt de OK dat een betwiste aanspraak op overdracht onvoldoende is om Lifespan te laten gelden als verschaffer van risicodragend kapitaal met betrekking tot de aandelen van Cuadro of Springfield waarop zij het kooprecht claimt. De betwiste aanspraak kan Lifespan niet over de bevoegdheidsgrens heen helpen en zodoende is zij niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Het standpunt van Lifespan dat zij op grond van de blokkeringsregeling in de oude statuten recht kan doen gelden op overdracht van ten minste een evenredig deel van de eerder door Springfield en Cuadro gehouden Hillfresh-aandelen, staat volgens de OK ter beoordeling van de gewone burgerlijke rechter. Ten overvloede overweegt de OK dat niet op voorhand voldoende duidelijk is dat deze vraag positief beantwoord dient te worden.

J.M. Schepel, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-03-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1158

Zaaknummer: 200.249.577/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, R.A.H. van der Meer en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: J.P.M. Borsboom, W.M. de Steur, M.W.E. Evers en J.A.I. Verheul

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:346 BW en 2:347 BW

RECHTSPRAAK

Skanska Industrial Solutions Oy

Het Hof van Justitie van de Europese Unie overweegt in antwoord op prejudiciële vragen van de hoogste Finse rechter in burgerlijke en strafzaken dat artikel 101 VWEU in een situatie waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, verkregen zijn door andere vennootschappen die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, aldus moet worden uitgelegd dat de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.

In 2000 hebben Skanska Industrial Solutions Oy ('SIS'), NCC Industry Oy ('NCC') en Asfaltmix Oy ('Asfaltmix') alle aandelen in respectievelijk Sata-Asfaltti Oy ('SAO'), Interasfaltti Oy ('IO') en Asfalttinelio Oy ('AO') verkregen. Vervolgens hebben zij zich naar aanleiding van de procedures van vrijwillige liquidatie belast met alle commerciële activiteiten van die vennootschappen en die vennootschappen ontbonden.

Bij arrest heeft de Korkein hallinto-oikeus (de hoogste Finse bestuursrechter) in 2009 onder meer SIS wegens haar eigen gedragingen en die van SAO, NCC wegens de gedragingen van IO, en Asfaltmix wegens de gedragingen van AO, veroordeeld tot betaling van geldboeten wegens schending van een mededingingsregeling. Op grond van dat arrest heeft de stad Vantaa een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen onder meer SIS, NCC en Asfaltmix, waarbij zij heeft gesteld dat deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de meerkosten die Vantaa in verband met de uitvoering van asfalteringswerkzaamheden moest dragen omdat te hoge bedragen in rekening waren gebracht ten gevolge van de mededingingsregeling in kwestie. De käräjäoikeus (de Finse rechter in eerste aanleg) heeft deze vordering toegewezen; in hoger beroep zijn de vorderingen van Vantaa afgewezen door de hoivoikeus (de Finse rechter in tweede aanleg). Vantaa heeft tegen de beslissing van de hoivoikeus beroep in cassatie ingesteld bij de Korkein oikeus (de hoogste Finse rechter in burgerlijke en

strafzaken).

De Korkein oikeus vraagt zich af of artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade. Hij stelt hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ').

Het HvJ overweegt dat SIS, NCC en Asfaltmix in economisch opzicht identiek lijken te zijn aan respectievelijk SAO, IO en AO, waarbij deze laatste drie vennootschappen niet meer bestaan als rechtspersoon. Met inachtneming van het voorgaande komt het HvJ, in antwoord op de prejudiciële vragen van de Korkein oikeus, tot het oordeel dat SIS, NCC en Asfaltmix, als opvolgers van respectievelijk SAO, IO en AO, de aansprakelijkheid van deze laatste vennootschappen voor de door de mededingingsregeling in kwestie veroorzaakte schade op zich hebben genomen, omdat zij als rechtspersoon hebben gezorgd voor de economische continuïteit van die vennootschappen. *M.J. van de Graaf, oktober 2019*

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 14-03-2019

Zaaknummer: ECLI:EU:C:2019:204

ANNOTATIE

Civiele aansprakelijkheid voor de ‘economisch opvolger’ van een overtreder van het mededingingsrecht

N.R. de Jong

Deze bijdrage bespreekt het Skanska-arrest, waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de economisch opvolger van een rechtspersoon die het mededingingsrecht heeft overtreden voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is. Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van zelfstandige rechtspersoonlijkheid en mogelijk de deur opengezet naar concernaansprakelijkheid.

1 Inleiding

Op 14 maart jl. heeft het Europese Hof van Justitie zich in het Skanska-arrest uitgelaten over de vraag welke vennootschappen aansprakelijk zijn voor schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het mededingingsrecht. In dit arrest – dat werd gegeven in antwoord op prejudiciële vragen van het Finse Hooggerechtshof – oordeelde het Hof dat een rechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor de schade die een *andere* rechtspersoon door een mededingingsrechtelijke overtreding heeft veroorzaakt wanneer hij kwalificeert als diens economisch opvolger. Dat is het geval indien hij (1) alle aandelen heeft verkregen in de vennootschap die aan de mededingingsrechtelijke inbreuk heeft deelgenomen, (2) vervolgens de inbreukmakende vennootschap heeft ontbonden en (3) als verkrijgende vennootschap de commerciële activiteiten van de ontbonden vennootschap heeft voortgezet.

Hoewel het leerstuk van economische continuïteit in het mededingingsrecht al langer wordt erkend, heeft de toepassing ervan in het civiele aansprakelijkheidsrecht verregaande consequenties. In het nationale (hier: Finse) privaatrecht staat namelijk het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid centraal, op grond waarvan iedere rechtspersoon in beginsel alleen aansprakelijk is voor de schade die hij zelf heeft veroorzaakt. Door de economisch opvolger aansprakelijk te houden voor de schade die is veroorzaakt doordat een andere rechtspersoon de mededingingsregels heeft overtreden, zet het Hof van Justitie dit privaatrechtelijke beginsel van zelfstandige rechtspersoonlijkheid opzij. Het Hof maakt zo

duidelijk dat het Europese recht op directe wijze kan ingrijpen in het nationale civiele recht en bovendien voorrang neemt boven nationale privaatrechtelijke beginselen. Het arrest van het Hof roept echter wel de vraag op hoever die invloed van het Europees recht precies reikt, met name in zogenoemde *follow on*-procedures waarin schade wordt gevorderd die is veroorzaakt door een mededingingsrechtelijke inbreuk. Wanneer kunnen rechtspersonen aansprakelijk worden gehouden voor de schade die is veroorzaakt doordat een andere rechtspersoon het mededingingsrecht heeft overtreden?

2 Achtergrond van de prejudiciële vragen

2.1 Mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid voor een kartel op de Finse asfaltmarkt

De prejudiciële vragen vinden hun oorsprong in een kartel dat tussen 1994 en 2002 actief was op de Finse asfaltmarkt. Verschillende bedrijven die asfalteringswerkzaamheden uitvoerden, maakten in die periode onderling afspraken over de verdeling van de markt, de gehanteerde prijzen en het indienen van offertes voor de werkzaamheden. De Finse mededingingsautoriteit begon een onderzoek en legde in maart 2004 geldboetes op aan zeven ondernemingen. Op dat moment was een aantal van de bedrijven die aan de inbreuk hadden deelgenomen echter al ontbonden. Dat gold onder meer voor de vennootschap Sata-Asfaltti, waarvan de aandelen in maart 2000 waren gekocht door Skanska Industrial Solutions Oy (hierna: 'Skanska'). Vervolgens startte Skanska een vrijwillige liquidatieprocedure onder Fins recht om de rechtspersoon Sata-Asfaltti te ontbinden. In dat kader nam Skanska in december 2000 de bedrijfsactiviteiten van Sata-Asfaltti over (inclusief de deelname aan het kartel) en werd Sata-Asfaltti uiteindelijk in januari 2002 definitief ontbonden.[1]

De rechtspersoon Sata-Asfaltti was dus een van de karteldeelnemers, maar hij bestond juridisch niet meer op het moment dat de Finse autoriteit hem een boete wilde opleggen. Hierdoor kan hij voor zijn mededingingsbeperkende gedragingen niet beboet worden. Zou Sata-Asfaltti echter aan aansprakelijkheid voor zijn karteldeelname ontkomen door een juridische herstructurering – waarbij zijn rechtspersoonlijkheid verloren gaat, maar zijn bedrijfsactiviteiten wél worden voortgezet door een andere vennootschap – dan zou zich een vanuit het handhavingsperspectief onwenselijke situatie voordoen. Om te voorkomen dat bedrijven door een dergelijke herstructurering aan bestraffing van hun inbreukmakende gedragingen kunnen ontsnappen, hebben de Europese rechters het leerstuk van 'economische continuïteit' ontwikkeld. Op basis van dit leerstuk kan een vennootschap die een inbreukmakende vennootschap verkrijgt en vervolgens beëindigt, voor de inbreuk aansprakelijk worden gehouden. Bekeken moet worden 'met behulp van welk samenstel van materiële en menselijke factoren de inbreuk is begaan' zodat bepaald kan worden 'wie de exploitatie van dit samenstel heeft overgenomen ten einde te vermijden dat de onderneming

aan elke aansprakelijkstelling ontsnapt door de omstandigheid dat degene die haar op het moment van de inbreuk exploiteerde, niet meer bestaat'.[2]

Het leerstuk van economische continuïteit vloeit voort uit het mededingingsrechtelijke ondernemingsbeginsel. Het rechtssubject in het mededingingsrecht – tot wie de mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen zich richten – is namelijk geen (rechts)persoon, maar een 'onderneming'. Dit is gedefinieerd als 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[3] De onderneming als economische eenheid kan bestaan uit verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen.[4] In het geval van economische continuïteit verdwijnt weliswaar de inbreukmakende rechtspersoon, maar wordt 'de onderneming' voortgezet doordat de verkrijgende vennootschap de bedrijfsactiviteiten overneemt. Door de herstructurering wordt dus geen nieuwe onderneming gecreëerd. Integendeel, de oorspronkelijk inbreukmakende onderneming wordt juist voortgezet door de verkrijger die daardoor ook de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid verkrijgt die onlosmakelijk aan de onderneming is verbonden.

De Finse mededingingsautoriteit past in deze zaak dan ook de doctrine van economische continuïteit toe: aangezien Skanska na de overname Sata-Asfaltti heeft ontbonden en haar commerciële activiteiten heeft overgenomen, zet Skanska als economisch opvolger de inbreukmakende onderneming voort.[5] De mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van Sata-Asfaltti kan aan Skanska worden toegerekend, waardoor Skanska voor *alle* inbreukmakende gedragingen van Sata-Asfaltti kan worden beboet.[6]

2.2 Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade geleden door de gemeente Vantaa

De kartelafspraken tussen de Finse asfaltbedrijven zouden mogelijk tot hogere prijzen voor asfalteringswerkzaamheden hebben geleid. De Finse Staat en de gemeenten – die verantwoordelijk zijn voor de bouw en het onderhoud van wegen – menen dat zij daardoor met hogere kosten zijn geconfronteerd en dus schade hebben geleden. Onder de vermeende gedupeerden van het kartel bevond zich de gemeente Vantaa, die met een van de karteldeelnemers tussen 1998 en 2001 verschillende contracten had gesloten voor het uitvoeren van asfalteringswerkzaamheden. Vantaa stelde vorderingen in tot vergoeding van de schade die zij had geleden, bestaande uit de te hoge prijzen voor asfalteringswerkzaamheden. Zij richtte haar vordering niet alleen tot de onderneming met wie zij gecontracteerd had, maar hield alle karteldeelnemers hoofdelijk aansprakelijk voor de door haar geleden schade.[7]

In dat kader stelde Vantaa ook een vordering tegen Skanska in, als economisch opvolger van de inbreukmakende (en inmiddels beëindigde) vennootschap Sata-Asfaltti. In haar verweer

voerde Skanska aan dat zij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schade die is veroorzaakt door een andere, juridisch zelfstandige vennootschap. Net als naar Nederlands recht kwalificeert naar Fins privaatrecht een naamloze vennootschap als een afzonderlijke rechtspersoon die over eigen kapitaal beschikt en een eigen aansprakelijkheid heeft. Voor schadevergoeding is dan ook in beginsel uitsluitend het rechtssubject dat de schade heeft veroorzaakt, aansprakelijk.[8] Vantaa zou haar vordering daarom niet tegen Skanska moeten indienen, maar tegen de inmiddels ontbonden rechtspersoon Sata-Asfaltti, aldus Skanska. Dat zou echter zeer waarschijnlijk niet hebben geleid tot de uitkering van enige schadevergoeding.[9]

De Finse rechter zag zich dus geconfronteerd met het probleem dat het voor Vantaa onmogelijk of uiterst moeilijk is om haar schade op basis van het Finse privaatrecht vergoed te krijgen van Sata-Asfaltti. Toepassing van het beginsel van economische continuïteit zou dit wel mogelijk maken. De aansprakelijkheid voor de door Vantaa geleden schade zou dan uitgebreid worden tot Skanska, die de economisch opvolger is van Sata-Asfaltti. Dit zou echter diep ingrijpen in de fundamentele voorwaarden die volgens het Fins privaatrecht gelden voor het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.[10] Toen de zaak uiteindelijk bij het Finse Hooggerechtshof terechtkwam, besloot dit aan het Hof van Justitie hulp te vragen. Het stelde drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, die in de kern op het volgende neerkomen:

Dient op basis van het Europees recht of het nationale (Finse) recht bepaald te worden welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade die door een inbreuk op het kartelverbod van artikel 101 VWEU[11] wordt veroorzaakt?

Indien het antwoord 'Europees recht' is: zijn de entiteiten die onder het mededingingsrechtelijke begrip 'onderneming' en 'economische continuïteit' vallen, gehouden tot vergoeding van de civielrechtelijke schade?

Indien het antwoord 'nationaal recht' is: wordt het doeltreffendheidsbeginsel geschonden als op basis van het nationaal recht een vennootschap die alle aandelen in de inbreukmakende vennootschap heeft gekregen, deze vennootschap heeft ontbonden maar haar bedrijfsactiviteiten heeft voortgezet, niet gehouden is tot vergoeding van de schade die de inbreukmakende vennootschap heeft veroorzaakt?

3 Juridisch kader voor vorderingen tot schadevergoeding na een mededingingsrechtelijke inbreuk

De uitoefening van het recht op vergoeding van schade die door een mededingingsrechtelijke inbreuk is veroorzaakt, bevindt zich op het snijvlak van het Europese recht en het nationale civiele recht van de lidstaten. Enerzijds vloeit direct uit de Europese mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen (art. 101 en 102 VWEU) voort *het recht* voor individuen om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overtreding van die artikelen.[12] Anderzijds wordt *de uitoefening* van dit recht overgelaten aan het nationale civiele recht van de lidstaten. Dat is door het Hof van Justitie benadrukt in verschillende arresten, waaronder *Courage Crehan* en *Manfredi*:

‘Bij gebreke van communautaire regelgeving ter zake is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de regels vast te stellen voor de uitoefening van dit recht (...) mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.’[13]

De vrijheid van de nationale wetgever hierin is aldus niet absoluut: de nationale regels mogen niet ongunstiger te zijn dan de regels die voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dienen de uitoefening van het recht op schadevergoeding in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk te maken (doeltreffendheidsbeginsel). Daarnaast is recentelijk Richtlijn 2014/104/EU[14] in werking getreden, die erop is gericht bepaalde aspecten van die nationale regels in belangrijke mate te harmoniseren.

De *Skanska*-zaak roept in feite twee verschillende vragen op over het juridische kader voor dergelijke civiele schadevergoedingsprocedures. Allereerst wordt het Hof verzocht te verduidelijken aan welk recht het is overgelaten de voor de schade aansprakelijke entiteit(en) aan te wijzen. Wordt deze kwestie bepaald door het Europese recht of juist door het nationale privaatrecht? Vervolgens dient de vraag zich aan *hoe* het Europese recht dan wel het nationale privaatrecht de aansprakelijke entiteiten dient aan te wijzen. Oftewel, onder welke voorwaarden is er sprake van civiele aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht?

4 Conclusie advocaat-generaal Wahl

In zijn conclusie maakt de advocaat-generaal een onderscheid tussen enerzijds de *gedetailleerde regels* voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding en anderzijds de *constitutieve voorwaarden* van het recht op schadevergoeding. De gedetailleerde regels worden volgens hem door de lidstaten vastgesteld, terwijl de constitutieve vereisten direct door het Europese recht (hier: art. 101 VWEU) beheerst worden.[15] Vervolgens concludeert de advocaat-generaal dat het aanwijzen van de entiteit die de schade dient te vergoeden, een

constitutieve voorwaarde van aansprakelijkheid is. Het is dus aan het Europese recht om te bepalen welke entiteit voor de schade aansprakelijk is.[16] Volgens de advocaat-generaal betreft dit namelijk 'een kwestie van fundamenteel belang' die rechtstreeks het bestaan van een recht op schadevergoeding beïnvloedt. Zouden de regels hiervoor door het nationale recht worden bepaald, dan bestaat het risico dat de aansprakelijke personen per lidstaat verschillen. Dit zou het recht om schadevergoeding te vorderen kunnen beperken, wat in strijd zou zijn met de effectieve handhaving van het Europese mededingingsrecht en afbreuk zou doen aan de 'afschrikkingsfunctie' van civiele vorderingen.[17] Volgens de advocaat-generaal moeten er daarom uniforme Europese regels gelden voor de vaststelling van de entiteiten die voor de schade aansprakelijk zijn.[18]

Vervolgens meent de advocaat-generaal meer specifiek dat het beginsel van 'economische continuïteit' zoals ontwikkeld in het mededingingsrecht, op dezelfde manier toegepast moet worden bij een privaatrechtelijke vordering tot schadevergoeding. De publiekrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zouden beide een afschrikwekkende werking nastreven en ondernemingen van mededingingsverstorende gedragingen proberen te weerhouden. Zij vormen daarmee een 'volledig handhavingssysteem', aldus advocaat-generaal Wahl.[19] Zou het beginsel van economische continuïteit niet toegepast worden bij civiele schadevergoedingsvorderingen, dan wordt de afschrikwekkende werking van het handhavingssysteem verzwakt. Ondernemingen zouden dan immers door juridische herstructurerings hun privaatrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ontlopen.[20]

Wahl erkent weliswaar dat de toepassing van het leerstuk van economische continuïteit 'de privaatrechtelijke logica van dergelijke vorderingen ondersteboven zet'. Volgens hem is er echter 'niets buitengewoon en verrassend aan die oplossing' doordat de privaatrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding integraal onderdeel uitmaken van de handhaving van het mededingingsrecht. Een andere uitleg van het begrip onderneming in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving zou volgens Wahl 'eenvoudigweg onhoudbaar' zijn.[21]

5 Arrest van het Europese Hof van Justitie

Slechts vijf weken na de conclusie van de advocaat-generaal volgt het Hof van Justitie al met zijn arrest. Daarin herinnert het Hof allereerst aan zijn eerdere rechtspraak, waarin het heeft bepaald dat het aan het nationale recht van de lidstaten is overgelaten om de voorwaarden te stellen voor het uitoefenen van het recht op schadevergoeding.[22] Vervolgens is het Hof het echter met de advocaat-generaal eens dat de kwestie van aanwijzing van de entiteit die gehouden is de schade te vergoeden die door een overtreding van het mededingingsrecht is ontstaan (hier: het kartelverbod van art. 101 VWEU), rechtstreeks geregeld wordt door het Europese recht.[23] Het rechtssubject in het mededingingsrecht is 'de onderneming' en

volgens het Hof dienen daarom de ondernemingen die deelnemen aan een door het mededingingsrecht verboden afspraak ook de schade te vergoeden die door de afspraak is ontstaan.[24]

Na deze algemene overwegingen gaat het Hof specifiek in op het mededingingsrechtelijke leerstuk van economische continuïteit. Net als de advocaat-generaal meent het Hof dat het recht om vergoeding te vorderen van schade die ontstaan is door een inbreuk op het mededingingsrecht, een 'integrerend deel' uitmaakt van het stelsel voor de handhaving van de mededingingsregels. De civiele vorderingen waarborgen de werking van het kartelverbod.[25] Wanneer ondernemingen aan die civielrechtelijke aansprakelijkheid zouden kunnen ontkomen door middel van herstructureringen, wordt aan de doelstelling van dit stelsel en het effect van de mededingingsregels afbreuk gedaan.[26] Het Hof concludeert daarom dat het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 101 VWEU bij de oplegging van een mededingingsrechtelijke boete 'geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Unie'. Als opvolger van Sata-Asfaltti heeft Skanska de aansprakelijkheid van Sata-Asfaltti voor de door de inbreuk veroorzaakte schade 'op zich (...) genomen' omdat zij heeft gezorgd voor de economische continuïteit van Sata-Asfaltti.[27] Het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen luidt als volgt:

'Gelet op een en ander moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.'[28]

Het Hof introduceert dus een grondslag voor aansprakelijkheid van de vennootschap die als economisch opvolger van de inbreukmakende rechtspersoon kwalificeert. Indien aan de drie door het Hof geformuleerde voorwaarden is voldaan, kan de economisch opvolger aansprakelijk worden gesteld voor de schade die een *andere* rechtspersoon heeft veroorzaakt door de mededingingsregels te overtreden. Deze uitbreiding van aansprakelijkheid vormt zo een uitzondering op het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Dit kan ook voor het Nederlandse privaatrecht verstrekken gevolgen hebben.

6 Implicaties van het arrest voor het Nederlandse privaatrecht

In het Skanska-arrest maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de vraag welke entiteiten voor

de schade aansprakelijk zijn, door het Europese recht beheerst wordt. In tegenstelling tot wat de meeste partijen in de procedure hadden aangevoerd, wordt deze kwestie dus niet door het nationale privaatrecht van de lidstaten beheerst.[29] De manier waarop het Hof vervolgens op grond van het Europese recht de aansprakelijke entiteiten bepaalt, gaat echter in tegen de privaatrechtelijke beginselen die gelden in de meeste lidstaten, waaronder Nederland.[30] Dat Skanska aansprakelijk is voor de schade die Sata-Asfaltti heeft veroorzaakt, is immers in strijd met het beginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid en het uitgangspunt dat een vennootschap niet aansprakelijk kan zijn voor de schade die een andere rechtspersoon heeft veroorzaakt. Het arrest creëert daarmee een aansprakelijkheid voor de vennootschap die als de economisch opvolger kwalificeert van een inbreukmakende vennootschap. Daarnaast zet het Hof ook de deur open voor een tweede, nog verstrekkender vorm van aansprakelijkheid, namelijk die van de concernaansprakelijkheid. Voordat hierop zal worden ingegaan, is het echter van belang kort stil te staan bij een algemene observatie over het schadevergoedingsrecht die in het arrest aan de orde komt. Het Hof benadrukt namelijk dat civiele schadeprocedures niet alleen tot doel hebben de geleden schade te vergoeden, maar ook een afschrikwekkende werking nastreven. Dit is opmerkelijk, gelet op het strikt compensatoire karakter van het schadevergoedingsrecht zoals we dat binnen Europa kennen.

6.1 'Afschrikwekkende werking' als zelfstandige doelstelling van civiele schadeprocedures?

Advocaat-generaal Wahl gaat in zijn conclusie uitgebreid in op de doelstellingen van vorderingen tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een overtreding van het mededingingsrecht. Hij merkt op dat hoewel de EU-lidstaten verschillende juridische regimes kennen, zij doorgaans wel allemaal accepteren dat schadevorderingen een herstellende of compenserende functie kennen met als doel het vergoeden van geleden schade. Dat schadevergoedingsvorderingen een afschrikkingsfunctie zouden hebben – gericht op het afschrikken van ongewenst gedrag – wordt door de lidstaten echter veel minder algemeen geaccepteerd.[31] Desondanks meent de advocaat-generaal dat schadevergoedingen gebaseerd op een overtreding van het mededingingsrecht naast de compenserende functie wél deze afschrikkingsfunctie dienen te hebben.[32] Het Hof volgt de advocaat-generaal en benadrukt in zijn arrest het belang van civiele schadeacties om ondernemingen te weerhouden van mededingingsversturende gedragingen. Volgens het Hof maken de schadevorderingen dan ook een integraal onderdeel uit van de mededingingsrechtelijke handhaving.[33] Hierbij wijst het Hof er nog specifiek op dat in de Finse casus de oorspronkelijke inbreukmakende rechtspersoon door een overname en daaropvolgende herstructurering niet meer bestond. Aan het 'nuttig effect' van de mededingingsregels zou dan afbreuk worden gedaan wanneer ondernemingen door een dergelijk 'juridisch trucje' aan hun civiele aansprakelijkheid kunnen ontsnappen.[34]

Dat de advocaat-generaal en het Europese Hof verwijzen naar de afschrikkingsfunctie van schadeacties is echter opmerkelijk. In vrijwel alle lidstaten van de Europese Unie wordt aangenomen dat het schadevergoedingsrecht slechts een compensatoire functie heeft. Het afschrikwekkend effect als doel op zich van schadevorderingen wordt hier niet algemeen erkend.[35] Dat volgt ook uit de uitgebreide discussie die over deze kwestie is gevoerd in de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 2014/104/EU. Aanvankelijk was de Commissie van mening dat civiele schadevergoedingsprocedures twee doelstellingen nastreven, namelijk (1) volledige compensatie van de geleden schade en (2) door een afschrikwekkende werking bedrijven te weerhouden van het overtreden van het mededingingsrecht.[36] In dat kader was een van de voorstellen van de Commissie een systeem van ‘double damages’ te introduceren voor de schade die veroorzaakt is door de ernstigste inbreuken op het mededingingsrecht.[37] Hierop is veel kritiek gekomen; civiele procedures zouden gericht moeten zijn op het compenseren van de geleden schade en niet ook een afschrikwekkende werking moeten nastreven. Die afschrikkingsfunctie zou aan de autoriteit in het kader van publieke handhaving moeten worden overgelaten.[38] Hier lijkt de Commissie het uiteindelijk ook mee eens te zijn, want in de daaropvolgende publicaties benadrukt zij dat het compenseren van de geleden schade het primaire doel van civiele schadeprocedures is. In de uiteindelijke tekst van de Richtlijn 2014/104/EU wordt expliciet aangegeven dat het gaat om volledige vergoeding van de schade.[39] In een toelichtende memo verwerpt de Commissie ook de afschrikwekkende doelstelling van private handhaving:

‘Unlike in some other jurisdictions, the European approach does not conceive private damages actions as a tool for punishment and deterrence of those who breach antitrust rules. This remains the responsibility of competition authorities, both at the EU and national levels, which find, investigate and sanction infringements in the public interest (public enforcement).’[40]

Gelet op het feit dat de afschrikkingsfunctie van schadevorderingen door de Europese wetgever is verworpen, is het des te opvallender dat zowel de advocaat-generaal als het Hof in deze zaak wél die afschrikwekkende werking van civiele schadeprocedures accepteert. Op zich zou het niet gek zijn wanneer de afschrikking als een welkom neveneffect van de compenserende functie wordt gezien. Dat een onderneming de door haar veroorzaakte schade moet vergoeden, zal er zeker aan bijdragen dat zij ook wordt weerhouden van het begaan van een mededingingsrechtelijke overtreding. Op die manier wordt de afschrikking via de compenserende functie bereikt. Het is echter de vraag wat het betekent als de afschrikkingsfunctie naast de compenserende functie als zelfstandig doel van het schadevergoedingsrecht wordt beschouwd. Het lijkt uitgesloten dat hierdoor een hoger bedrag aan vergoeding zou moeten worden betaald dan dat daadwerkelijk aan schade is geleden. Richtlijn 2014/104/EU verbiedt namelijk uitdrukkelijk overcompensatie, ongeacht het type

schadevergoeding dat het betreft.[41] In ieder geval valt de afschrikkingsfunctie niet goed te rijmen met het compensatoire karakter van schadevergoedingen dat de nationale lidstaten kennen en wijkt het Hof hier ook uitdrukkelijk af van het standpunt van de Europese wetgever over de doelstelling van het schadevergoedingsrecht.

6.2 Civiele aansprakelijkheid vastgesteld voor de economisch opvolger

De prejudiciële vragen – en het antwoord daarop van het Hof – richten zich op de situatie waarin de aandelen in een inbreukmakende vennootschap zijn overgedragen, waarna de verkrijger die inbreukmakende vennootschap ontbindt en zelf de commerciële activiteiten voortzet. Het arrest heeft daarmee gevolgen indien een vennootschap wordt overgenomen die (achteraf) betrokken blijkt te zijn geweest bij een overtreding van het mededingingsrecht. Vindt er na die overname een herstructurering plaats waardoor de inbreukmakende vennootschap verdwijnt en de nieuwe moedermaatschappij de commerciële activiteiten van de inbreukmaker voortzet, dan neemt die verkrijgende vennootschap *ook* de civiele aansprakelijkheid op zich voor schade die door de inbreuk is ontstaan.

In het Nederlandse privaatrecht is echter het uitgangspunt dat bij de overname van een onderneming (via een activa/passiva-transactie) *niet* de aansprakelijkheid voor eventuele schade wordt overgenomen. Dat volgt onder meer uit artikel 6:155 BW, dat bepaalt dat wanneer door een activa/passiva-transactie een schuld wordt overgedragen, die schuldoverneming pas werkt naar de schuldeisers als zij voor de overneming toestemming hebben gegeven. In lijn daarmee heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat de overnemende partij alleen samen met de oorspronkelijke schuldenaar aansprakelijk kan zijn, indien zij zich jegens de schuldeisers via een verklaring met externe werking voor de schuld aansprakelijk heeft gesteld.[42] Bovendien is het, gelet op de contractsvrijheid, in het Nederlandse privaatrecht ook toegestaan dat de partijen bij een overname onderling afspraken maken over wie de aansprakelijkheid draagt. Zij mogen bijvoorbeeld ná het einde van de inbreuk afspraken maken over de verdeling van een opgelegde of nog op te leggen boete door een mededingingsautoriteit. Een vordering tot nakoming van een dergelijke overeenkomst is door de Rechtbank Zwolle-Lelystad toegewezen.[43]

Bij de overname van een onderneming die achteraf het mededingingsrecht blijkt te hebben overtreden, is nu op basis van het Skanska-arrest de verkrijgende vennootschap echter wél aansprakelijk voor de schade die door de overtreding is veroorzaakt. Die aansprakelijkheid ontstaat wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) de verkrijger neemt alle aandelen in de inbreukmakende vennootschap over, (2) de verkrijger ontbindt vervolgens de inbreukmakende vennootschap en (3) de verkrijger zet zelf de commerciële activiteiten van de inbreukmaker voort.

6.3 Heeft het Hof de deur opengezet voor concernaansprakelijkheid?

Maar het is de vraag of de reikwijdte van het Skanska-arrest niet nog verder gaat. In de overwegingen van het arrest noemt het Hof in meer algemene termen dat het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht geen andere betekenis kan hebben dan in het privaatrecht en dat 'de onderneming' ook de civiele schade dient te vergoeden. De verwijzing naar het brede ondernemingsbegrip is weliswaar noodzakelijk om tot het oordeel te kunnen komen dat de economisch opvolger van de inbreukmakende vennootschap aansprakelijk is. Zoals de advocaat-generaal ook stelt, is het leerstuk van economische continuïteit namelijk een uitwerking van het ruime begrip 'onderneming'.^[44] Het Hof laat echter in het midden of ook buiten de context van economische continuïteit 'de onderneming' aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die is ontstaan door een inbreuk op het mededingingsrecht. Een van de controversiële issues in dat kader is of het Hof van Justitie met het Skanska-arrest de concernaansprakelijkheid in het civiele schadevergoedingsrecht heeft geïntroduceerd.

Op basis van het ondernemingsbegrip is het in het mededingingsrecht namelijk mogelijk – en inmiddels gebruikelijk – dat een moedermaatschappij aansprakelijk is voor de inbreuk die haar dochtervennootschap heeft begaan. Zij maken deel uit van dezelfde 'economische eenheid' indien de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van haar dochter. Dit wordt vermoed het geval te zijn indien de moeder 100% van de aandelen in de dochtermaatschappij bezit.^[45] De moedermaatschappij kan dan *samen* met de dochtervennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de boete. Dat moet worden onderscheiden van de aansprakelijkheid als economisch opvolger, in welk geval de verkrijgende vennootschap de mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid van de inbreukmaker *overneemt*.

Dit onderscheid wordt verklaard vanuit de achterliggende ratio voor economische continuïteit enerzijds en moederaansprakelijkheid anderzijds. De leer van economische continuïteit is vooral gecreëerd om een oplossing te bieden voor de situatie waarin de oorspronkelijke inbreukmaker is verdwenen (en dus niet meer aansprakelijk kan worden gehouden). Die problematiek speelt echter niet op dezelfde manier bij concernaansprakelijkheid: de inbreukmakende dochtervennootschap bestaat dan gewoon nog en is dus zelf aansprakelijk voor de door haar veroorzaakte schade (waarvoor zij in beginsel zelf verhaal biedt). Hierdoor is er geen noodzaak om naar een andere vennootschap op zoek te gaan, simpelweg omdat het risico dat de schade op geen enkele rechtspersoon verhaald kan worden zich niet voordoet. De mededingingsrechtelijke moederaansprakelijkheid is vooral een instrument dat de mededingingsautoriteit in staat stelt een hogere boete op te leggen.^[46] Zo is het boeteplafond in het mededingingsrecht vastgesteld op 10% van de jaaromzet van de geadresseerde onderneming.^[47] Door niet alleen de inbreukmakende rechtspersoon te adresseren maar ook

zijn moederverenootschap, zal de maximumboete doorgaans een stuk hoger uitvallen. Daarnaast mag de autoriteit de boete verhogen indien er sprake is van recidive. Is aan de moederverenootschap al eens een boete opgelegd (zelfs voor een overtreding die door een andere dochter in een andere sector is begaan), dan mag de autoriteit de volgende keer de op te leggen boete wegens recidive verhogen.[48]

De ratio van het Hof om de economisch opvolger aansprakelijk te houden – voorkomen dat door herstructureringen vennootschappen aan hun civiele aansprakelijkheid kunnen *ontsnappen* – en de criteria die zij voor die aansprakelijkheid heeft geformuleerd in het dictum van het arrest, gaan dus niet op voor concernaansprakelijkheid. Het is ook de vraag of het wel wenselijk is een handhavingsinstrument zoals de moederaansprakelijkheid, dat de autoriteit naar eigen inzicht mag toepassen, in handen van private partijen te leggen. Zou dat betekenen dat de eiser zelf mag kiezen tegen welke rechtspersoon hij zijn vordering instelt? Zoals hierboven aangegeven past de mededingingsautoriteit de moederaansprakelijkheid vooral toe om een hogere boete op te kunnen leggen. Dat is in civiele schadeprocedures echter niet aan de orde. De eiser maakt niet dezelfde beleidsafwegingen als de mededingingsautoriteit. In plaats daarvan zal de eiser de moederaansprakelijkheid willen gebruiken in zijn eigen voordeel en ten gunste van zijn eigen positie. Het reikt nogal ver als private partijen een dergelijk ingrijpend handhavingsinstrument kunnen gebruiken om hun eigen belangen na te streven.

Wordt de overweging in het Skanska-arrest dat ‘de onderneming’ ook de civiele schade dient te vergoeden echter letterlijk gelezen, dan lijkt doorwerking van mededingingsrechtelijke concernaansprakelijkheid in het civiele recht wel mogelijk. Tot dusver is dit door verschillende nationale rechters afgewezen. Zo hebben de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat zowel naar het nationale (Nederlandse en Griekse) recht als naar het Europese recht de moederverenootschappen van inbreukmakende dochterondernemingen niet aansprakelijk zijn voor de schade die hun dochters hebben veroorzaakt.[49] En in Duitsland hebben het Landgericht Berlin en het Landgericht Düsseldorf geconcludeerd dat het mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip geen gelding heeft in privaatrechtelijke (kartel)schadeclaims.[50] Dit is wat mij betreft juist, gelet op het toepasselijke nationale privaatrecht. De lidstaten kennen een eigen juridisch kader voor de beoordeling van schadevergoedingsvorderingen op grond van onrechtmatige daad. Net als vorderingen tot vergoeding van andere typen schade, dient de vordering tot vergoeding van schade die is ontstaan door een mededingingsrechtelijke overtreding aan die nationale vereisten te voldoen. En naar het nationale privaatrecht van een groot deel van de Europese lidstaten – waaronder Nederland, Griekenland en Duitsland – kan een vennootschap behoudens uitzonderlijke omstandigheden niet aansprakelijk zijn voor de schade die een

andere vennootschap heeft veroorzaakt. Een civiele doorwerking van moederaansprakelijkheid zou dan ook in strijd komen met dit beginsel van afzonderlijke rechtspersoonlijkheid. Bovendien zou dit een ongelijke situatie creëren. Waarom zou wel voor schade geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht de aansprakelijkheid uitgebreid moeten worden tot de moedermaatschappij, maar niet voor andere typen schade – zoals letselschade? Ook dan heeft de schuldeiser immers een groot belang bij vergoeding van zijn schade. Daarnaast zijn er ook meer praktische bezwaren tegen de introductie van een civiele moederaansprakelijkheid. Zoals hierboven aangegeven is de moederaansprakelijkheid een publiekrechtelijk handhavingsinstrument dat zich niet goed leent voor toepassing in geschillen tussen private partijen. En het is – in tegenstelling tot aansprakelijkheid van de economische opvolger – ook niet nodig om het risico te ondervangen dat er geen schadevergoeding verkregen kan worden doordat de aansprakelijke rechtspersoon niet meer bestaat.

Overigens is ook de omgekeerde situatie van moederaansprakelijkheid voorstelbaar, waarbij de inbreukmakende vennootschap alle aandelen in een dochtervennootschap bezit. Ook die moeder- en dochtervennootschap vormen in beginsel samen één onderneming. De inbreukmakende vennootschap zal voor haar eigen gedragingen beboet worden, maar het is niet evident dat die boete ook aan haar dochter opgelegd zal worden – ondanks het feit dat zij een economische eenheid zijn. De ratio om de moedervennootschap aansprakelijk te houden zal zich in die omgekeerde situatie namelijk niet snel voordoen. Immers, het valt niet goed in te zien waarom de dochtervennootschap die zich lager in het concern bevindt, geacht kan worden een beslissende invloed uit te oefenen op haar hoger gepositioneerde moeder. Bovendien zal het doorgaans voor de autoriteit ook niet nodig zijn de dochter aansprakelijk te houden om een hogere boete op te kunnen leggen. Vanuit handhavingperspectief zal de dochter van een inbreukmakende vennootschap dus in beginsel niet samen met haar moeder beboet kunnen worden. Nu het Europese Hof in Skanska echter in algemene termen overweegt dat het ‘ondernemingsbegrip’ in civiele procedures doorwerkt, roept dat de vraag op of een civiele vordering wellicht wél ook tegen de dochter ingesteld kan worden. Deze kwestie kwam in de TenneT/ABB-zaak aan de orde. Hierin oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant dat wanneer een moedervennootschap een boete is opgelegd voor een overtreding van het mededingingsrecht (die mogelijk is uitgevoerd door een dochtervennootschap) dat niet betekent dat de dochter aansprakelijk is voor de schade die door de overtreding is ontstaan. De rechtbank merkt op dat eiser voor de schadevergoeding de moeder kan aanspreken, die ook door de autoriteit beboet is. De dochter kan pas civielrechtelijk aansprakelijk zijn als haar ‘ook zelfstandig een verwijt kan worden gemaakt’.[51] Tegen de uitspraak wordt hoger beroep ingesteld, maar het Hof Arnhem-Leeuwarden gaat niet op deze vraag in. Het oordeelt namelijk dat de dochtervennootschap uit hoofde van onrechtmatige

daad aansprakelijk is omdat de kennis van de moeder aan de dochter kan worden toegerekend:[52]

‘Het hof kan derhalve in het midden laten of, zoals TenneT c.s. betogen en ABB c.s. bestrijden, uit de vaststelling door de Europese Commissie in de Beschikking, dat “de onderneming ABB” het mededingingsrecht heeft geschonden, de desbetreffende aansprakelijkheid van ABB c.s. al dan niet rechtstreeks voortvloeit.’[53]

De TenneT/ABB-zaak raakt aan nog een andere belangrijke kwestie, namelijk de vraag wat er gebeurt wanneer de autoriteit ervoor kiest niet aan alle rechtspersonen binnen één onderneming een boete op te leggen. Is de eiser dan gebonden aan de bevindingen van de autoriteit, of mag hij desondanks toch een vordering instellen tegen de rechtspersonen die behoren tot de onderneming maar aan wie het boetebesluit niet geadresseerd is? Zoals hiervoor aangegeven is het überhaupt bedenkelijk of een handhavingsinstrument zoals de moederaansprakelijkheid in de handen van private partijen gelegd moet worden. Dat geldt des te meer als die private partijen verder willen gaan dan de mededingingsautoriteit en rechtspersonen civielrechtelijk willen aanspreken die niet beboet zijn. Artikel 16 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat nationale rechters gebonden zijn aan de vaststellingen in de beschikking van de Europese Commissie en dat zij geen beslissingen kunnen nemen die in strijd zijn met die beschikking.[54] Ook de Europese rechters hebben geoordeeld dat nationale civiele rechters zich dienen te houden aan de vaststellingen van de Europese toezichthouder. Zo heeft het Europees Gerecht in de zaak Martinair bepaald dat nationale civiele rechters gebonden zijn aan de vaststaande bevindingen van de Europese Commissie ten aanzien van onder meer ‘de aansprakelijkheid of het ontbreken van aansprakelijkheid van diegenen op wie het onderzoek van de betrokken gedragingen was gericht en wier aansprakelijkheid in het besluit van de Commissie is onderzocht’.[55] De Skanska-uitspraak lijkt dit te ondersteunen, doordat het Hof overweegt dat het begrip onderneming ‘in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten [...] geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade’.[56] Het lijkt er dus sterk op dat de bevindingen van de mededingingsautoriteit richtinggevend zijn voor de vraag tegen welke rechtspersonen de eiser een vordering kan instellen. Het is namelijk goed mogelijk dat de autoriteit bewust geen boete heeft opgelegd aan een bepaalde vennootschap binnen een inbreukmakende onderneming, omdat zij na onderzoek tot de conclusie kwam dat die vennootschap niet betrokken was bij de verboden gedragingen en ook geen beslissende invloed uitoefende op de inbreukmakende vennootschap. In die situatie zou het wonderlijk zijn als de vennootschap toch aansprakelijk is voor de schade die de overtreding heeft veroorzaakt, terwijl de autoriteit haar voor de overtreding juist bewust niet heeft beboet.

7 Conclusie

In het Skanksa-arrest maakt het Hof van Justitie in ieder geval duidelijk dat het aan het Europees recht is om te bepalen welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade die door een overtreding van het mededingingsrecht wordt veroorzaakt. Ook heeft het Hof vastgesteld dat op basis van het Europese recht vennootschappen civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn indien zij als economisch opvolger van de beëindigde inbreukmaker kwalificeren. Het Hof heeft daarmee aangetoond dat het bereid is kernbeginselen van het nationale (Finse) privaatrecht – zoals rechtspersoonlijkheid – opzij te zetten wanneer het recht om schadevergoeding te vorderen in gevaar komt. Het arrest roept echter wel de vraag op hoever de civiele aansprakelijkheid op basis van het Europese recht precies reikt. Heeft het Hof met zijn verwijzing naar het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip beoogd de concernaansprakelijkheid te introduceren, op basis waarvan een moeder- of dochtervennootschap aansprakelijk kan zijn voor de schade die veroorzaakt is door een andere vennootschap binnen het concern? En op welke manier zou een dergelijke concernaansprakelijkheid in civiele procedures toegepast moeten worden? Of het arrest zo ver reikt en ook buiten de specifieke omstandigheden van de Finse casus gelding heeft, valt nog te bezien. Het is daarmee aan toekomstige (Europese) rechtspraak overgelaten om de precieze contouren van de aansprakelijkheid van vennootschappen nader te bepalen voor de schade die door een mededingingsrechtelijke overtreding is veroorzaakt.

Noten

[1] Er waren nog twee rechtspersonen (NCC Industry Oy en Asfaltmix Oy) die de aandelen in inbreukmakende vennootschappen hebben gekocht, die vennootschappen vervolgens hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben overgenomen. Omdat het feitelijk kader hetzelfde is voor alle drie de overnemende vennootschappen zal hier voor het gemak telkens alleen naar Skanska en de overgenomen vennootschap Sata-Asfaltti verwezen worden.

[2] Gerecht 17 december 1991, T-6/89, ECLI:EU:T:1991:74 (Anic), r.o. 237.

[3] HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser/Macrotron), r.o. 21.

[4] HvJ EG 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio), r.o. 40.

[5] Gerecht 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 t/m T-264/02 en T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396 (Raiffeissen), r.o. 334-336.

[6] Volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hooggerechtshof, r.o. 8.

[7] Volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 2-3 en 10.

[8] Zie de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 16-17. Dit is ook in het Nederlandse privaatrecht het uitgangspunt. Hierop gelden een aantal uitzonderingen, die in bijzondere omstandigheden van toepassing kunnen zijn. Zo kan ‘degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder’ voor schulden van de vennootschap aansprakelijk zijn (zie bijvoorbeeld art. 2:138/2:248 lid 7 jo. lid 1 BW), kan de aandeelhouder aansprakelijk zijn indien hij een eigen onrechtmatige daad heeft begaan tegenover een schuldeiser van de vennootschap en kan er ook sprake zijn van doorbraak van aansprakelijkheid (*lifting the corporate veil*). In dit laatste geval, dat zich vooral voordoet wanneer er misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil tussen moeder- en dochtervennootschap zodat de schuldeisers minder/geen verhaal hebben, worden de aandeelhouder en vennootschap vereenzelvigd en zijn zij samen voor de gehele schuld van een derde aansprakelijk.

[9] Onder Fins recht zou dit hebben geleid tot heropening van de liquidatieprocedure. Maar mocht Sata-Asfaltti niet meer over kapitaal beschikken, dan zal aan de eiser echter geen vergoeding betaald kunnen worden – en Skanska als verkrijgende vennootschap is ook niet verplicht dat te doen. Dit volgt uit de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 16.

[10] Zie de verwijzingsbeslissing van het Finse Hoogerechtshof, r.o. 11-12.

[11] Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

[12] Zie HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan), r.o. 26.

[13] Courage/Crehan, r.o. 29; HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi), r.o. 64.

[14] Richtlijn 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, PbEU 2014, L 394/1-19.

[15] Conclusie A-G Wahl 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska), par. 36-41.

[16] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 60.

[17] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 66-68.

[18] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 69.

- [19] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 76.
- [20] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 77-78.
- [21] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 79-80.
- [22] HvJ EU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), r.o. 27 waarin het Hof verwijst naar HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone), r.o. 24.
- [23] Skanska, r.o. 28.
- [24] Skanska, r.o. 29-32.
- [25] Skanska, r.o. 43-45.
- [26] Skanska, r.o. 46.
- [27] Skanska, r.o. 50. Dit is passend binnen het leerstuk van economische continuïteit, waarbij de verkrijgende rechtspersoon de aansprakelijkheid van de originele inbreukmaker overneemt. Dit in tegenstelling tot het concept van moederaansprakelijkheid, waarbij de moedervennootschap naast haar dochter een eigen aansprakelijkheid heeft.
- [28] Skanska, r.o. 51.
- [29] Zie conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 56. Ook de Europese Commissie bepleitte tijdens de zitting dat niet het Europese recht, maar het nationale recht van de lidstaten de aansprakelijke entiteiten aanwijst – met inachtneming van het doeltreffendheids- en gelijkheidsbeginsel.
- [30] Zo concludeerde Müller-Graff op basis van 23 nationale rapporten over private handhaving dat ‘many Member States do not transfer the (public law) concept of a single economic unit into private law, i.e. will not generally hold a parent liable for damages caused [sic] by antitrust infringements of its subsidiaries’. P-C. Müller-Graff, FIDE, XXVII. Congress Budapest, 18-21 May 2016, in: G. Bándi, P. Darák, P. Láncoš & T. Tóth (red.), Congress Proceedings Vol. 2, Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law, Wolters Kluwer 2016, p. 195.
- [31] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 26-27.
- [32] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 28.
- [33] Skanska, r.o. 45.

[34] Skanska, r.o. 46.

[35] Zie het Ashurst Comparative Report, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (31 augustus 2004), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, p. 80 en 83-84.

[36] Commission staff working paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732, par. 4-6.

[37] Commission staff working paper SEC(2005) 1732, par. 150.

[38] Zie bijvoorbeeld ICC Comments on the Commission's Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/icc.pdf en EC Commission Green Paper on damages actions CBI response - april 2006, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/cbi.pdf.

[39] Zie art. 3 Richtlijn 2014/104/EU.

[40] Memo EU Commission, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm.

[41] Zie art. 3 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU.

[42] Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617, r.o. 5.5.1-5.5.5.

[43] Rb. Zwolle-Lelystad 13 mei 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9738, r.o. 4.5.

[44] Conclusie A-G Wahl, C-724/17 (Skanska), par. 73.

[45] HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo Nobel/Commissie), r.o. 60.

[46] Zie M. Siragusa & C. Rizza, EU Competition Law Volume III – Cartels and horizontal agreements, Claeys & Casteels 2007, par. 4.44-4.45.

[47] Art. 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU 2003, L 1/1-25.

[48] Zie de Commissie Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (2006/C 210/02),

par. 29.

[49] Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.7-4.9; Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203, r.o. 4.12.

[50] Landgericht Berlin 6 augustus 2013, zaak 16 o 193/11 Kart (ECLI:DE:LGBE:2013:0806.16O193.11KART.oA), alinea 80; Landgericht Düsseldorf 8 september 2016, zaak 37 o 27/11 Kart (ECLI:DE:LGD:2016:0908.37O27.11KART.oo), (B) III.

[51] Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, r.o. 4.10.

[52] In deze casus had de moedervereniging zelf deelgenomen aan het kartel, maar die mededingingsbeperkende afspraken vervolgens geïmplementeerd via haar dochteronderneming. Zonder toerekening van de kennis van de moeder aan de dochter zou een situatie kunnen ontstaan waarin geen van beide verenigingen aansprakelijk is voor de geleden schade: de moeder heeft de kartelafspraken gemaakt maar niet uitgevoerd, terwijl de dochter de afspraken uitvoerde maar er zelf geen kennis van had. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.17.

[53] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766. r.o. 3.18.

[54] Art. 16 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

[55] Gerecht 16 december 2015, zaak T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984 (Martinair), r.o. 35-36.

[56] Skanska, r.o. 47.