

Aansprakelijkheid moederonderneming: een update

MR. B.A. NIJS

Sinds het *Akzo*-arrest van het Hof van Justitie van de EU ('Hof')¹ is het vaste rechtspraak dat een moederonderneming die (vrijwel) het gehele kapitaal van een dochteronderneming houdt, aansprakelijk kan worden gehouden voor een kartelinbreuk door die dochter. Er geldt dan een weerlegbaar vermoeden dat de moederonderneming daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochteronderneming.

Er is al veel geschreven over dit onderwerp.² De aansprakelijkheid van een moeder voor de inbreuk begaan door een dochter blijft echter de gemoederen bezighouden in Luxemburg. En hoewel er nog niemand in is geslaagd het weerlegbare vermoeden ook daadwerkelijk te weerleggen, biedt de rechtspraak van het Gerecht en het Hof enkele interessante inzichten over dit onderwerp. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste arresten van 2013 tot op heden en wordt afgesloten met enkele conclusies die op basis hiervan kunnen worden getrokken.

Tomkins

In januari 2013 deed het Hof uitspraak in de zaak *Tomkins*.³ Tomkins hield gedurende een periode van de inbreuk 100% van het kapitaal van Pegler, die op haar beurt betrokken was bij een kartel. De inbreuk van Pegler werd door de Europese Commissie ('Commissie') aan Tomkins toegerekend en Tomkins werd hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een deel van de boete. Pegler en Tomkins stelden apart beroep in tegen de beschikking van de Commissie. In beroep betoogde Pegler succesvol dat haar betrokkenheid bij de inbreuk van kortere duur was dan de Commissie had aangenomen. In het beroep van Tomkins

oordeelde het Gerecht vervolgens dat de boete van Tomkins dienovereenkomstig verminderd moest worden (ook al had Tomkins geen identieke grond aangevoerd), omdat '*Tomkins enkel als moedermaatschappij van Pegler voor de inbreuk aansprakelijk is gesteld en zulks wegens de deelname van laatstgenoemde aan het kartel, en dat haar aansprakelijkheid dus niet verder kon gaan dan die van Pegler*'.

Het Hof diende in hoger beroep te beoordelen of het Gerecht *ultra petita* was gegaan. Tomkins had weliswaar net als Pegler aangevoerd dat de betrokkenheid van Pegler bij de inbreuk van kortere duur was dan de Commissie aannam, maar de periode waartegen Tomkins opkwam was beperkter dan die van Pegler. Het Hof stelt dat in een situatie waarin de aansprakelijkheid van de moederonderneming geheel is afgeleid uit die van haar dochteronderneming, en waarin deze beide vennootschappen beroepen hebben ingesteld die gericht zijn op een verlaging van de geldboete wegens beperking van de duur van de inbreuk, niet verlangd kan worden dat de door beide vennootschappen aangevoerde argumenten precies dezelfde reikwijdte hebben. Volgens het Hof hadden de parallelle beroepen hetzelfde voorwerp en dientengevolge kon het Gerecht rekening houden met het resultaat van het door Pegler ingestelde beroep bij de beoordeling van het beroep van Tomkins. Uit de overwegingen van het Hof valt overigens wel af te leiden dat een moederonderneming niet louter het beroep van de dochter kan afwachten: zij zal zelf ook beroep tegen de beschikking van de Commissie moeten instellen.

Eni

Eni werd als moedermaatschappij op basis van het weerlegbare vermoeden uit de *Akzo*-zaak door de

¹ Arrest van het Hof van 10 september 2009, zaak C-97/08 P (*Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*).

² Zie bijvoorbeeld: S.C.H. Molin, 'Gelijke behandeling bij toerekening kartelinbreuken', *NtEr* 2013, nr. 1/2, p. 24; S. Kennepoh, 'Toerekening kartelinbreuk aan moeder in strijd met onschuldpresumptie', *MP* 2012, nr. 4, p. 138; S.G.J. Smallegange en L.L. Bremmer, 'Kartels en concernverhoudingen: extra zorgplicht voor moeders?', *Onderneming en Financiering* 2012, (20) 4, p. 56; F. Muller en S. Verschuur, 'Over moeders en dochters', *M&M* 2011, aflevering 6, p. 208.

³ Arrest van het Hof van 22 januari 2013, zaak C-286/11 P (*Commissie/Tomkins plc.*)

Commissie aansprakelijk gehouden voor de gedragingen van haar dochtermaatschappijen. Eni heeft getracht het vermoeden te weerleggen door te wijzen op het feit dat Eni nooit rechtstreeks werkzaam is geweest in de betrokken sector, dat er geen enkele overlapping van de bestuursposten van de moedermaatschappij en de dochterondernemingen is geweest, dat Eni over geen enkele informatie beschikte over de door de werkvennootschappen opgestelde strategische en commerciële plannen noch over de uitvoering daarvan, en dat Eni niet betrokken is geweest bij de besluitvorming over de vaststelling van de strategische en commerciële plannen en met name ook niet over de jaarlijkse verkoophoeveelheden en de prijzen.

Een moederonderneming zal zelf ook beroep tegen de beschikking van de Commissie moeten instellen.

Het Hof bevestigde het oordeel van het Gerecht dat deze omstandigheden onvoldoende zijn om aan te tonen dat er geen sprake is van één enkele onderneming in de zin van artikel 101 VWEU.⁴ Dat een dochteronderneming een zekere zelfstandigheid had ten aanzien van haar activiteiten is daarvoor onvoldoende. Het Hof hechtte zwaar aan de rol van Eni als *technische en financiële coördinator* van haar dochterondernemingen. Interessant is dat het Hof een aanwijzing geeft op welke wijze moederondernemingen het vermoeden van beslissende invloed kunnen weerleggen. Hiervoor moet aangetoond worden dat een dochter niet alleen op bedrijfspvlak (zoals Eni had beargumenteerd) maar ook op financieel vlak volkomen zelfstandig kon handelen.

Parker

Vermeldenswaardig is ook het arrest van het Gerecht in de zaak *Parker*.⁵ Uit deze uitspraak blijkt dat de aansprakelijk op grond van de economische eenheid slechts één kant op werkt. Een dochteronderneming kan niet het gedrag van haar (voormalige) moederonderneming worden toegerekend, dan wel het gedrag van een andere dochteronderneming van deze (voormalige) moederonderneming. Een dochteronderneming kan alleen in plaats van een moederonderneming worden bestraft indien en voor zover deze dochteronderneming zelf bij de inbreuk betrokken was.

De poging van de moederonderneming (Parker-Hannifin) om aan te tonen dat zij geen economische eenheid vormde met de dochter die betrokken was bij de inbreuk (Parker ITR) aangezien deze dochter autonoom handelde, is tevergeefs. Parker-Hannifin had gesteld dat de verantwoordelijke manager binnen de dochteronderneming systematisch geweigerd had de instructies en het beleid van Parker-Hannifin op te volgen en Parker-Hannifin op afstand hield. Het Gerecht wees erop dat deze praktijk de moeder

niet verhinderde om op basis van juridische en economische gronden in te grijpen bij de dochter (bijvoorbeeld door het ontslaan van de betreffende manager). Parker-Hannifin slaagt er derhalve niet in het wettelijk vermoeden te weerleggen.

Portielje

In de zaak *Portielje*⁶ was de vraag aan de orde of een Stichting administratiekantoor ('Stak') gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor een boete die is opgelegd aan een onderneming waarin de Stak het merendeel van de aandelen houdt. Het Gerecht was van mening dat dit niet mogelijk is, omdat de Stak zelf geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht is. Ten overvloede voegde het Gerecht er nog aan toe dat de Stak tijdens de periode van de inbreuk geen beslissende invloed had uitgeoefend op de dochteronderneming, aangezien zij pas na de inbreuk haar stemrechten tijdens een algemene vergadering heeft uitgeoefend. Het feit dat een deel van leden van de raden van bestuur dezelfde zijn was volgens het Gerecht ook onvoldoende om te concluderen dat de Stak invloed kon uitoefenen op de inbreukmakende vennootschap.

In hoger beroep heeft het Hof echter geoordeeld dat de rechtsvorm van de moeder irrelevant is en dat dus ook een Stak aansprakelijk kan worden gehouden voor een inbreuk door een entiteit waarin zij vrijwel al het kapitaal houdt. Het Hof overweegt vervolgens dat het Gerecht zich bij de beoordeling van het weerlegbare vermoeden ten onrechte heeft beperkt tot de vennootschapsrechtelijke verhoudingen en voorbij is gegaan aan de economische, organisatorische en juridische banden tussen beide entiteiten. Volgens het Hof kan de economische eenheid ook op informele wijze ontstaan, met name door het bestaan van een personele vervlechting. Het Hof vernietigt dan ook het arrest van het Gerecht op dit punt.

Kendrion

Op 26 november 2013 heeft het Hof uitspraak gedaan op het hoger beroep van Kendrion.⁷ De boete voor de dochteronderneming was door de Commissie in beginsel vastgesteld op € 60 miljoen. Aangezien de moederonderneming (Kendrion) niet de gehele periode van de inbreuk zeggenschap had over de dochteronderneming, werd de boete voor Kendrion vastgesteld op € 34 miljoen. Vervolgens werd de boete van de dochteronderneming door de Commissie gematigd tot € 2,2 miljoen, aangezien deze de groep inmiddels had verlaten en het boeteplafond van 10% van de omzet derhalve op basis van de omzet van de dochteronderneming alleen moest worden vastgesteld. Dit leidt tot de vreemde situatie dat de moederonderne-

4 Arrest van het Hof van 8 mei 2013, zaak C-508/11 P (*Eni SpA/Commissie*).

5 Arrest van het Gerecht van 17 mei 2013, zaak T-146/09 (*Parker ITR Srl en Parker-Hannifin Corp/Commissie*).

6 Arrest van het Hof van 11 juli 2013, zaak C-440/11 P (*Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje en Gosselin Group NV*).

7 Arrest van 26 november 2013, zaak C-50/12P (*Kendrion/Commissie*).

ming, die volgens het *Tomkins*-arrest alleen een afgeleide aansprakelijkheid heeft die niet verder kan gaan dan die van de dochteronderneming, aansprakelijk is voor een hogere boete dan de dochter die betrokken was bij het kartel. Het Hof meent evenwel dat op grond van de leer van de economische eenheid Kendrion geacht wordt zelf de inbreuk op de mededingingsregels te hebben begaan. De hoofdelijke aansprakelijkheid is niet een 'garantie' van de moederonderneming voor de betaling van de boete door de dochteronderneming, zoals Kendrion had gesteld. Het Hof bevestigt dan ook het oordeel van het Gerecht dat wanneer een moederonderneming en een dochteronderneming ten tijde van de vaststelling van het boetebesluit niet langer een economische eenheid vormen, de toepassing van het plafond van 10% van de omzet op beide entiteiten afzonderlijk wordt toegepast.

Conclusies

Op grond van het *Tomkins*-arrest geldt als uitgangspunt dat de aansprakelijkheid van een moederonderneming niet verder kan gaan dan die van de dochteronderneming. Een moeder kan dus profiteren van het succesvolle beroep van een dochteronderneming, mits de moeder ook zelf beroep heeft ingesteld tegen de beschikking en de gronden hetzelfde voorwerp betreffen als de dochter, zonder dat deze gronden identiek dienen te zijn. Dit is volgens het Hof anders indien de dochteronderneming inmiddels de groep heeft verlaten en vanwege het boeteplafond van 10% van de omzet de boete voor de (voormalige) dochter verlaagd moet worden. In dat geval kan de boete voor de moederonderneming, hoewel niet zelf betrokken bij het kartel, toch hoger zijn dan die voor de (voormalige) dochteronderneming; de dochteronderneming is in die situatie hoofdelijk aansprakelijk voor een deel van de aan de moederonderneming opgelegde boete. De aansprakelijkheid van de moederonderneming lijkt aldus in twee onderdelen uiteen te vallen: aansprakelijkheid voor de overtreding (die nooit uitgebreider kan zijn voor de moederonderneming indien zij niet zelf betrokken is geweest bij de inbreuk) en aansprakelijkheid voor de boete (die wel hoger kan zijn voor de voormalige moederonderneming indien bijvoorbeeld de boete voor de voormalige dochter gematigd moet worden op grond van het plafond van 10% van de omzet).

Van belang is ook dat de groepsaansprakelijkheid op grond van het leerstuk van de economische eenheid alleen kan betekenen dat een moederonderneming (mede) aansprakelijk wordt gehouden voor het gedrag van de dochteronderneming. Andersom is niet mogelijk, volgens het Gerecht. De Commissie heeft echter hoger beroep ingesteld tegen de Parker-uitspraak, dus wellicht dat dit standpunt nog genuanceerd wordt door het Hof.

Tot slot het weerlegbare vermoeden van de *Akzo*-zaak. Velen hebben getracht dit vermoeden te weerleggen, maar nog niemand is er in geslaagd. Wat moet een onderneming aantonen om daaraan te voldoen? Feitelijk komt het erop

neer dat aangetoond moet worden dat er geen sprake is van een economische eenheid. Hierbij moet volgens het Hof niet alleen naar de bedrijfsmatige onafhankelijkheid van de dochter gekeken worden, maar ook naar de financiële onafhankelijkheid. Uit de zaak *Parker* blijkt dat de juridische omstandigheden ook relevant zijn: zolang een moeder de juridische mogelijkheid heeft om in te grijpen bij een dochteronderneming, kan zij aansprakelijk worden gehouden voor het gedrag van deze dochter, ongeacht of de theoretische mogelijkheid in de praktijk kan worden toegepast.

Het aantonen van de onafhankelijkheid van een dochteronderneming lijkt dus nog altijd een zeer moeilijke, zo niet onmogelijke, opgave. In het kader van een kartelprocedure is moederondernemingen er veel aan gelegen om zich te distantiëren van een dochteronderneming die de fout in is gegaan. Dit kan een gunstig effect hebben op de hoogte van de boete en is zeer zeker ook relevant voor eventuele recidive binnen de groep. Maar men moet er ook bij stilstaan dat het niet alleen maar voordelen brengt. Indien men er in slaagt aan te tonen dat er geen sprake is van een economische eenheid tussen een moeder en een dochter kan dit verstrekkende consequenties hebben voor andere commerciële activiteiten. Binnen een economische eenheid gelden de mededingingsregels immers niet: men kan binnen een economische eenheid prijsafspraken maken, markten en klanten verdelen, exclusiviteit afspreken enzovoort. Het gevolg van een succesvol beroep op het ontbreken van daadwerkelijk beslissende invloed door moederonderneming op het commerciële beleid van de dochteronder-

Een dochteronderneming kan alleen in plaats van een moederonderneming worden bestraft indien en voor zover deze dochteronderneming zelf bij de inbreuk betrokken was.

neming, kan dus grote gevolgen hebben voor bestaande intra-groepsafspraken waarbij de betreffende dochteronderneming betrokken is. Als de verhouding tussen de moeder en de betreffende dochter kenmerkend is voor alle verhoudingen binnen een groep, kunnen de gevolgen nog veelomvatter zijn. De intra-groepverhoudingen zullen in die situatie moeten worden beoordeeld op basis van het uitgangspunt dat een of meerdere van de groepsondernemingen als een derde moeten worden beschouwd. Het mededingingsrecht wordt dan in volle omvang van toepassing op de verhoudingen binnen de groep.

Over de auteur

Mr. Barbara Nijs is advocaat bij NautaDutilh. Ook maakt zij deel uit van de redactie van MP.

De auteur dankt Roderick Bolhaar voor zijn hulp bij de totstandkoming van dit artikel.