



Datum van inontvangstneming : 11/07/2025

Zaak C-347/25

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

22 mei 2025

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 februari 2025

Verzoeksters, verzoeksters tot Revision, tevens incidenteel verweerster in Revision:

Zapp Precision Metals GmbH

Zapp AG

Verweerder, verweerder in Revision, tevens incidenteel verzoeker tot Revision:

KU

Interveniënte aan de zijde van verweerder:

AIG Europe S.A.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Bij het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) aanhangige civiele procedure in laatste aanleg (Revision) in het kader waarvan een rechtspersoon van zijn bestuursorgaan vergoeding vordert voor de schade die hij zou hebben geleden als gevolg van een geldboete die hem is opgelegd wegens een door het bestuursorgaan begane inbreuk op artikel 101 VWEU

Aard en voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht krachtens artikel 267 VWEU op het gebied van het mededingingsrecht

Prejudiciële vraag

Verzet artikel 101 VWEU zich tegen een nationaalrechtelijke regeling op grond waarvan een rechtspersoon aan wie een nationale mededingingsautoriteit een geldboete heeft opgelegd wegens een door zijn bestuursorgaan begane inbreuk op artikel 101 VWEU, van het bestuursorgaan vergoeding kan vorderen voor de schade die hij als gevolg van die inbreuk heeft geleden?

Toepasselijke bepalingen

Nationaal recht

Aktiengesetz (wet inzake naamloze vennootschappen; hierna: „AktG”), § 93

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (wet inzake besloten vennootschappen; hierna: „GmbHG”), § 43

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”), §§ 81, 81a, 81c en 81d

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (wet inzake administratieve overtredingen; hierna: „OWiG”), §§ 9 en 30

Unierecht

VWEU, artikelen 101 en 102

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 (PB 2003, L 1, blz. 1), artikel 5, eerste alinea, artikel 12, lid 3, artikel 15, lid 3, en artikel 23, lid 1

Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PB 2019, L 11, blz. 3), artikel 13, lid 1

Aangehaalde rechtspraak van de Unierechter

Arrest van 11 september 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, hierna: „arrest Romano”)

Arrest van 28 januari 2025, ASG 2 (C-253/23, EU:C:2025:40, hierna: „arrest ASG 2”)

Arrest van 14 september 2017, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (C-177/16, EU:C:2017:689, hierna: „arrest Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra”)

Arrest van 18 januari 2024, Lietuvos notarų rūmai e.a. (C-128/21, EU:C:2024:49, hierna: „arrest Lietuvos notarų rūmai e.a.”)

Arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, hierna: „arrest Lafarge/Commissie”)

Arrest van 11 juni 2009, X BV (C-429/07, EU:C:2009:359, hierna: „arrest X BV”)

Arrest van 10 april 2014, Commissie/Siemens Österreich e.a. en Siemens Transmission & Distribution e.a./Commissie (C-231/11 P tot en met C-233/11 P, EU:C:2014:256, hierna: „arrest Commissie/Siemens Österreich e.a.”)

Arrest van 10 april 2014, Areva e.a./Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257 (hierna: „arrest Areva e.a./Commissie”)

Summier overzicht van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoeksters, die deel uitmaken van een concern, zijn actief in de sector roestvrij staal. Zapp Precision Metals GmbH (hierna: „eerste verzoekster”) is de werkmaatschappij van de groep, waarvan de aandelen in handen zijn van Zapp AG (hierna: „tweede verzoekster”), de houdstermaatschappij. Verweerder was gedurende verschillende jaren lid van de raad van bestuur van tweede verzoekster en was gedurende een bepaalde periode voorzitter van die raad van bestuur. Tegelijkertijd was hij ook directeur van eerste verzoekster gedurende de gehele periode waarin hij lid was van de raad van bestuur van tweede verzoekster. Tweede verzoekster heeft ten gunste van verweerder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (Directors and Officers Liability of D&O-verzekering) afgesloten bij de interveniënte aan de zijde van verweerder, met een dekking van 25 miljoen EUR. Volgens de bepalingen van de verzekeringsovereenkomst geldt de verzekeringsdekking niet voor vorderingen tot schadevergoeding als gevolg van bewust plichtsverzuim door de verzekerde noch voor contractuele sancties, geldboeten of geldelijke sancties die aan de verzekerde persoonlijk worden opgelegd.
- 2 Gedurende meerdere jaren na afloop van het EGKS-Verdrag heeft verweerder, als vertegenwoordiger van eerste verzoekster, deelgenomen aan een prijskartel. Samen met vertegenwoordigers van andere ondernemingen in de sector roestvrij staal heeft hij overeenkomsten gesloten die in strijd waren met het mededingingsrecht. De basisafpraak tussen de bij dit kartel betrokken

ondernemingen bestond erin de prijsconcurrentie tussen concurrenten te vermijden, of in elk geval aanzienlijk af te zwakken, door een sectorbreed uniform prijssysteem bestaande uit een basisprijs en toeslagen voor de ingekochte en verwerkte producten toe te passen, waarbij de hoogte van de toeslagen onderling tussen de betrokken staalfabrikanten was afgestemd. Onder verantwoordelijkheid van verweerder heeft ook eerste verzoekster zich op deze gemeenschappelijke basisafpraak gebaseerd en de onderling afgestemde toeslagen als grondslag genomen voor haar overeenkomsten.

- 3 Het Bundeskartellamt (federale mededingingsautoriteit, Duitsland) heeft verschillende onderzoeken in de sector roestvrij staal uitgevoerd, die ook tegen verzoeksters gericht waren. In het kader van een schikkingsprocedure heeft het Bundeskartellamt bij besluit van 4 juli 2018 aan verweerder een geldboete van 126 000 EUR en aan eerste verzoekster een geldboete van 4,1 miljoen EUR opgelegd wegens een opzettelijke administratieve overtreding van het mededingingsrecht in de zin van § 81, lid 1, punt 1, GWB en artikel 101, lid 1, VWEU. De geldboeten waren uitsluitend punitief van aard. Het Bundeskartellamt heeft de procedure tot oplegging van een geldboete tegen tweede verzoekster op discretionaire basis stopgezet.
- 4 Verzoeksters eisen schadevergoeding van verweerder wegens zijn betrokkenheid bij de inbreuken op het mededingingsrecht. Eerste verzoekster vordert onder meer vergoeding van de haar opgelegde en door haar betaalde geldboete, evenals van de honoraria en uitgaven van de procedure (conclusies van verzoekschrift 1). Tweede verzoekster vordert onder meer vergoeding van de door haar gemaakte kosten voor onderzoek en verweer ten bedrage van ongeveer 1,144 miljoen EUR (conclusies van het verzoekschrift 2). Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering dienaangaande afgewezen. Het daarop ingestelde beroep is verworpen door het Oberlandesgericht (hoogste rechterlijke instantie op het niveau van de deelstaten, Duitsland), dat toestemming heeft verleend voor het beroep in Revision, waarin verzoeksters hun oorspronkelijke vorderingen handhaven.

Motivering van de prejudiciële verwijzing

- 5 Overeenkomstig § 43, lid 1, GmbHG dienen directeuren met de zorgvuldigheid van een oplettend koopman bij te dragen aan de bedrijfsvoering van de vennootschap. Tot de belangrijkste zorgplichten van een directeur behoort de verplichting om ervoor te zorgen dat de vennootschap rechtmatig handelt en haar wettelijke verplichtingen nakomt. Deze plicht wordt ook geschonden wanneer het onrechtmatige gedrag van de directeur van voordeel is voor de vennootschap. Directeuren die de op hen rustende plichten schenden, zijn krachtens § 43, lid 2, GmbHG ten opzichte van de vennootschap aansprakelijk voor de veroorzaakte schade. Vergelijkbare bepalingen gelden overeenkomstig § 93 AktG voor de leden van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap.

- 6 Verweerder heeft opzettelijk de op hem rustende plichten geschonden door namens verzoeksters, die hij vertegenwoordigde, deel te nemen aan een krachtens artikel 101, lid 1, VWEU verboden prijskartel. In het kader van het beroep in Revision moet worden aangenomen dat eerste verzoekster schade heeft geleden. Het Bundeskartellamt heeft eerste verzoekster een geldboete opgelegd (zie punt 3), die zij heeft betaald. Deze geldboete is een last die op het vermogen van de vennootschap drukt en vormt schade in de zin van § 43, lid 2, GmbHG.
- 7 Het is twijfelachtig en tot op heden door de hoogste rechterlijke instantie niet opgehelderd of de in casu door de vennootschap op grond van § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste volzin, AktG geformuleerde vordering tot vergoeding van de schade zij heeft geleden als gevolg van de haar opgelegde geldboete wegens inbreuk op het mededingingsrecht om juridische redenen is uitgesloten.
- 8 Volgens een opvatting moeten § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste volzin, AktG restrictief worden uitgelegd in die zin dat deze bepalingen eraan in de weg staan dat regres wordt uitgeoefend wegens een aan de onderneming opgelegde geldboete voor verenigingen. Anders zouden de doelen van de sanctie voor verenigingen worden ondergraven. Zowel het punitieve doel om de onderneming naar aanleiding van de wetsovertreding nadeel te berokkenen met de geldboete als het doel om met de geldboete de middelen de overtreiding behaalde voordelen te ontnemen, zou niet worden bereikt indien de vennootschap de geldboeten zou kunnen afwentelen op de directeur en zijn aansprakelijkheid zou worden gedekt door de D&O-verzekering die ten gunste van hem is afgesloten. De sanctie voor verenigingen is hoofdzakelijk bedoeld om het vermogen van de onderneming nadeel te berokkenen, onder andere door het gedifferentieerde kader voor de geldboeten voor de vereniging en voor het bestuursorgaan. Dit moet in het civiele recht in acht worden genomen teneinde tegenstrijdigheden te vermijden. Bovendien zou de afschrikkende werking van de geldboete afnemen. In dit verband verzet ook het Unierecht zich tegen een verlegging van het met de geldboete beoogde financiële nadeel naar de directeur.
- 9 Volgens een andere opvatting staan de met de sanctie voor verenigingen als bedoeld in § 30 OWiG en §§ 81 GWB e.v. verbonden doeleinden niet in de weg aan een dergelijk regres (zie bv. Monopolkommission, hoofdverslag XXV, punten 312 tot en met 351). In wezen wordt aangevoerd dat uit de formulering van § 43, lid 2, GmbHG geen dergelijke beperking voortvloeit en dat een teleologische reductie niet absoluut noodzakelijk is met het oog op de doeleinden van de mededingingsrechtelijke sanctie voor verenigingen. Met de oplegging van de geldboete aan de onderneming is volledig voldaan aan de doeleinden van het publieke sanctierecht die met de geldboete werden nagestreefd. De kwestie van de toewijzing van dit financiële nadeel binnen de vereniging en de toelaatbaarheid van intern regres valt daarom uitsluitend onder de bepalingen van het civiele recht en het vennootschapsrecht. Deze bepalingen hebben tot doel het bestuursorgaan aan te zetten tot een bonafide bedrijfsvoering en dus ook tot naleving van de mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen. De met de regresmogelijkheid van § 43, lid 2, GmbHG beoogde gedragssturing zou wegvallen indien de directeur

niet hoeft te verwachten dat hij persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld voor de schade aan de vennootschap als gevolg van de mededingingsrechtelijke geldboete. De vennootschap mag echter alleen vergoeding vorderen voor het punitieve deel van de geldboete, en niet voor het eventuele deel ter afroeping van de winst; op de vordering tot schadevergoeding voor het punitieve deel moeten de uit de inbreuk op het mededingingsrecht verkregen voordelen in mindering worden gebracht.

- 10 Om te beslissen op de aan de orde zijnde vraag, namelijk of § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste volzin, AktG restrictief moeten worden uitgelegd, is het van belang te vernemen of het Unierecht zich verzet tegen de toepassing van deze bepalingen in de onderhavige context.
- 11 Een jurisprudentiële rechtsontwikkeling door middel van teleologische reductie – een van de erkende uitleggingsmethoden – kan worden overwogen indien een bepaling te ruim geformuleerd is gelet op het doel ervan. Dit veronderstelt een verborgen lacune in de regelgeving in de zin van een onbedoelde onvolledigheid van de wet. Of sprake is van een dergelijke lacune, wordt beoordeeld vanuit het oogpunt van de wet en het onderliggende regelingsdoel. Omwille van de eenheid van de rechtsorde en om mogelijke tegenstrijdigheden op te lossen, moet rekening worden gehouden met de algemene context van de toepasselijke regelingen, die tegen een onbeperkte toepassing kan pleiten. Bovendien kan zich ook een lacune in de regelgeving voordoen vanwege de verdere ontwikkeling van het recht.
- 12 Het is niet duidelijk of reeds aan deze voorwaarden is voldaan wanneer alleen naar het nationale recht wordt gekeken.
- 13 Noch de bewoordingen van § 43 GmbHG of § 93 AktG, noch andere bepalingen van nationaal recht voorzien in een beperking van de vordering van de vennootschap tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van een geldboete die haar op grond van § 30 OWiG en § 81 e.v. GWB is opgelegd. In het Duitse recht is geen regeling vastgesteld die vergelijkbaar is met § 11 van de Oostenrijkse wet op de aansprakelijkheid van verenigingen, volgens welke regres op besluitvormers of medewerkers is uitgesloten voor sancties en rechtsgevolgen die de vereniging raken op grond van deze wet. De voorbereidende wetgevingsstukken bevatten geen enkele aanwijzing dat bepaalde schade, in het bijzonder schade zoals die welke in casu aan de orde is, van de werkingssfeer van de bepalingen is uitgesloten. Vorderingen tegen het bestuursorgaan wegens geldboeten die aan de vennootschap zijn opgelegd, zijn ook in overeenstemming met de strekking en het doel van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid. § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste volzin, AktG voorzien in de compensatie van schade die is veroorzaakt door plichtsverzuim van het bestuursorgaan van de vennootschap. Naast deze vermogensrechtelijke compensatiefunctie creëren de bepalingen – in het belang van het vermogen van de vennootschap – gedragssturende prikkels voor de bestuursorganen, in de vorm van een mogelijk regres op hun vermogen, opdat zij een zorgvuldige en rechtmatige bedrijfsvoering nastreven. In dit opzicht wordt met deze bepalingen beoogd van tevoren te

voorkomen dat schade ontstaat. De op bestuursorganen rustende verplichting tot betaling van schadevergoeding draagt dus bij aan het voorkomen van inbreuken op het mededingingsrecht. Deze aansprakelijkheidsregels hebben echter niet het karakter van een sanctie.

- 14 Een beperking van de werkingssfeer van de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade van de bestuursorganen overeenkomstig § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste volzin, AktG op grond van de nationale bepalingen inzake de sanctie voor verenigingen in de vorm van een mededingingsrechtelijke geldboete overeenkomstig § 30 OWiG en § 81 e.v. GWB levert problemen op.
- 15 Op grond van artikel 30, lid 1, OWiG kan aan een rechtspersoon een geldboete worden opgelegd wanneer iemand die bevoegd is om als vertegenwoordiger van deze rechtspersoon op te treden, zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit of een administratieve overtreding waardoor de op de rechtspersoon rustende plichten zijn geschonden. Op grond van § 30, lid 2, eerste volzin, OWiG wordt het maximumbedrag van de geldboete vastgesteld op basis van het maximumbedrag dat wegens de administratieve overtreding – in casu § 81, lid 1, punt 1, GWB – kan worden opgelegd.
- 16 Overeenkomstig § 81, lid 1, punt 1, GWB begaat eenieder een administratieve overtreding die het VWEU schendt door opzettelijk of uit onachtzaamheid in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU een overeenkomst te sluiten, een besluit te nemen of onderling feitelijke gedragingen af te stemmen. Volgens § 81c, lid 1, eerste volzin, GWB kan de administratieve overtreding in dergelijke gevallen worden bestraft met een geldboete van maximaal 1 miljoen EUR. Op grond van § 81c, lid 2, GWB kan aan een onderneming een hogere geldboete worden opgelegd, die niet hoger mag zijn dan tien procent van de totale omzet die zij in het boekjaar voorafgaand aan de beslissing van de autoriteiten heeft behaald. Overeenkomstig § 81d, lid 1, eerste volzin, GWB moet bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete onder andere rekening worden gehouden met zowel de ernst als de duur van de inbreuk; indien de geldboete aan een onderneming wordt opgelegd, zijn ook haar economische omstandigheden van doorslaggevend belang. Uit de formulering van deze bepalingen volgt niet dat de vennootschap geen persoonlijke vorderingen tegen bestuursorganen mag instellen wegens schade die is geleden door een geldboete wegens inbreuk op het mededingingsrecht.
- 17 De hoogste rechterlijke instantie heeft tot op heden uit het Duitse sanctierecht nog geen verbod op het afwentelen van geldboeten of geldelijke sancties op derden afgeleid dat civielrechtelijke vorderingen tot vergoeding van deze geldboeten of geldelijke sancties uitsluit. In andere Europese rechtsstelsels wordt deze kwestie in verband met geldboeten wegens inbreuken op het mededingingsrecht inconsequent beslecht.
- 18 Het klopt dat wie een strafbaar feit of administratieve overtreding heeft begaan, de hem opgelegde sanctie persoonlijk moet dragen in overeenstemming met de strekking en het doel ervan en daarom ook elke geldboete of geldelijke sanctie die

hem wordt opgelegd uit zijn eigen vermogen moet betalen. Volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof sluit dit echter op zichzelf niet uit dat tegen een derde een vordering tot vergoeding van een dergelijk financieel nadeel wordt ingesteld. Aan het jus puniendi is voldaan wanneer de opgelegde geldelijke sanctie wordt betaald; doorslaggevend voor de afwenteling van de geldboete is of uit de algemene regels van het civiele recht een recht op schadevergoeding voortvloeit. Indien dit het geval is, kan de instelling van een vordering tot schadevergoeding niet worden uitgesloten omdat de inhoud ervan gericht is op het afwentelen van een sanctie die is opgelegd wegens een schending van regels die economische beleidsdoeleinden dienen. Hieruit volgt dat een volgens civielrechtelijke bepalingen toegelaten afwenteling van een door de staat opgelegde sanctie in beginsel niet leidt tot een tegenstrijdigheid die door de rechtsorde wordt afgekeurd.

- 19 In het sanctierecht van de staat wordt de (vrijwillige) ontlasting van de inbreukmaker van het aan de opgelegde boete verbonden financiële nadeel bovendien niet beschouwd als een strafbare begunstiging. Wie de inbreukmaker vooraf de geldmiddelen ter beschikking stelt die nodig zijn om de geldboete te betalen, kan voorts niet worden vervolgd voor belemmering van strafrechtelijke vervolging.
- 20 Zelfs indien hieruit geen sluitende conclusies kunnen worden afgeleid met betrekking tot de in casu aan de orde zijnde feiten, zijn deze beginselen belangrijk voor civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding die een vennootschap instelt tegen haar bestuursorgaan, waarvan de verwijtbare handelingen de oorzaak zijn van de mededingingsrechtelijke geldboete die aan de vennootschap is opgelegd. De verplichtingen zijn weliswaar niet identiek, maar wel vergelijkbaar omdat het bestuursorgaan ten opzichte van de vennootschap wettelijk – niet contractueel – verplicht is om de publiekrechtelijke verbodsbepalingen na te leven (§ 43, lid 1, GmbHG, § 93, lid 1, AktG) en de door hem vertegenwoordigde vennootschap door middel van zijn gedrag moet beschermen tegen inbreuken op mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen.
- 21 Tegen deze achtergrond is het twijfelachtig of uit het doel van de mededingingsrechtelijke sanctie voor verenigingen of de structuur van de wetgeving voldoende duidelijk een onbedoelde lacune in de regelgeving blijkt en of kan worden aangenomen dat de wetgever volgens zijn wetgevingsplan heeft nagelaten om de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid te beperken in die zin dat de vennootschap ten aanzien van haar bestuursorgaan geen regres kan uitoefenen vanwege een mededingingsrechtelijke geldboete die haar is opgelegd.
- 22 De sanctie voor verenigingen als bedoeld in § 30 OWiG staat systematisch los van de persoonlijke geldboete die op grond van § 9 OWiG voor dezelfde inbreuk aan het bestuursorgaan moet worden opgelegd. Hieruit volgt dat het sanctierecht zowel het vermogen van het bestuursorgaan als het vermogen van de vereniging kan bezwaren. Bovendien voorzien sancties voor verenigingen, enerzijds, en individuele sancties overeenkomstig § 81 e.v. GWB, anderzijds, in verschillende

kaders voor de vaststelling van geldboeten en worden beide sancties berekend op basis van de respectieve economische omstandigheden. In het geval van de sanctie voor verenigingen is de punitieve gevoeligheid en de daaruit voortvloeiende afschrikkende werking van deze sanctie gebaseerd op de economische omstandigheden van de gehele onderneming als economische eenheid (BT-Drucks. 18/10207, blz. 85).

- 23 Het doel van de sanctie voor verenigingen is om het vermogen van de vereniging een aanzienlijk nadeel te berokkenen. Daarmee wordt ten eerste beoogd – bij wijze van repressieve bestraffing – de wet te handhaven en ten tweede – preventief – marktdeelnemers af te schrikken en hen ervan te weerhouden inbreuk te maken op het mededingingsrecht.
- 24 Volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof dient de geldboete voor verenigingen als bedoeld in § 30 OWiG over het algemeen het juridisch onafhankelijke, voor specifieke economische doeleinden gebruikte en ten opzichte van haar leden afgescheiden vermogen van een rechtspersoon aan te tasten en, indien van toepassing, de voordelen te ontnemen die uit een administratieve overtreding zijn verkregen. Daarbij maakt het niet uit of de leden en dragers van het economische risico van de rechtspersoon op zijn minst schuld hebben aan de selectie van de bestuurder. Hieruit volgt dat de sanctie voor verenigingen geen oorspronkelijke sanctie als reactie op enig plichtsverzuim door deze leden vormt en evenmin een speciale preventieve maatregel kan zijn die is gericht op leden van een specifieke rechtspersoon. In plaats daarvan moet de rechtspersoon met zijn vermogen aansprakelijk worden gesteld voor de schuld van zijn bestuursorgaan, alsof het om het vermogen van het bestuursorgaan ging. § 30 OWiG heeft dus in de eerste plaats tot doel te waarborgen dat de rechtspersoon niet alleen de voordelen geniet die hij uit de handelingen van zijn bestuursorgaan verkrijgt, maar ook de nadelen draagt die uit de niet-naleving van de wet voortvloeien (zie BT-Drucks. V/1269, blz. 59). De aansprakelijkheid waarin § 30, lid 1, OWiG voorziet, houdt derhalve niet in dat eenvoudigweg moet worden ingestaan voor de geldboete van een derde. De bepaling voorziet als voorwaarde voor de bestraffing veeleer in de eigen aansprakelijkheid van de vereniging voor de betaling van geldboeten wegens de handelingen van haar bestuurders.
- 25 De strekking en het doel van de mededingingsrechtelijke sanctie voor verenigingen als bedoeld in § 30 OWiG en § 81 e.v. GWB bestaan er ook in ervoor te zorgen dat de op te leggen geldboeten het verenigingsvermogen raken van de marktdeelnemers die voordeel uit de administratieve overtreding halen, zodat inbreuken op het mededingingsrecht niet lonen en de ondernemingen worden aangemoedigd om de verbodsbepalingen na te leven die zijn ingesteld om de werking van de mededinging te beschermen (BT-Drucks. 18/10207, blz. 88). In dit verband is het een bijzonder kenmerk ten opzichte van andere inbreuken dat het economische voordeel in het geval van inbreuken op het mededingingsrecht, die de markteconomie vaak in zeer aanzienlijke mate verstoren en grote economische schade kunnen veroorzaken, meestal aan de onderneming toekomt,

waardoor geldboeten moeten kunnen worden opgelegd die ook voor grote ondernemingen voelbaar zijn.

- 26 Tegen deze achtergrond heeft de wetgever de aansprakelijkheid voor de betaling van geldboeten overeenkomstig het begrip „onderneming” in de zin van het Unierecht losgekoppeld van individuele rechtspersonen en middels § 81a, lid 1, GWB verruimd tot de economische eenheid, omdat de uit de handeling verkregen voordelen ten goede komen aan de gehele bedrijfseenheid en de gedragsaanwijzingen en gevolgen van de straf voor verenigingen gericht moeten zijn op die economische subjecten die het mededingingsproces beïnvloeden (BT-Drucks 18/10207, blz. 87).
- 27 De mededingingsrechtelijke sanctie voor verenigingen neutraliseert voorts tot op zekere – gegeneraliseerde – hoogte de aan de onderneming toekomende economische voordelen die doorgaans gepaard gaan met inbreuken op het mededingingsrecht. De sanctie voor verenigingen heeft alleen een (directe) functie ter ontneming van voordelen wanneer de mededingingsautoriteit – wat in casu niet het geval is – gebruikmaakt van de mogelijkheid tot afroeping die haar ter beschikking staat (zie in dit verband het Unierecht: Europese 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; PB 2006, C 210, blz. 2, punt 31). De hoogte van de onrechtmatig verkregen economische voordelen is echter altijd van invloed op de hoogte van de sanctie, omdat de berekening van de geldboete in de eerste plaats gebaseerd is op de met de inbreuk samenhangende omzet en dus de onrechtmatigheid van de inbreuk weergeeft in termen van potentiële winst en schade.
- 28 Er zijn sterke redenen om aan te nemen dat een vordering tegen het bestuursorgaan wegens een aan de vennootschap opgelegde geldboete, die – afhankelijk van de hoogte van de geldboete en de uitvoerbaarheid van de vordering tot schadevergoeding – op economisch vlak kan leiden tot een volledige of gedeeltelijke ontlasting van de vennootschap, in strijd is met bovengenoemde doelstellingen van het sanctierecht op het gebied van mededinging. Gelet op het gedifferentieerde kader voor de vaststelling van geldboeten en de parallelle aansprakelijkheid lijkt een belasting van het bestuursorgaan met de aan de vereniging gerichte geldboete bovendien in strijd te zijn met de toewijzing volgens het sanctierecht van het daaraan verbonden nadeel. De mogelijke oplegging van een individuele sanctie en eventuele andere gevolgen van de inbreuk op het mededingingsrecht, zoals ontzetting uit de bestuursfunctie en de mogelijke aansprakelijkheid voor andere aan de vennootschap toegebrachte schade, hebben eveneens een gedragssturende werking. In het licht van het regelingsoogmerk dat de wetgever met de civielrechtelijke bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid nastreeft, en rekening houdend met de respectieve afgebakende en gelijkwaardige regelgevingsgebieden, blijft het niettemin de vraag of uit het sanctierecht met de ten behoeve van een teleologische reductie vereiste duidelijkheid een wetgevingsplan met betrekking tot het civiele recht kan worden afgeleid, volgens hetwelk het door de geldboete veroorzaakte financiële nadeel

onherroepelijk wordt toegewezen aan de vennootschap als adreessaat van de sanctie en regresvorderingen van de vennootschap tegen het bestuursorgaan aldus noodzakelijkerwijs worden uitgesloten.

- 29 In dit verband is het van belang dat de in casu aan de orde zijnde regresvorderingen in het algemeen geen afbreuk doen aan de repressief-punitieve of de preventieve functie van de sanctie voor verenigingen. Afhankelijk van het bedrag van de mededingingsrechtelijke geldboete die haar is opgelegd en de schuld die het bestuursorgaan wordt verweten, zal de vennootschap zichzelf mogelijk slechts gedeeltelijk kunnen ontlasten, gezien de beperkte dekking van de D&O-verzekeringen die zij ten gunste van het bestuursorgaan heeft afgesloten, de daarin overeengekomen uitsluiting van aansprakelijkheid (zie punt 1) en de beperkte persoonlijke financiële draagkracht van het bestuursorgaan. Derhalve is het, afhankelijk van de concrete situatie, mogelijk dat een rechtsgeldig en afschrikkend bedrag bij de vennootschap blijft. Voor zover de geldboete voor verenigingen ten doel heeft marktdeelnemers af te schrikken, wordt dit doel ondersteund door de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Aangezien de bestuursorganen van de vereniging een aanzienlijke invloed hebben op haar marktgedrag en op de vormgeving van interne voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van inbreuken op het mededingingsrecht (compliance), vloeit uit de mogelijke aansprakelijkstelling voor de geldboete een belangrijke prikkel voor een rechtmatig optreden voort waarmee tevens potentiële belangenconflicten tussen de vennootschap en haar bestuurders met betrekking tot het marktgedrag van de vennootschap kunnen worden voorkomen. De mogelijkheid tot regres is daarom een belangrijk disciplinair instrument in het vennootschapsrecht. Deze gedragssturing is belangrijk omdat de geldboete volgens de structuur van de wetgeving alleen maar aan de vereniging kan worden opgelegd. Reden hiervoor is dat de nationale mededingingsautoriteiten niet in alle gevallen een sanctie opleggen aan het bestuursorgaan en dat de Europese Commissie op grond van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 1/2003 geen geldboete kan opleggen aan natuurlijke personen wegens schending van de artikelen 101 en 102 VWEU. Bovendien kunnen de eigenaars (aandeelhouders) van de rechtspersoon volgens het nationale vennootschapsrecht niet altijd de nodige invloed uitoefenen om het gedrag van het bestuursorgaan effectief te sturen.
- 30 Voorts is het van belang dat de wetgever zich nooit heeft verzet tegen de rechtspraak van de hoogste rechterlijke instantie, volgens welke bepalingen van het publieke sanctierecht niet in de weg staan aan de tenuitvoerlegging van civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding tegen derden wegens financiële schade die is veroorzaakt door de opgelegde sanctie. Bovendien heeft de wetgever recentelijk, ondanks de brede rechtsgeleerde discussies die al jaren over dit onderwerp worden gevoerd, geen enkele reden gezien om in het kader van een van de vele wetwijzigingen van de mededingingsrechtelijke regeling voor geldboeten het wetgevingsplan van het sanctierecht op het gebied van mededinging te verduidelijken of om een beperking van civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding in de wet vast te leggen.

- 31 Niettemin zou artikel 101 VWEU een – niet bij voorbaat uitgesloten – restrictieve uitlegging van het nationale recht kunnen vereisen, omdat het Bundeskartellamt de geldboete tegen eerste verzoekster heeft gebaseerd op artikel 101, lid 1, VWEU (zie de arresten *Romano* en *ASG* 2).
- 32 Het Unierecht biedt geen expliciet antwoord op de vraag of een rechtspersoon aan wie een geldboete is opgelegd wegens inbreuk op artikel 101 VWEU, tegen zijn bestuursorgaan een civielrechtelijke vordering kan instellen tot vergoeding van de veroorzaakte schade. In dit verband is het onduidelijk of artikel 101 VWEU in de weg staat aan een dergelijke regresvordering.
- 33 Krachtens artikel 5, eerste alinea, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 dienen de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in individuele gevallen bevoegd te zijn tot toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU. Daartoe kunnen zij overeenkomstig artikel 5, eerste alinea, tweede volzin, en artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1/2003 zowel aan ondernemingen als aan natuurlijke personen geldboeten of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen. De nadere vormgeving van de geldboeten valt vervolgens onder de bevoegdheid van de lidstaten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt echter dat wanneer een nationale mededingingsautoriteit een geldboete oplegt, deze geldboete – net als iedere sanctie die nationale autoriteiten wegens schending van het Unierecht opleggen – doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn (zie bijvoorbeeld arresten *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra*, punt 68, en *Lietuvos notarių rūmai* e.a., punt 110). Geldboeten die worden opgelegd wegens schending van artikel 101 VWEU hebben tot doel onwettige handelingen van de betrokken ondernemingen te bestraffen en zowel de betrokken ondernemingen als andere deelnemers aan het economisch verkeer ervan te weerhouden om in de toekomst de mededingingsregels van de Unie te schenden (arresten *Lafarge/Commissie*, punt 102, en *Lietuvos notarių rūmai* e.a., punt 110, telkens met aldaar aangehaalde rechtspraak). Met deze beginselen wordt rekening gehouden in richtlijn 2019/1, die in casu vanwege de temporele werkingssfeer ervan echter niet van toepassing is op de vordering tot schadevergoeding. Volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2019/1 moeten de lidstaten erop toezien dat de nationale administratieve mededingingsautoriteiten doeltreffende, evenredige en afschrikkende geldboeten aan ondernemingen en ondernemersverenigingen kunnen opleggen, wanneer ondernemingen en ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101 of 102 VWEU (zie ook overweging 40 van de richtlijn).
- 34 Voor zover artikel 101 VWEU betrekking heeft op de interne relatie tussen de onderneming en haar bestuursorganen, die wordt gekenmerkt door het nationale vennootschapsrecht, zou afbreuk kunnen worden gedaan aan de krachtens dat artikel vereiste doeltreffendheid van een geldboete die wegens inbreuk op artikel 101 VWEU aan de onderneming is opgelegd, indien de vennootschap zich economisch van de last van de geldboete zou kunnen ontdoen door een volledig of zelfs gedeeltelijk regres uit te oefenen ten aanzien van het bestuursorgaan overeenkomstig de bepalingen van § 43, lid 2, GmbHG en § 93, lid 2, eerste

volzin, AktG. Een dergelijke verlegging van het economische nadeel dat de vereniging door de sanctie ondervindt, heeft een vergelijkbare ontlastende werking als de fiscale aftrekbaarheid van een geldboete. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan de aan een onderneming opgelegde geldboete aanzienlijk aan doeltreffendheid inboeten indien deze geldboete voor de betrokken vennootschap volledig of gedeeltelijk aftrekbaar zou zijn van haar belastbare winst, aangezien een dergelijke mogelijkheid tot gevolg zou hebben dat de last van de betrokken geldboete door een verlaging van de belastingdruk gedeeltelijk zou worden gecompenseerd (arrest X BV, punt 39, met betrekking tot de rechten van de Commissie om opmerkingen in te dienen op grond van artikel 15, lid 3, eerste alinea, derde volzin, van verordening nr. 1/2003).

- 35 In de onderhavige context is het echter de vraag of en in welke mate met de verschillende bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten en de Europese Commissie rekening moet worden gehouden bij het opleggen van geldboeten. Volgens § 81, lid 1, GWB en § 9 OWiG kunnen de nationale mededingingsautoriteiten ook geldboeten opleggen aan het bestuursorgaan, terwijl de Europese Commissie overeenkomstig artikel 23, lid 1, van verordening nr. 1/2003 alleen sancties kan opleggen aan ondernemingen. Tegen deze achtergrond zou er mogelijk rekening mee moeten worden gehouden dat in een procedure die door de Commissie wordt gevoerd, de civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding van de vennootschap in elk geval een bijkomende preventieve en afschrikkende werking kan hebben, die ertoe bijdraagt dat de handelende bestuurders de verbodsbepalingen van de artikelen 101 en 102 VWEU naleven (zie punt 29). In het belang van de wet en met het oog op voorspelbaarheid mag artikel 101 VWEU hoe dan ook niet in verschillende regelingen voorzien voor gevallen waarin de procedure tot oplegging van een geldboete door de Commissie overeenkomstig verordening nr. 1/2003 wordt gevoerd en gevallen waarin die procedure door de nationale mededingingsautoriteiten overeenkomstig het nationale sanctierecht wordt gevoerd.
- 36 Een beperking van civielrechtelijke vorderingen tot schadevergoeding van de vennootschap tegen het bestuursorgaan mag niet worden uitgesloten, omdat het punitieve doel van een mededingingsrechtelijke geldboete die aan meerdere rechtspersonen is opgelegd, zich volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie niet verzet tegen een privaatrechtelijke autonome regeling inzake de aansprakelijkheid van hoofdelijke medeschuldenaars in het kader van hun interne relatie (zie arresten Commissie/Siemens Österreich e.a., punt 62, en Areva e.a./Commissie, punten 152 en 157). Met een dergelijke overeenkomst verdelen de partijen daarbij slechts het aan de geldboete verbonden financiële nadeel binnen de vereniging van aansprakelijke entiteiten waarop het mededingingsrechtelijke verbod betrekking heeft. De persoonlijke vordering tegen het bestuursorgaan op grond van de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid is weliswaar bedoeld om het nadeel te verleggen naar een functionaris van de vereniging, maar uiteindelijk wordt dit nadeel naar een vermogen buiten deze vereniging van aansprakelijke entiteiten verlegd.

- 37 Waarschijnlijk kunnen er geen algemene conclusies voor de beantwoording van de prejudiciële vraag worden getrokken uit het feit dat de risico's van een vordering voor bestuursorganen ten minste gedeeltelijk kunnen worden gedekt door het afsluiten van een D&O-verzekering. De verplichting tot schadevergoeding door de verzekeraar is immers grotendeels afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval, zoals de mate van schuld die het bestuursorgaan kan worden verweten, en van de vraag of regresvorderingen wegens schade die de vennootschap als gevolg van geldboeten heeft opgelopen überhaupt door de verzekering worden gedekt onder de in het individuele geval overeengekomen voorwaarden. Gezien de vele verschillende mogelijke gevallen kunnen ook geen algemene conclusies worden getrokken over de meetbare effecten van het bestaan van civielrechtelijke regresvorderingen op de bereidheid van het bestuursorgaan om te beslissen over deelname aan clementieregelingen en dus op het onderzoek naar inbreuken op het mededingingsrecht. Overeenkomstig artikel 5, lid 1, en artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met de nationaalrechtelijke bepalingen inzake geldboeten, bestaat in elk geval het risico van persoonlijke vorderingen en daarnaast het risico van aansprakelijkheid voor andere schade die de vennootschap als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden in overeenstemming met de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Daarom mag ook geen doorslaggevend belang worden gehecht aan een mogelijk te verreikende afschrikkende werking van het bijkomende aansprakelijkheidsrisico dat verbonden is aan het regres met betrekking tot geldboeten en de daaruit voortvloeiende negatieve prikkels met betrekking tot marktgedrag.
- 38 Voor het geval dat artikel 101 VWEU aan de toepassing van de nationaalrechtelijke bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid in de weg staat, rijst met betrekking tot de conclusies van verzoekschrift 2 de vraag of dit ook vorderingen uitsluit die de vennootschap op grond van § 93, lid 2, eerste volzin, AktG tegen het bestuursorgaan instelt met het oog op de vergoeding van de schade die de vennootschap – zoals tweede verzoekster aanvoert – heeft geleden voor het onderzoek naar de feiten (IT-kosten) en het juridische verweer in het kader van de onderzoeksprocedure van de mededingingsautoriteit (advocaatkosten). Aangezien de vergoeding van deze schade niet van invloed is op de geldigheid van de opgelegde geldboete, is er waarschijnlijk bij voorbaat geen reden om de vordering tot vergoeding van die schade te beperken.