



Afstudeeronderzoek

Het doorberekeningsverweer bij een civiele schadevergoedingsprocedure op grond van kartelschade

“Als je niet kan winnen, moet je zorgen dat je niet verliest.”

- Johan Cruyff

Toetsing van: Module afstuderen

HBR-AS18

Hogeschool Leiden	Opleiding HBO-Rechten
Student:	Emily van Kooten
Onderzoeks-docent:	mw. mr. I.J.S. van Mierlo-Groot
Afstudeerbegeleider:	mw. mr. I.J.S. van Mierlo-Groot
Opdrachtgever:	Zippro Meijer Advocaten te Amsterdam / Mr. Dr. R. Meijer
Collegejaar 2018/2019	
Klas 4H	Inleverdatum: 6 maart 2019

VOORWOORD

Beste lezer,

Met gepaste trots presenteer ik u dit afstudeeronderzoek met als onderwerp het doorberekenningsverweer, dat in het kader van de civiele schadevergoedingsprocedure kan worden gevoerd door de karteldeelnemer.

Allereerst wil ik Zippro Meijer Advocaten bedanken voor de mogelijkheid mijn afstudeeronderzoek in hun opdracht te schrijven. In het bijzonder Rogier Meijer voor alle hulp en vertrouwen. Dit heeft veel heeft bijgedragen en zonder hem zou het niet gelukt zijn dit afstudeeronderzoek met succes te schrijven. Daarnaast wil ik Ritsaart Kranz, bij wie het allemaal begon, bedanken.

Verder wil ik graag mijn afstudeerbegeleiders vanuit de Hogeschool Leiden, Jacco Boonman en Ingrid van Mierlo, bedanken voor onze gesprekken en de feedback die zij mij hebben gegeven. Het geduld en eeuwige vertrouwen dat zij hebben gehad bij het opstellen van mijn onderzoeksvoorstel. Zonder hun hulp en feedback zou ik dit afstudeeronderzoek niet hebben kunnen schrijven.

Tot slot wil ik mijn vader bedanken voor zijn wijze raad en luisterend oor. Niet alleen tijdens het schrijven van mijn scriptie maar gedurende mijn hele leven was hij een uitstekend klankbord.

Ik hoop dat u bij het lezen van dit afstudeeronderzoek een duidelijk beeld krijgt over het doorberekenningsverweer in kartelschadezaken. Ik wens u veel leesplezier!

Den Haag, 5 maart 2019

Emily van Kooten

SAMENVATTING

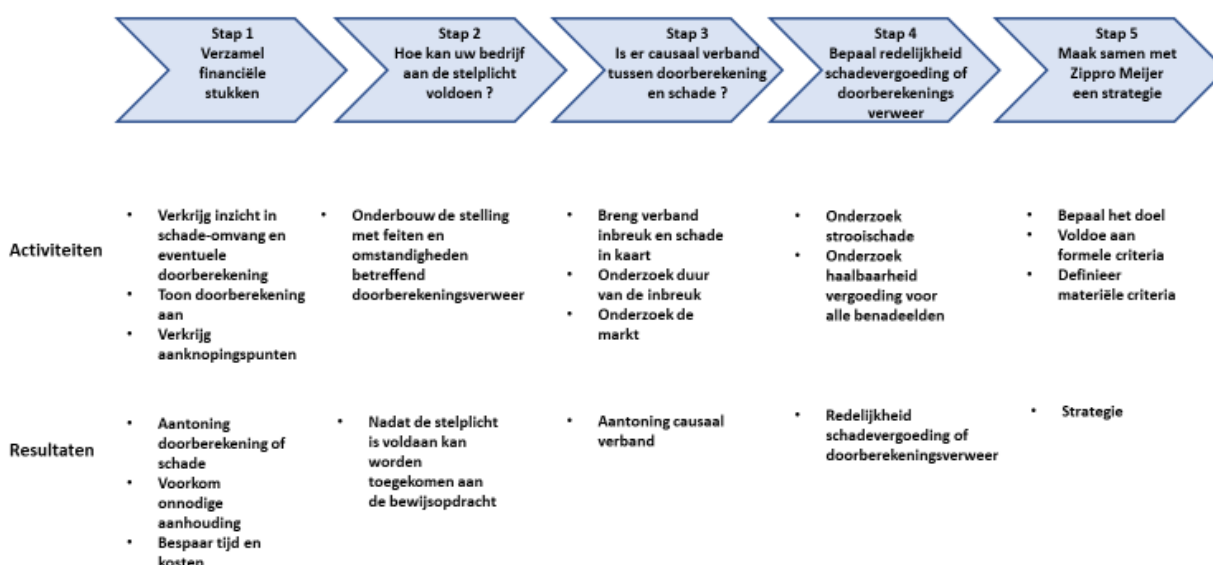
Na de implementatie van de Kartelschade Richtlijn (2014/104/EU) is het voor benadeelden van een kartelinbreuk eenvoudiger om eventuele schade, die zij als gevolg van het kartel hebben geleden, vergoed te krijgen. Er is onder meer in het nationale recht vastgelegd, dat een kartel dat een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, wordt vermoed schade te veroorzaken en dat een partij het verweer kan voeren dat een benadeelde de door het kartel veroorzaakte meerkosten heeft doorberekend (het zogenaamde *doorberekeningsverweer* of *passing-on* verweer). De nieuwe afdeling in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek verschaft echter weinig duidelijkheid, als het gaat om de vraag wanneer het doorberekeningsverweer wel en niet wordt aangenomen.

Vanwege deze onduidelijkheid heeft opdrachtgever Zippro Meijer Advocaten mij verzocht te onderzoeken wanneer het doorberekeningsverweer wel en niet wordt aangenomen. Om die reden is de doelstelling van dit onderzoek *om de opdrachtgever via jurisprudentie- en literatuuronderzoek, te informeren hoe zij haar cliëntèle (karteldeelnemers en benadeelden) kan adviseren over de vraag in welke gevallen het doorberekeningsverweer wel en niet wordt aangenomen*. In dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van een literatuur- en wetsanalyse, om tot beantwoording van het theoretisch gedeelte van de centrale vraag te komen. Door middel van jurisprudentieonderzoek zijn tien rechterlijke uitspraken geanalyseerd met betrekking tot de feiten en omstandigheden, van het al dan niet aannemen van het doorberekeningsverweer.

Op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek zijn meerdere bevindingen naar voren gekomen, waarvan de belangrijkste hier besproken worden. Zo bestaat geen grond voor toekenning van het doorberekeningsverweer, als door de karteldeelnemer niet of onvoldoende gesteld is dat door de afnemer van het kartel is doorberekend. Daarnaast is gebleken dat de redelijkheid dermate leidend kan zijn een doorberekeningsverweer aan te nemen of af te wijzen. Omstandigheden die ertoe leiden dat een doorberekeningsverweer wordt aangenomen zijn in de meeste gevallen de overcompensatie van de directe afnemer van het kartel en het risico dat de karteldeelnemer meerdere malen voor dezelfde schade wordt aangesproken door directe en indirecte afnemers. Een veervoorkomende omstandigheid die tot gevolg heeft dat het doorberekeningsverweer wordt afgewezen op basis van redelijkheid, is de kleine kans dat indirecte afnemers hun schade zullen vorderen van de karteldeelnemer indien het doorberekeningsverweer wordt aangenomen.

Afsluitend worden de aanbevelingen die uit dit onderzoeksrapport voortvloeien aan de orde gesteld. Aan de hand van deze aanbevelingen kan de opdrachtgever haar cliënten adviseren over wanneer het doorberekenningsverweer wel en niet wordt aangenomen. Deze aanbevelingen hebben geresulteerd in het onderstaande stappenplan waarmee de cliënt zich, samen met de opdrachtgever, kan voorbereiden op een dergelijke zaak:

Vorbereidingsfase Doorberekenningsverweer in 5-stappen



BEGRIPPENLIJST

Afnemer of benadeelde	Een onderneming die producten koopt van een kartel
Eindafnemer	Laatste afnemer in de distributieketen die koopt van het kartel
Indirecte benadeelde/afnemer	Een afnemer verder in de distributieketen
Directe benadeelde	Directe afnemer
Doorberekening	Meerkosten van het kartel doorberekenen in de prijs aan de volgende afnemer
Doorberekeningsverweer	Het verweer van de karteldeelnemer dat er schade is geleden door de eiser, doordat de meerkosten zijn doorberekend aan de volgende schakel in de keten
Follow-on procedure	Schadeprocedure na vaststelling van kartelvorming door een mededingingsautoriteit
Passing-on	Internationale benaming van 'doorberekening'

INHOUDSOPGAVE

1	PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEK	8
1.1	INTRODUCTIE VAN HET TRUCKKARTEL	8
1.2	PROBLEEMANALYSE	9
1.2.1	ONTSTANE BEHOEFTE	11
1.3.1	DOELSTELLING	12
1.3.2	CENTRALE VRAAG	12
1.3.3	DEELVRAGEN	12
1.4	METHODEN VAN ONDERZOEK	13
1.5	LEESWIJZER	16
2	HET THEORETISCH-JURIDISCH KADER	17
2.1	INLEIDING	17
2.2	KARTELVORMING	17
2.3	KARTELSCHADE	18
2.3.1	SCHADEBEGROTING	20
2.4	DOORBEREKENINGSVERWEER	22
2.4.1	VERBOD OP OVERCOMPENSATIE	24
2.4.2	VOORDEELSTOEREKENING OF SCHADEVERWEER?	24
2.5	TUSSENCONCLUSIES	28
3	HET DOORBEREKENINGSVERWEER IN DE PRAKTIJK	30
3.1	INLEIDING	30
3.2	HET DOORBEREKENINGSVERWEER IN DE RECHTSPRAAK	30
3.2.1	AFGEWEZEN DOORBEREKENINGSVERWEER	31
3.2.2	AANGENOMEN DOORBEREKENINGSVERWEER	35
3.2.3	NOG NIET BESLOTEN OP HET DOORBEREKENINGSVERWEER	37
3.2.3.1	STELPLICHT	37

3.2.3.2	WIJZE VAN SCHADEBEGROTING	38
3.2.3.3	GELEDEN SCHADE	38
3.2.3.4	WAT NOG MEER OPVALT	38
3.2.3.5	DOORBEREKENINGSVERWEER AANGEHOUDEN	39
3.3	CIJFERS	39
3.4	TUSSENCONCLUSIES.....	40
4	CONCLUSIES	42
5	AANBEVELINGEN	44
5.1	BEANTWOORDING VAN DE CENTRALE VRAAG	46
	LITERATUURLIJST	47
	JURISPRUDENTIELIJST	53
	BIJLAGEN.....	54
	BIJLAGE I - DOORBEREKENINGSVERWEER AANGENOMEN.....	54
	BIJLAGE II - DOORBEREKENINGSVERWEER NIET AANGENOMEN	54
	BIJLAGE III - DOORBEREKENINGSVERWEER NOG NIET UITPUTTEND BEHANDELD.....	54

1 PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEK

1.1 INTRODUCTIE VAN HET TRUCKKARTEL

Volgens artikel 101 van het Verdrag over de werking van de Europese Unie ('VWEU') en artikel 6 van de Mededingingswet ('Mw') zijn alle vormen van kartelvorming verboden die als gevolg hebben dat de mededinging wordt aangetast. Toch komt kartelvorming nog immer vaak voor. Zo was Philips betrokken bij een beeldbuis kartel,¹ Heineken werd beboet voor betrokkenheid bij een bierkartel², Shell voor het grote asfalt- en bitumenkartel³ en maakte KLM onderdeel uit van het luchtvaartkartel⁴. In 2016 maakte de Europese Commissie bekend dat vanaf 1997, Europese truckfabrikanten ruim 14 jaar een kartel in stand hebben gehouden. Het kartel, waardoor mogelijk 600.000 Europese transportondernemers zijn gedupeerd, stemde verkoopprijzen af voor vrachtwagens. Daarnaast werden afspraken gemaakt over het vertraagd introduceren van emissietechnologieën voor middelzware en zware vrachtwagens. Deze technologieën werden ontwikkeld om te kunnen voldoen aan de strengere Europese emissienormen. Tot slot maakten de karteldeelnemers afspraken over het doorberekenen van de kosten van deze emissietechnologieën aan de afnemers.⁵ In dit zogenaamde Truckkartel kozen DAF, Volvo/Renault, Daimler en Iveco ervoor om te schikken met de Europese Commissie. Zij moesten de Europese Unie in totaal een boete van 2,9 miljard Euro betalen.

De Commissie benadrukte in deze zaak dat de afnemers, zoals transportbedrijven die als gevolg van het kartel schade hebben geleden, bij de nationale rechter vergoeding kunnen vorderen. Volgens schattingen werd door het kartel voor een vrachtwagen tussen de 10.000 en 16.000 euro te veel gerekend. Dit betekent dat naast de publiekrechtelijke boetes van de Commissie, er bij de civiele rechter zogenaamde '*follow-on procedures*' worden aangebracht. Een *follow-on procedure* kan plaatsvinden, nadat er door een mededingingsautoriteit is vastgesteld dat er inbreuk is geweest op het mededingingsrecht ten gevolge van kartelvorming. Hierbij proberen kartelslachtoffers (hierna: 'benadeelden') hun schade te verhalen op de karteldeelnemers. Artikel 6:193l van het Burgerlijk Wetboek ('BW') stelt dat: "een kartel, dat een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, wordt vermoed schade te veroorzaken".

¹ Rb 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682 (De Consumentenbond/Philips).

² S.J.H. Evans 'Biertje? Het Gerecht verlaagt de boetes in het Nederlands bierkartel', NTER 2011, p. 266-271 (afl. 8).

³ Rb 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001 (Van Gelder Groep B.V./Shell).

⁴ Hof 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (Equilib Netherlands B.V./ Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. e.a.).

⁵ Linssen 2017.

In deze casus meenden de benadeelden dat zij jarenlang te veel hadden betaald aan de kartelfabrikanten, telkens wanneer zij een middelgrote of grote vrachtwagen aanschafte.⁶ Namens deze 3.000 benadeelde bedrijven treedt een claimorganisatie op. De achterban van deze organisatie, bestaande uit met name transportbedrijven, wil een schadevergoeding voor de onterechte meerkosten van de vrachtwagens. De beboete truckfabrikanten vinden echter dat deze afnemers geen schade hebben geleden gezien het feit dat zij het te veel betaalde bedrag op hun beurt hebben doorberekend aan hun klanten. Mogelijk zal daarom het doorberekenningsverweer gevoerd worden door de karteldeelnemers.⁷ Op dit moment is er onduidelijkheid over op basis van welke feiten en onder welke omstandigheden, het doorberekenningsverweer wel of niet wordt aangenomen door de civiele rechter. Dit onderzoek zal antwoord geven op welke feiten en omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling van het doorberekenningsverweer.

Door de verwachte groei van kartelschadeprocedures in de nabije toekomst, zal het doorberekenningsverweer vaker moeten worden beoordeeld door de rechter. Daarom is het van belang dat wordt onderzocht of en, zo ja, onder welke omstandigheden het doorberekenningsverweer kan worden toegelaten.⁸

Dit onderzoek zal worden verricht voor Zippro Meijer Advocaten, een kantoor dat gespecialiseerd is in het voeren van civielrechtelijke procedures. Het kantoor heeft grote expertise op het gebied van het vorderen van schadevergoeding op grond van een schending van het mededingingsrecht (*Competition Litigation*; met name kartelschade en *follow-on* procedures). De advocaten van dit kantoor staan zowel ondernemingen bij die worden geconfronteerd met een schadeclaim wegens mededingingsinbreuken, als ondernemingen die schade hebben geleden door een schending van het mededingingsrecht.

1.2 PROBLEEMANALYSE

Benadeelden van kartelvorming kunnen de karteldeelnemer aansprakelijk stellen voor geleden kartelschade op grond van artikel 6:193m BW. De benadeelde kan, nadat er door een mededingingsautoriteit inbreuk door het kartel op het mededingingsrecht is vastgesteld, een schadevergoeding vorderen.

⁶ Linssen 2017.

⁷ Jongmans 2017.

⁸ Bousie 2015.

Tegen dergelijke vorderingen tot kartelschadevergoeding zal de kartel deelnemer zich proberen te verweren met het doorberekeningsverweer. De deelnemer kan aanvoeren dat de directe afnemer de kartelschade geheel of gedeeltelijk heeft doorberekend aan de volgende schakel in de distributieketen. Hierbij is de gedachte dat door die doorberekening de afnemer van het kartel uiteindelijk minder of zelfs geen schade heeft geleden.

Voor de bepaling van een doorberekeningsverweer wordt een antwoord gezocht op de volgende vragen:

- Zijn de meerkosten aantoonbaar doorberekend door directe afnemers?
- Wat is de bepaling van de omvang van de schade en hoe kan dit als een gevolg van de kartelbreuk worden toegerekend?
- Bestaat er een zodanig direct verband tussen de door het kartel veroorzaakte meerkosten en de doorberekening?
- Wanneer is de aanvaarding van het doorberekeningsverweer onredelijk?

Nederland is een populair land binnen de EU om kartelschadeprocedures te voeren, omdat de kosten van een kartelschadeprocedure in Nederland relatief laag zijn vergeleken met andere Europese landen. Nederland kent niet het fenomeen van het vergoeden van de volledige proceskosten van de wederpartij, zoals Engeland en Duitsland. Dit maakt de te verwachten kosten voor de klager voorspelbaarder en daarom beter beheersbaar dan in de landen om ons heen. Dit is met name een reden voor *claim vehicles*, die immers beheersbare kosten en voorspelbaarheid zoeken, om in Nederland te procederen.⁹ Mede hierom is er belang bij duidelijkheid over de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer wel of niet wordt toegelaten.

In de casus van het Truckkartel wordt goed weergegeven dat de werkelijk benadeelde van een kartel niet altijd goed aan te wijzen is. Directe afnemers kunnen de te veel betaalde kosten doorberekenen aan hun afnemers. In een grote distributieketen vindt deze doorberekening steeds weer opnieuw plaats, tot aan de eindgebruiker. Hierdoor wordt er steeds verder in deze keten schade ondervonden van het kartel. De kartel deelnemer kan als verweer aanvoeren dat de directe afnemer van het kartel geen financiële schade heeft geleden. Aangezien een doorberekening binnen de distributieketen heeft plaatsgevonden, is schadevergoeding aan de directe afnemer niet terecht.

⁹ Bousie 2015.

1.2.1 ONTSTANE BEHOEFTE

Door bovenstaande situatie ontstaat een grijs gebied, waardoor er behoefte is aan meer duidelijkheid over de feiten en omstandigheden die samenhangen met het doorberekenningsverweer. In de praktijk komt deze situatie steeds vaker voor en de problematiek van de onderzoeksvraag belandt bij een advocaat van Zippro Meijer Advocaten. Zij hebben echter geen beschikking over een duidelijke grondslag, wat de beslissing van de rechter onvoorspelbaar maakt. Hierdoor kunnen de karteldeelnemers dan wel afnemers van het kartel hun vermogenspositie niet inschatten.

Aangezien de Hoge Raad enkel heeft aangegeven hoe het doorberekenningsverweer gekwalificeerd moet worden, krijgt de lagere rechtspraak de taak om te gissen hoe zij met deze maatstaf omgaan. Het procesrisico in dit soort zaken is hierdoor groot. Naast het risico van de beboeting door een mededingingsautoriteit, lopen karteldeelnemers het risico door een private partij aangesproken te worden op grond van schendingen van het mededingingsrecht.¹⁰ Dit kan leiden tot hoge kosten voor de aangesproken karteldeelneer en tevens tot overcompensatie van de benadeelde in het geval dat deze de schade ook heeft doorberekend.

Op dit moment is het voor opdrachtgever Zippro Meijer Advocaten onduidelijk, op basis van welke feiten en onder welke omstandigheden het doorberekenningsverweer wordt toegelaten, dan wel wordt afgewezen door de rechter. De advocaat van de karteldeelneer focust zich op de situatie dat het bestaan van een doorberekening door de afnemer aannemelijk maakt. Immers, voor deze situatie heeft de wetgever artikel 6:98 BW in het leven geroepen. Het voordeel dat is ontstaan als gevolg van het schade-toebrengende feit, kan van de schadevergoeding worden afgetrokken. In dat geval rest slechts nog de vraag wat de hoogte van de schadevergoeding is. Echter, er valt niet altijd een ankerpunt te ontdekken voor de veroorzaakte meerkosten en de doorberekening. Hierdoor zijn er weinig aanknopingspunten voor de werkelijke omvang van de schade en het doorberekende bedrag.

¹⁰ Houdijk, O&F 2015/23, p. 44.

1.3 DOELSTELLING, CENTRALE VRAAG EN DEELVRAGEN

1.3.1 DOELSTELLING

Het doel van dit onderzoek is het uitbrengen van een advies omtrent het doorberekenningsverweer zoals bedoeld in artikel 6:193p BW, dat in een kartelschadeprocedure gevoerd kan worden door het bestuderen van literatuur, wetten en jurisprudentieonderzoek. Doordat is onderzocht onder welke voorwaarden het doorberekenningsverweer kan worden afgewezen of toegewezen, levert het onderzoek een bijdrage aan de oplossing van het praktijkprobleem. In het jurisprudentieonderzoek is er gekeken naar 10 uitspraken waarin het doorberekenningsverweer voorkwam.

1.3.2 CENTRALE VRAAG

Op basis van bovenstaande doelstelling is de volgende centrale vraag geformuleerd:

Wat kan Zippro Meijer Advocaten haar cliënten adviseren over het doorberekenningsverweer bij een vordering tot schadevergoeding op grond van kartelschade, blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?

1.3.3 DEELVRAGEN

De centrale vraag is verder als volgt in deelvragen opgedeeld:

1. Wanneer is er sprake van kartelschade blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?
2. Wat houdt het doorberekenningsverweer in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?
3. Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekenningsverweer aangenomen voor bepaling van de hoogte van de schadevergoeding blijkens jurisprudentieonderzoek?
4. Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekenningsverweer niet aangenomen voor bepaling van de hoogte van de schadevergoeding blijkens jurisprudentieonderzoek?

1.4 METHODEN VAN ONDERZOEK

In deze paragraaf worden enerzijds de toegepaste methoden van onderzoek per deelvraag uitgewerkt en anderzijds de gemaakte keuzes verantwoord. Het theoretisch-juridisch onderzoek wordt uitgewerkt in het theoretisch-juridisch kader. De resultaten van het onderzoek zullen worden beschreven op basis van het praktijkonderzoek. Met het oog op de betrouwbaarheid en validiteit worden verschillende onderzoeksmethoden toegepast.

In dit onderzoek wordt het doorberekenningsverweer en zijn beoordelingskader onderzocht. Hierbij is een rechtsvergelijking gemaakt tussen het Nederlandse recht en toetsing. Ook is juridische en (rechts)economische literatuur onderzocht. Hierbij is uitgegaan van een ‘*follow on*-schadevergoedingsprocedure’ waar de kartelinbreuk reeds door een mededingingsautoriteit is vastgesteld. In dit onderzoek wordt niet ingegaan op andere wijzen van schadeverhaal of civielrechtelijke handhaving.

Hoofdstuk 2 bestaat uit het theoretisch-kader van de scriptie, ter voorbereiding op de beantwoording van het praktijkonderzoek. Per deelvraag is in de voorbereidingsfase zorgvuldig onderzoek gedaan naar welke bronnen bruikbaar zijn voor het onderzoek en bijdragen aan een juiste en volledige beantwoording van de deelvragen. In de theoretische deelvragen wordt de lezer geïntroduceerd in het onderwerp en voorbereid op het jurisprudentieonderzoek.

Deelvraag 1:

Wanneer is er sprake van kartelschade blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?

De eerste deelvraag is een theoretisch-juridische deelvraag en om deze vraag te beantwoorden is er theoretisch-juridisch onderzoek uitgevoerd. Dit is gedaan door middel van wetsanalyse en literatuuronderzoek. Kartelschade komt voor in meerdere wetten, die gedeeltelijk in dit onderzoek zijn geanalyseerd. Deze wetsanalyse omvat: Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, het VWEU en de Mededingingswet.

Deelvraag 2:

Wat houdt het doorberekenningsverweer in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?

De tweede deelvraag is ook een theoretisch-juridische deelvraag waardoor ook hier theoretisch-juridisch onderzoek is uitgevoerd om de deelvraag te beantwoorden. Dit is gedaan door middel van

wetsanalyse en er is gekeken naar een toonaangevend arrest van de Hoge Raad. Er is literatuur geraadpleegd bij het verduidelijken van het doorberekeningsverweer.

Hoofdstuk 3 bestaat uit het praktijkgerichte onderzoek van de scriptie, dit zal gebeuren door middel van jurisprudentieonderzoek. Hierin zullen deelvragen 3 en 4 behandeld worden:

3. *Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekeningsverweer aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijktens jurisprudentieonderzoek?*
4. *Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekeningsverweer niet aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijktens jurisprudentieonderzoek?*

Kartelschadeprocedures zijn zeer uitgebreide procedures vanwege de complexe economische en feitelijke analyses. Daarom kan het moment waarop men aan het doorberekeningsverweer toekomt soms jaren duren. Om die reden is er slechts beperkte jurisprudentie. De beschikbare jurisprudentie wat betreft het doorberekeningsverweer is echter zeer bruikbaar om de feiten en omstandigheden in kaart te brengen en hoe dit wordt behandeld in de rechtspraak.

Met betrekking tot de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer wordt aangenomen zal in deelvraag 3 worden onderzocht:

Deelvraag 3:

Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekeningsverweer aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijktens jurisprudentieonderzoek?

De derde deelvraag is een praktijkgerichte deelvraag en om deze vraag te beantwoorden, is er een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Hierbij is de volgende jurisprudentie gebruikt:

1. Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.
2. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*).
3. Rb. Den Haag, 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.
4. Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

De te onderzoeken uitspraken zijn gelabeld met de nummers 1 tot en met 4. Zij zijn in **Bijlage I** terug te vinden. Naast het benoemen van de uitspraaknummers in paragraaf 3.2, wordt middels voetnoten verwezen naar de ECLI-nummers van de uitspraken.

Met betrekking tot de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer niet wordt aangenomen zal deelvraag 4 worden onderzocht:

Deelvraag 4:

Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekeningsverweer niet aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijktens jurisprudentieonderzoek?

Met betrekking tot de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer niet wordt aangenomen, is de volgende jurisprudentie gebruikt:

5. Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.
6. Rb. Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.
7. Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

De te onderzoeken uitspraken zijn gelabeld met de nummers 5 tot en met 7. Zij zijn in **Bijlage II** terug te vinden. Naast het benoemen van de uitspraaknummers in paragraaf 3.2, wordt middels voetnoten verwezen naar de ECLI-nummers van de uitspraken.

Tevens zullen onder deze deelvraag de uitspraken worden behandeld waar het doorberekeningsverweer niet is aangenomen, omdat het nog niet uitputtend is behandeld:

8. Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118.
9. Rb. Gelderland, 15 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621.
10. Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

De reden hiervoor is dat ook de feiten en omstandigheden in deze uitspraken evenals de overwegingen in kaart brengen, zodat de centrale vraag vanuit drie mogelijke perspectieven benaderd kan worden: aangenomen, niet aangenomen en nog niet uitputtend behandeld.

De te onderzoeken uitspraken zijn gelabeld met de nummers 8 tot en met 10 en zijn in **Bijlage III** terug te vinden. Naast het benoemen van de uitspraaknummers in paragraaf 3.2, wordt via voetnoten verwezen naar de ECLI-nummers van de uitspraken.

In de uitspraken 1 t/m 10 worden de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer wel wordt aangenomen, dan wel de feiten en omstandigheden waarin het doorberekeningsverweer niet wordt aangenomen onderzocht. Dit jurisprudentieonderzoek is gedaan aan de hand van een aantal topics om de uitspraken op eenzelfde manier te analyseren. Deze topics zijn van toepassing op

beide situaties: waarin het doorberekenningsverweer wel wordt aangenomen en wanneer het niet wordt aangenomen. Om de validiteit van de topics te waarborgen zijn deze topics tot stand gekomen na bestudering door en in overleg met Mr. Dr. R. Meijer, van Zippro Meijer Advocaten.

De topics zijn vijf factoren die meespelen bij de beoordeling van het doorberekenningsverweer. Ten eerste zullen formele topics worden onderzocht, daarna materiële topics:

Formeel:

- stelplicht.

Materieel:

- wijze van schadeberekening;
- redelijkheid;
- causaal verband;
- geleden schade.

De topics en de conclusies die hieraan verbonden kunnen worden, staan in de tabellen in Bijlage I, Bijlage II en Bijlage III. In de tabellen wordt verwezen naar de passage in de uitspraak waar de gegevens te herleiden zijn.

1.5 LEESWIJZER

De opbouw van dit onderzoeksrapport ziet er als volgt uit:

- In hoofdstuk 2 is het theoretisch-juridisch kader behandeld;
- In hoofdstuk 3 staan de resultaten van het praktijkonderzoek;
- In hoofdstuk 4 volgt de conclusie;
- In hoofdstuk 5 worden praktische aanbevelingen gedaan aan de opdrachtgever.

Achtereenvolgens komen de literatuurlijst en jurisprudentielijst. Ten slotte volgen in de bijlagen de tabellen ten behoeve van de jurisprudentieanalyse.

2 HET THEORETISCH-JURIDISCH KADER

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt het theoretisch-juridisch kader geschetst, wat resulteert in beantwoording van de theoretisch-juridische deelvragen. In paragraaf 2.2 wordt kort kartelvorming besproken.

Aangezien het mededingingsrecht voor een belangrijk deel publiekrechtelijk wordt gehandhaafd, wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de publiekrechtelijke handhaving. De publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal, op deze relatief korte uiteenzetting, niet onderzocht worden, tenzij bepaalde aspecten daarvan van invloed zijn of kunnen zijn op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Vervolgens zal in paragraaf 2.3 het begrip kartelschade worden uitgelegd. Hierbij wordt ingegaan op de motieven van het mededingingsrecht en de implementatie van de Richtlijn in boek 6 van het BW.

Daaropvolgend zal het doorberekeningsverweer in paragraaf 2.4 worden besproken. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een beantwoording van de theoretisch-juridische deelvragen in de vorm van tussenconclusies in paragraaf 2.5.

Voor dit afstudeeronderzoek is het civiele recht van belang, met de focus op de vraag in welke gevallen al dan niet grond bestaat voor toelating van het doorberekeningsverweer. Alvorens dit te doen, wordt ingegaan op de kartelvorming volgens het publiekrecht en de kartelschadeprocedure volgens het privaatrecht. Zodoende kan de lezer zich een adequaat beeld vormen van het bredere spectrum waarvan het doorberekeningsverweer onderdeel uitmaakt.

2.2 KARTELVORMING

Kartels zijn overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen, waarbij wordt gepoogd de mededinging binnen de EU te verhinderen, beperken of vervalsen met als doel de onderlinge concurrentie te verminderen. Dit gebeurt met methoden zoals het vaststellen van aankoop- of verkoopprijzen dan wel andere verkoopvoorwaarden, het toewijzen of beperken van productie- of verkoopquota of het verdelen van afzetmarkten.¹¹ De vormen van dit soort kartelgedragingen worden bestempeld als ‘hardcore restricties’ van de mededinging, omdat

¹¹ Houdijk, O&F 2015/23, p. 44; Zippro 2009, p. 50-52.

dergelijke gedragingen de concurrentie tussen bedrijven wegnemen. Dit heeft als gevolg niet alleen inefficiëntie op de markt,¹² maar ook schade bij de afnemer van de karteldeelnemer. Het mededingingsrecht bewaakt de eerlijke concurrentie binnen de Europese markt en verbiedt in artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw alle vormen van kartelvorming.

Om vast te stellen of dergelijke gedragingen inbreuk maken op artikel 101 VWEU, is het niet nodig de concrete gevolgen ervan te berekenen, aangezien het doel van de kartelovereenkomst erin bestaat de mededinging beïnvloeden.¹³

2.3 KARTELSCHADE

Blijkens parlementaire geschiedenis kan men ervan uitgaan dat een kartel heeft geleid tot prijsstijging, dan wel heeft verhinderd dat de prijzen werden verlaagd zoals zonder het kartel het geval zou zijn geweest.¹⁴ Deze kartelschade wordt veroorzaakt doordat ondernemingen prijsafspraken maken waardoor afnemers van de karteldeelnemers te veel betalen, ook wel ‘meerkosten’ of ‘overcharge’ genoemd. Handhaving van kartelverboden om die kartelschade te voorkomen, is dan ook een van de doelstellingen van het Europese mededingingsrecht.¹⁵

Op 26 december 2014 is de Richtlijn 2014/104/EU (hierna: Richtlijn) betreffende schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de EU in werking getreden. Deze Richtlijn streeft naar harmonisatie van het Europese mededingingsrecht op het gebied van schadevergoedingsvorderingen door benadeelden. Daartoe wordt EU-lidstaten opgedragen doeltreffende en gelijkwaardige maatregelen te treffen zodat benadeelden hun recht op volledige schadevergoeding kunnen realiseren.¹⁶ Het nationale recht moet zo worden uitgelegd dat het verenigbaar is met de Richtlijn.¹⁷

Deze Richtlijn is op 10 februari 2017 door middel van de Implementatiewet Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht (hierna: Implementatiewet) omgezet in het Nederlandse recht.¹⁸ Deze bepalingen uit de Richtlijn zijn opgenomen in een nieuwe afdeling van het Burgerlijk Wetboek met als titel “*Schending van het mededingingsrecht*”. Deze afdeling omvat de artikelen 6:193k tot en met

¹² Zoeteman 2017, p. 440.

¹³ Praktische gids, randnr. 139.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, 3, p. 13-14 (MvT).

¹⁵ Kamerstuk 34490 nr. 3, 2015-2016

¹⁶ W.H. van Boom, ‘Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490’, WPNR 2016/7127, p. 949-952 (online publiek).

¹⁷ E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden: Serie Recht en Praktijk, deel 174), Deventer: Kluwer 2009.

¹⁸ Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, 34490, *Stb.* 2017, 28.

6:193t BW. In artikel 6:193l BW is het weerlegbare bewijsvermoeden opgenomen dat een kartel wordt vermoed schade te veroorzaken.¹⁹

De benadeelde van een - achteraf blijkende - karteldeelnemende verkoper kan van die karteldeelnemer een schadevergoeding vorderen ter compensatie van de betaalde meerkosten. Dit kan voorkomen dat een externe partij (bijvoorbeeld een *claim vehicle*²⁰) de karteldeelnemer aansprakelijk stelt namens verschillende benadeelden.

Voordat de Europese Richtlijn was geïmplementeerd in de nationale wetgeving werd een kartelschadevergoeding gevorderd op grond van de onrechtmatige daad ex. artikel 6:162 BW of de ongerechtvaardigde verrijking ex. artikel 6:212 BW. Dankzij de implementatie kunnen de benadeelden van kartels zich beroepen op artikel 6:193m BW en elk van de ondernemers hoofdelijk aansprakelijk stellen. Het is aan de karteldeelnemers om onderling uit te (laten) zoeken wie welk deel aangaat.²¹

Dankzij de artikelen 6:193k tot en met 6:193t BW speelt ook het privaatrecht een rol in de handhaving van het mededingingsrecht. Dit biedt de benadeelde in deze situatie een remedie.²² Zij kunnen namelijk de handhaving van het mededingingsrecht inroepen.²³ De schade die is geleden door bijvoorbeeld een kartelgedraging kan hierdoor verhaald worden op de karteldeelnemer. Het gaat hierbij voornamelijk om schadevergoedingszaken waarin de ene partij stelt schade te hebben geleden als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht door een andere partij. Het hoofddoel van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan worden omschreven als het zoveel mogelijk bewerkstelligen van de situatie zoals die zou hebben bestaan indien de normschending niet had plaatsgevonden (compensatie).²⁴ Schade wordt dan ook doorgaans begroot aan de hand van de vergelijking tussen de toestand waarin de benadeelde zich bevindt na het schade-toebrengende feit (de mededingingsinbreuk) en de situatie waarin de benadeelde zich zou bevinden zonder het schade-toebrengende feit (zonder de mededingingsinbreuk).²⁵

¹⁹ Bousie 2015.

²⁰ Een *claim vehicle* is een rechtspersoon dat specifiek is opgezet om de kartelschadeprocedure te voeren. Vaak zijn het externe partijen die, in ruil voor een deel van de uiteindelijke schadevergoeding, vorderingen van benadeelden bundelen om vervolgens de procedure te financieren en te voeren.

²¹ Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724 (*TenneT/ABB*).

²² Van Leuken, WPNR 2007/6734, p. 1024

²³ Zippo 2009, p. 2.

²⁴ Lindenberg, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW nr. B34) 2014/10.

²⁵ Zippo 2009, p. 315.

Dergelijke schadevergoedingszaken kunnen een *follow-on* procedure zijn.²⁶ Dit is een civiele procedure die wordt ingesteld nadat een schending van het mededingingsrecht is vastgesteld door een mededingingsautoriteit.²⁷ De karteldeelnemer loopt hierdoor niet alleen het risico op een boete van een mededingingsautoriteit, maar kan ook worden aangesproken op de geleden schade door een private partij op basis van schending van het mededingingsrecht.²⁸ Het aantal *follow on*-procedures is de laatste jaren enorm gegroeid,²⁹ mede omdat de gevorderde bedragen in dergelijke procedures hoog kunnen oplopen.

2.3.1 SCHADEBEGROTING

De te vergoeden schade als gevolg van een mededingingsinbreuk ex artikel 6:95 BW bestaat uit vermogensschade en ander nadeel. Onder vermogensschade wordt alle schade verstaan die op geld waardeerbaar is. Daaronder valt volgens artikel 6:96 BW zowel geleden verlies als gederfde winst.³⁰

De Nederlandse rechter bezit voor wat betreft de begroting van schade een grote mate van vrijheid om te kunnen komen tot het bedrag van de volledige schade. De rechter begroot de schade op grond van artikel 6:97 BW op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zal deze worden geschat.³¹ Uitgangspunt is in beginsel de concrete schadebegroting. Hierbij moet worden gekeken wat de daadwerkelijk geleden schade is. Hoe groot deze daadwerkelijk geleden schade is, moet aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval worden vastgesteld. Aan de omstandigheid dat een afnemer zijn schade heeft doorberekend aan derden komt dan ook vanzelfsprekend betekenis toe. Een volledige doorberekening van de kartelschade doet het negatieve effect op de vermogenspositie van de afnemer tenietgaan. In werkelijkheid is er dan geen schade geleden en kan de benadeelde die schade niet vergoed krijgen.³² Wanneer de schade op concrete wijze wordt begroot, biedt het Nederlandse recht ruimte voor toepassing van doorberekenningsverweer.³³

Het hoofdbeginsel dat de daadwerkelijk geleden schade moet worden vergoed, zal niet altijd makkelijk kunnen worden toegepast in een kartelschadeprocedure. Bij de begroting van de schade moet

²⁶ E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden: Serie Recht en Praktijk, deel 174), Deventer: Kluwer 2009.

²⁷ Artikel 161a Rv.

²⁸ Houdijk, O&F 2015/23, p. 44.

²⁹ Bredenoord-Spoek & De Jong 2018, p. 18.

³⁰ Zippro 2009, p. 370.

³¹ D. Stein, 'Doorberekening van kartelschade', NTBR 2017/8, p. 56 (online publiek).

³² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nr. 20.

³³ Van Leuken, WPNR 2007/6734, p. 1024-1031, p. 1030.

namelijk veelal worden beoordeeld hoe de markt in kwestie zonder de inbreuk zou zijn geëvolueerd. Die beoordeling houdt een vergelijking in met een hypothetische situatie die daarom nooit precies kan worden vastgesteld.³⁴

Het aantonen van de geleden schade is aan de gedupeerde die moet trachten daarover informatie te verkrijgen bij de karteldeelnemer. De toegang tot het materiaal staat te allen tijde onder controle van de rechter, die onder meer toeziet op de noodzaak tot en evenredigheid van de voorwaarden waaronder toegang wordt gegeven.³⁵ De begroting van de schade hangt nauw samen met de beoordeling van het doorberekeningsverweer, aangezien de toelating of afwijzing invloed heeft op de omvang van de schade. De juridische wijzen waarop de omvang van de schade kan vastgesteld worden zal worden toegelicht in paragraaf 2.4.2, betreft de kwalificatie van het doorberekeningsverweer.

Toelichting 1: Gevolg van kartelschade

Een eenvoudig voorbeeld om te illustreren hoe kartelafspraken kunnen leiden tot schade in de vorm van hogere prijzen voor afnemers:

Stel dat er bij concurrerende bedrijven sprake is van een marktprijs van € 10, en dat er voor deze prijs 10.000 stuks aan afnemers worden verkocht. Stel dat het kartel heeft afgesproken een prijs te hanteren van € 15, en dat bij die kartelprijs de vraag naar het product daalt naar 5000 stuks.

De meerprijs die het gevolg is van de kartelafspraken is dus € 5, de door afnemers geleden schade op hun aankopen is daarmee eenvoudig te berekenen: $5000 \times € 5 = € 25\,000$. Vaak wordt de meerprijs uitgedrukt als percentage van de kartelprijs. In dit voorbeeld is dat 33,33% (5/15).

Deze methode vormt de basis voor de meeste kartelschadeberekeningen in de praktijk: de meerprijs als percentage van de kartelprijs wordt vermenigvuldigd met de uitgaven ten tijde van het kartel om het schadebedrag te berekenen.

Omdat in de meeste markten de gevraagde hoeveelheid afneemt als de prijs stijgt, zal een kartel dat tot hogere prijzen leidt typisch ook leiden tot een lagere gevraagde hoeveelheid; er wordt minder verkocht tegen hogere prijzen. Dit zogeheten volume-effect levert ook schade op; er is niet alleen te

³⁴ Van Leuken, WPNR 2007/6734, p. 1030.

³⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490.

veel betaald voor de gekochte producten, maar er zijn ook producten niet gekocht waar de afnemer wel voordeel aan zou hebben ontleend.³⁶

2.4 DOORBEREKENINGSVERWEER

In de vorige paragraaf is de kartelschade beschreven. In dit kader wordt het doorberekeningsverweer aan de orde gesteld. In een *follow-on* procedure kan de inbreuk plegende karteldeelnemer een beroep doen op het zogeheten doorberekeningsverweer ex. artikel 6:193q BW (*'passing-on-defence'*): het verweer dat de schadevergoedingseis van een benadeelde in een *follow-on* procedure, of een deel hiervan, afweert. Deze verdediging houdt in dat de benadeelde geen recht heeft op schadevergoeding voor zover hij een door hem betaalde meerprijs heeft doorberekend aan zijn afnemers in de distributieketen ('indirecte afnemers'). De gedachte hierbij is dat door die doorberekening uiteindelijk minder of zelfs geen schade is geleden door de directe afnemer, omdat deze is 'verplaatst' naar de indirecte afnemer.³⁷ Op deze manier kan de karteldeelnemer voorkomen dat zij schadevergoeding moet betalen aan de benadeelde. Van belang is om te realiseren dat áls schade daadwerkelijk is doorberekend, óók vaststaat dat door de afnemer van de afnemer (de indirecte afnemer) schade is geleden, tenzij die indirecte afnemer op zijn beurt weer zelf heeft doorberekend. Deze indirecte afnemers kunnen op hun beurt dan een schadeclaim indienen.



Figuur 1: Broekman e.a. 2018

³⁶ M. Visser en J.K. Winters, Berekening van schadevergoedingen in kartelzaken, SEW 7/8, juli/augustus 2015, p. 342-344.

³⁷ Vgl. T. Hartlief, 'Handhaving in het privaatrecht. Op weg naar een betere samenleving?', WPNR 2008/6772, p. 769-777 (p. 773).

De wijze waarop een dergelijk verweer juridisch wordt vormgegeven is overgelaten aan het nationale recht van de lidstaten, dit is te vinden in artikel 6:193p BW.³⁸ Dit artikel biedt geen beoordelingskader voor de toelaatbaarheid van het doorberekenningsverweer in de specifieke omstandigheden van de kartelschadeprocedure.³⁹ Art. 6:193p BW bepaalt alleen dát de kartellist het verweer moet kunnen voeren.

Toelichting 2: Indirecte afnemers

De situatie uit toelichting 1 in de vorige paragraaf wordt complexer als de directe afnemers van het kartel niet de eindafnemers zijn, maar zij het product of de dienst waarop de kartelafspraken betrekking hebben gebruiken in hun eigen productieproces, of dit product doorverkopen.

De directe afnemers worden geconfronteerd met hogere prijzen als gevolg van het kartel, maar zullen deze hogere prijzen (die voor hen in feite neerkomen op een verhoging van hun eigen kostprijs), geheel of gedeeltelijk proberen door te berekenen op hun eigen afnemers (*'pass-on'*).

Dit betekent dat de schade van hogere prijzen over ten minste twee groepen wordt verdeeld: de directe afnemers van het gekarteelde product en de afnemers van deze directe afnemers (indirecte afnemers).

Bij wijze van illustratie onderscheiden we twee schakels in deze keten: fabrikanten die een kartel vormen en handelaren die het product van de fabrikanten aanschaffen en doorverkopen aan de consument.

De eindafnemers zijn in dit voorbeeld de consumenten, de handelaren zijn de directe afnemers van het kartel. Voor zover de handelaren door het kartel de hogere prijs kunnen door berekenen aan de consument, ontstaat voor de consumenten dus precies dezelfde situatie als hierboven beschreven: zij zullen door de hogere prijs minder aanschaffen en ervaren dus schade als gevolg van hogere prijzen bij een lager afgenomen volume.

Dit volume-effect werkt door op de handelaren: als de consument minder koopt, zullen zij op hun beurt minder aanschaffen bij de fabrikanten. Hierdoor ontstaat er voor de handelaren een verlies aan winst.⁴⁰

³⁸ D. Stein, 'Doorberekening van kartelschade', NTBR 2017/8, p. 1 (online publiek).

³⁹ Oude Elferink & Braat 2014, p. 229.

⁴⁰ M. Visser en J.K. Winters, Berekening van schadevergoedingen in kartelzaken, SEW 7/8, juli/augustus 2015, p. 342-344.

2.4.1 VERBOD OP OVERCOMPENSATIE

Naast het doorberekeningsverweer bestaat er ook het verbod op overcompensatie dat voortvloeit uit artikel 3 lid 3 en artikel 12 lid 2 van de Richtlijn.⁴¹ Deze artikelen uit de Richtlijn behoeften geen implementatie in de Nederlandse wet. Het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is immers dat de benadeelde in beginsel recht heeft op volledige vergoeding van de door hem geleden schade, maar ook niet meer.⁴²

Overcompensatie kan ontstaan wanneer een doorberekeningsverweer wordt uitgesloten, dit kan gebeuren wanneer blijkt dat het onmogelijk is voor de indirecte benadeelden om schadevergoeding te vorderen. Een dergelijke situatie kan ertoe leiden dat de directe benadeelde de volledige schadevergoeding ontvangt, terwijl vaststaat dat de schade, of een deel hiervan, is doorberekend aan een indirecte afnemer. Dit leidt tot overcompensatie van de directe afnemer, wat in strijd is met de doelstelling van de Richtlijn.⁴³

Zoals eerder genoemd kan het doorberekeningsverweer worden uitgesloten wanneer blijkt dat het voor indirecte afnemers onmogelijk is om schadevergoeding te vorderen. Dit gebeurt wanneer de meerprijs dankzij de doorberekening over een groot aantal afnemers is verdeeld, waardoor het nadeel per indirecte benadeelde slechte beperkt blijft. Het gevolg van het ontstaan van dergelijke 'strooischade'⁴⁴ is dat de karteldeelner aan zijn schadevergoedingsplicht ontkomt, doordat afzonderlijke schadeprocedures niet opportuun zullen zijn voor het geringe nadeel per indirecte benadeelde. De keuze kan dan worden gemaakt om het doorberekeningsverweer helemaal niet toe te laten om te voorkomen dat er in de maatschappij niet-vergoede kartelschade ontstaat.

2.4.2 VOORDEELSTOEREKENING OF SCHADEVERWEER?

Zoals eerder genoemd heeft de wetgever niet aangegeven hoe het doorberekeningsverweer gevoerd moet worden en hoe het moet worden beoordeeld. Kortom, er is zowel geen inbedding als beoordelingskader van het verweer.

In de literatuur is een discussie ontstaan over de juridische inbedding van het doorberekeningsverweer.⁴⁵ Daarmee zou ook de vraag worden beantwoord aan welke toets het

⁴¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490.

⁴² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/31 e.v.

⁴³ Richtlijn 2014/104 EU, art. 12; Ligteringen 2016, p. 224.

⁴⁴ Van Boom e.a. 2009, p. 7 en 25;

⁴⁵ Concl. Keus, ECLI:NL:PHR:2016:70, bij HR 8 juli 2016.

verweer onderworpen zou zijn.⁴⁶ De meeste auteurs waren het erover eens dat art. 6:95-6:97 BW (als een schadeverweer⁴⁷) en art. 6:100 BW (als een beroep op voordeelstoerekening⁴⁸) het meest in aanmerking komen.

Deze beide benaderingen van het doorberekenningsverweer zullen in deze paragraaf worden toegelicht, met tot slot het oordeel van de Hoge Raad hierover in het *TenneT/ABB*-arrest. De procedures die daaraan voorafgaan (*TenneT/ABB* en *TenneT/Alstom*) geven echter enkele gezichtspunten voor de beoordeling van het doorberekenningsverweer. De procedures tussen TenneT⁴⁹ en ABB⁵⁰ hebben vier relevante uitspraken opgeleverd. Tussen TenneT en Alstom⁵¹ is vooralsnog maar een enkele uitspraak van belang gedaan.

Schadeverweer

Om te beginnen houdt het doorberekenningsverweer als schadeverweer in dat de doorberekening rechtstreeks van invloed is op de omvang van de schade zoals bedoeld in artikel 6:95 BW, de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Hierdoor zijn de artikelen 6:95-6:97 jo. art. 6:98 BW van toepassing.⁵² Het Nederlandse schadevergoedingsrecht kent het beginsel van volledige vergoeding van de schade. Indien het doorberekenningsverweer als schadeverweer wordt gezien, dient de omvang van de schade te worden bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid na de inbreuk is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest, indien de inbreuk niet zou hebben plaatsgevonden. In het geval van een kwalificatie volgens artikel 6:98 BW moet de doorberekening van de meerkosten worden meegenomen bij het bepalen van de omvang van de schade.

Voordeelstoerekening

Het doorberekenningsverweer als verweer omtrent voordeelstoerekening, houdt in dat de doorberekening niet direct invloed heeft op de schade, maar via voordeelstoerekening in de zin van artikel 6:100 BW op de schade in mindering moet worden gebracht.⁵³ Op deze manier worden de

⁴⁶ Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/57 e.v.

⁴⁷ De meerderheidsopvatting, vertegenwoordigd door onder meer: Asser/Sieburgh 6-II 2017/19, 20 en 99; A-G Keus in overweging 2.26 in Concl. A-G Keus, ECLI:PHR:2016:70, bij HR 8 juli 2016 (*TenneT/ABB*); Zipro 2009, p. 398-399; Möhlmann & Fidder 2016, p. 262; Zipro & Meijer 2015, p. 122; Van de Moosdijk bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, JOR 2016/322 (*TenneT/ABB*).

⁴⁸ Voor de minderheidsopvatting zie onder meer Van der Wiel 2009, onder paragraaf 5 en Ligteringen 2016, p. 228.

⁴⁹ Eiser, tevens beheerder van het Nederlandse hoogspanningsnet.

⁵⁰ Kartellist en elektrotechnisch bedrijf dat de installaties levert voor het hoogspanningsnet.

⁵¹ Medekartellist van ABB en producent van elektronische onderdelen voor infrastructuur, waaronder voor netbeheer.

⁵² Möhlmann & Fidder, MvV 2016/10.2, p. 262.

⁵³ Stein, NTBR 2017/8, p. 54.

genoten voordelen, zover dat redelijk is, meegenomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding dienen de nadelen van de meerkosten te worden weggestreept tegen de voordelen van de doorberekening.⁵⁴

De vraag die hier opdoemt is, wat het relevante onderscheid is tussen het schadeverweer en de voordeelstoerekening. Dit onderscheid is relevant, omdat bij beide benaderingen een andere redelijkheidstoets door de rechter plaatsvindt.⁵⁵ Bij de voordeelstoerekening moet het voordeel dat is ondervonden aan de doorberekening in rekening worden gebracht voor zover dit redelijk is. Artikel 6:100 BW luidt namelijk als volgt:

“Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.”

De rechter mag op grond van dit artikel besluiten bepaalde voordelen niet in rekening te brengen, indien hem dat niet redelijk voorkomt. De rechter heeft hierbij een ruime beoordelingsvrijheid, zonder aan verdere vereisten gebonden te zijn kan door de rechter een beroep op het redelijkheids criterium worden gedaan.⁵⁶

De benadering van het schadeverweer kent daarentegen geen dergelijke redelijkheidstoets door de rechter. Bij de schadebenadering wordt op grond van artikel 6:98 BW getoetst of de schade redelijkerwijs aan de inbreuk kan worden toegerekend:

“Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.”

Als gevolg van dit verschil voor het doorberekenningsverweer is dat de rechter onder artikel 6:100 BW een ruimere bevoegdheid heeft om tot afwijzing van het doorberekenningsverweer over te gaan. De rechter kan ingevolge artikel 6:100 BW het doorberekenningsverweer op grond van de redelijkheid terzijde schuiven, om resultaten die hij onredelijk acht buiten de deur te houden. De rechter kan bijvoorbeeld tot dit oordeel komen wanneer de kartelinbreukmaker bij toelating van het doorberekenningsverweer vrijuit dreigt te gaan, doordat van indirecte afnemers in de distributieketen

⁵⁴ Keirse & Kogelenberg, Contracteren 2016/4.3, p. 102

⁵⁵ Concl. Keus, ECLI:NL:PHR:2016:70, bij HR 8 juli 2016, NJ 2017/262, m.nt. Lindenberg & Kortmann, 2.12 (*TenneT/ABB*)

⁵⁶ Zippro & Meijer, M&M 2016/6.2, p. 225.

geen schadevergoedingsacties worden verwacht tegen de karteldeelnemer. Een beoordeling van het doorberekenningsverweer ingevolge artikel 6:98 BW kent geen redelijkheidstoets, waardoor het doorberekenningsverweer onder dit artikel meer kans van slagen heeft.⁵⁷

Beide benaderingen

In het arrest van de kartelschadezaak *TenneT/ABB*-arrest⁵⁸ oordeelde de Hoge Raad dat beide benaderingen ten aanzien van het doorberekenningsverweer mogelijk zijn. De Hoge Raad stelde dat beide benaderingen juridisch van elkaar verschillen, maar feitelijk op hetzelfde neer komen: het achteraf wegen van voor- en nadelen die het gevolg zijn van de inbreuk.⁵⁹ Hiermee leek de Hoge Raad de kwestie te hebben afgedaan.

Voor verrekening van voordelen en vermindering van de omvang van de schadevergoedingsplicht is allereerst vereist dat tussen de inbreuk en de gestelde voordelen een *conditio sine qua non*-verband bestaat in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Bij deze benadering gaat het niet om het vaststellen van de omvang van de schade, maar om de omvang van de schadevergoeding. Bovendien dient met inachtneming van de in artikel 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Hiermee leek de Hoge Raad de kwestie te hebben afgedaan.⁶⁰

Volgens de Hoge Raad zouden beide benaderingen ervoor zorgen dat de behaalde voordelen na een schadeveroorzakende gebeurtenis worden betrokken in de schadevergoeding zover dit redelijk is. In het geval van de voordeelstoerekening gaat het om het vaststellen van de schadevergoeding en in het geval van het schadeverweer gaat het om het vaststellen van de schade. Naar het oordeel van de Hoge Raad is de rechter met inachtneming van het partijdebat, vrij te bepalen welke van deze twee benaderingen hij volgt.⁶¹ Hierbij is van belang dat in beide benaderingen de wijze waarop de rechter toepassing geeft aan de in art. 6:98 besloten maatstaf, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter. In beide benaderingen gaat het er uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest, indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet

⁵⁷ Möhlmann & Fidder, MvV 2016/10.2, p. 262.

⁵⁸ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.2 (*TenneT/ABB*).

⁵⁹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.5 (*TenneT/ABB*).

⁶⁰ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.5 (*TenneT/ABB*).

⁶¹ Meijer & Zippo, M&M 2016/6, p. 223.

worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van karteldeelnemer berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de karteldeelnemer kunnen worden toegerekend.⁶²

2.5 TUSSENCONCLUSIES

Nu het juridisch kader beschreven is, kunnen de juridisch-theoretische deelvragen worden beantwoord. De eerste deelvraag die beantwoord wordt, luidt: *Wanneer is er sprake van kartelschade blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?* Onderzocht is wanneer er sprake is van kartelvorming, het vermoeden van veroorzaakte kartelschade en hoe deze schade wordt begroot. Een autoriteit op het mededingingsrecht oordeelt wanneer er sprake is van een kartel. Een kartel is een overeenkomst tussen bedrijven die bedoeld is om de concurrentie te verminderen en de markt te beïnvloeden. Dit druist in tegen het mededingingsrecht en de doelstellingen van de EU.

Uit de wet blijkt dat een kartel automatisch wordt vermoed schade te veroorzaken. Dit betekent dat de schade niet eerst hoeft te worden vastgesteld voordat de benadeelde een procedure tot schadevergoeding kan starten. Deze kartelschade wordt veroorzaakt doordat ondernemingen prijsafspraken maken waardoor afnemers van de karteldeelnemers meer betalen dan de conforme marktprijs, ook wel 'meerkosten' genoemd.

De schade die in dit geval ontstaat, bestaat dus uit:

1. Hogere prijzen voor de directe afnemer, voor zover dit niet is doorberekend aan de indirecte afnemer;
2. De hogere prijzen voor uiteindelijk de consument;
3. Winstderving ten gevolge van de doorberekening, doordat de doorberekening van de meerprijs via hogere prijzen leidt tot een lager door de afnemers afgezet volume.

De benadeelden kunnen deze schade via een civiele procedure vorderen van de karteldeelnemer. Schadevergoeding houdt in beginsel in dat de situatie wordt hersteld waarin de benadeelde partij zou verkeren indien er geen inbreuk had plaatsgevonden. De hoogte van deze schade moet worden bepaald aan de hand van een concrete schade begroting of een schatting. Het is onmogelijk om met zekerheid vast te stellen hoe een markt zich zou hebben ontwikkeld zonder de inbreuk op artikel 101

⁶² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.5 (*TenneT/ABB*).

of 102 VWEU. Prijzen, verkoopvolumes en winstmarges hangen van allerlei factoren en ingewikkelde, vaak strategische interacties tussen marktdeelnemers af, die niet gemakkelijk te schatten zijn.⁶³

Ten tweede wordt de deelvraag beantwoord: *Wat houdt het doorberekenningsverweer in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?* Het doorberekenningsverweer kan worden ingeroepen door de karteldeelnemer wanneer de benadeelde zijn daadwerkelijke verlies heeft beperkt door de meerkosten – al dan niet volledig - door te berekenen aan zijn afnemers. Het uitgangspunt hiervan is dat de benadeelde bij een inbreuk op het mededingingsrecht recht heeft op een volledige vergoeding van de schade, maar dat een volledige schadevergoeding niet mag leiden tot overcompensatie.

Het doorberekenningsverweer kan op twee juridische grondslagen worden benaderd. Dit kan zowel volgens het schadeverweer als de voordeelstoerekening. In geval van het schadeverweer wordt omvang van de schade bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de inbreuk niet zou hebben plaatsgevonden. Indien er wordt gekozen voor de voordeelstoerekening betekent dit dat de genoten voordelen na de inbreuk moeten worden verrekend met de schadevergoeding, zover dit redelijk is. Het onderscheid hierin is dat artikel 6:100 BW een redelijkheidstoets kent. Hierdoor bestaat er voor de rechter meer mogelijkheid tot afwijzing van het doorberekenningsverweer wanneer hij toewijzing hiervan onredelijk zou achten.

De Hoge Raad heeft naar zijn mening in overeenstemming met de Richtlijn geoordeeld dat beide benaderingen niet wezenlijk van elkaar verschillen, zodat het doorberekenningsverweer zowel vanuit voordeelstoerekening als vanuit schadebeperking kan worden benaderd. Hieruit vloeit voort dat de rechter met inachtneming van het partijendebat vrij is te bepalen welke twee van de benaderingen hij volgt bij de beoordeling van het doorberekenningsverweer.

⁶³ Praktische gids, randnr. 16.

3 HET DOORBEREKENINGSVERWEER IN DE PRAKTIJK

3.1 INLEIDING

Het praktijkonderzoek van dit afstudeeronderzoek wordt gevormd door een analyse van tien uitspraken. De hieromtrent gemaakte keuzes zijn in paragraaf 1.4 reeds verantwoord. In dit hoofdstuk zullen de resultaten van het jurisprudentieonderzoek besproken worden. Onderzocht is wanneer volgens de rechter al dan niet grond bestaat voor toewijzing of afwijzing van het doorberekeningsverweer. Tevens zal worden onderzocht waarom er nog niet op het doorberekeningsverweer is besloten. In drie van de tien van de onderzochte uitspraken is het doorberekeningsverweer aangenomen. Welke conclusies hieraan verbonden kunnen worden, zal aan het eind van het hoofdstuk blijken. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. De feiten en omstandigheden die in de onderzochte uitspraken al dan niet hebben geleid tot aanvaarding van het doorberekeningsverweer worden kernachtig ingedeeld in categorieën. Dit gebeurt in paragraaf 3.2. De uitspraken worden op basis van de feiten en omstandigheden besproken en derhalve niet in cijfermatige volgorde. De onderzochte uitspraken zijn, zoals in paragraaf 1.4 aangegeven, gelabeld met de nummers 1 tot en met 10. De resultaten uit dit jurisprudentieonderzoek zijn herleidbaar op basis van de tabellen in bijlage I, II en III. Vervolgens geeft paragraaf 3.3 een cijfermatig overzicht, waaruit blijkt op basis van welke feiten en omstandigheden het doorberekeningsverweer wel en niet wordt aangenomen. Ten slotte wordt dit hoofdstuk afgesloten met de beantwoording van de praktische deelvragen in de tussenconclusie van paragraaf 3.4.

3.2 HET DOORBEREKENINGSVERWEER IN DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf worden de feiten en omstandigheden die in de onderzochte uitspraken naar voren zijn gekomen kernachtig weergegeven. Alvorens de uitspraken te bespreken waarin het doorberekeningsverweer wordt aangenomen of aangehouden, worden de vier uitspraken waarin het doorberekeningsverweer wordt afgewezen besproken. Voor de opdrachtgever is het van belang dat deze uitspraken aan de orde komen, omdat zo duidelijk wordt welke feiten en omstandigheden geen grond hebben opgeleverd voor het doorberekeningsverweer. Op basis hiervan kan de opdrachtgever, door *a contrario* te redeneren (redenerend vanuit een tegenovergestelde bewering), haar cliënten adviseren in welke gevallen het doorberekeningsverweer wél moet worden aangenomen.

3.2.1 AFGewezen DOORBEREKENINGSVERWEER

In deze deelparagraaf wordt omschreven wanneer het doorberekeningsverweer in een kartelschadeprocedure op grond van jurisprudentie is afgewezen. De feiten en omstandigheden worden hieronder gerubriceerd.

3.2.1.1 STELPLICHT

Allereerst worden de uitspraken aan de orde gesteld waarin in de rechterlijke overwegingen melding wordt gemaakt van onvoldoende gestelde doorberekening van de veroorzaakte meerkosten door het kartel. Daardoor bestaat er geen grond voor het aannemen van het doorberekeningsverweer. De overwegingen worden hieronder per uitspraak besproken.

In **uitspraken 5 en 6** wordt geoordeeld dat niet gesteld en/of gebleken is van doorberekening door de afnemer van het kartel. Daardoor bestaat er dus geen grond voor toekenning van het doorberekeningsverweer. Ook levert enkel de betwisting van de karteldeelnemer dat er geen kartelschade is geleden door de afnemer in **uitspraak 5**⁶⁴ geen grond op voor aanvaarding van het doorberekeningsverweer. De rechter oordeelt hier dat een betwisting zonder onderbouwing van feiten niet voldoet aan de stelplicht. Ook in **uitspraak 6**⁶⁵ wordt het doorberekeningsverweer afgewezen. In deze uitspraak heeft de karteldeelnemer niets gesteld omtrent de feiten en omstandigheden waarvan redelijk zou moeten worden bevonden om het doorberekende deel van de meerkosten af te trekken van de schadevergoeding.

3.2.1.2 WIJZE VAN SCHADEBEGROTING

Zoals reeds in het theoretische gedeelte van in onderzoeksrapport aan bod is gekomen, kan de kartelschade op twee manieren worden begroot: de concrete schadebegroting en de hypothetische schadebegroting. In **uitspraak 5** oordeelt de rechtbank dat de invloed van de kartelafspraken niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en dat de omvang van de schade moet worden geschat. Tevens in **uitspraak 6** oordeelt de rechtbank dat de meerkosten moeten worden geschat door middel van een vergelijking van de prijzen bij een kartelgenoot tijdens en na afloop van het kartel. In **uitspraak 7**⁶⁶ oordeelt de rechtbank dat in deze zaak moet worden uitgegaan van hypothesen. De schade kan niet nauwkeurig worden vastgesteld en moet worden geschat.

⁶⁴ Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.

⁶⁵ Rb. Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.

⁶⁶ Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

3.2.1.3 REDELIJKHEID

De derde categorie afwijzingsgronden wordt gevormd door de redelijkheid van het doorberekenningsverweer, dat zich voordoet in **uitspraken 5, 6 en 7**. Het doorberekenningsverweer wordt hier niet aangenomen. In deze uitspraken wordt ingegaan op de redelijkheid van het doorberekenningsverweer. In deze drie uitspraken oordeelt de rechtbank dat het onredelijk is om het doorberekenningsverweer aan te nemen. In **uitspraak 5**⁶⁷ oordeelt de rechtbank dat redelijkheid niet met zich meebrengt dat ten gunste van de karteldeelnemer een aftrek moet plaatsvinden van de doorberekende kosten. Tevens oordeelde de rechtbank dat het behaalde voordeel van de directe afnemer, is behaald ten koste van hun eigen afnemers. Deze afnemers hebben indirect schade geleden aan het kartel. De rechtbank neemt hierbij aan dat een schadevergoedingsactie van deze indirecte afnemers niet zal gebeuren. De rechter oordeelt dat de benadeelde de schadevergoeding ten goede zal moeten laten komen aan zijn afnemers, door vermindering van de toekomstige prijzen. In **uitspraak 6**⁶⁸ oordeelt de rechtbank dat de doorberekende meerkosten alleen door de karteldeelnemer te betalen schadevergoeding mag worden afgetrokken zover dit redelijk is. Hierbij wordt overwogen dat de aanvaarding van het doorberekenningsverweer ervoor zorgt dat alle afnemers in de keten hun recht op schadevergoeding jegens de karteldeelnemer te gelde kunnen maken. De karteldeelnemer behoort niet dezelfde schade te vergoeden aan verschillende partijen die elkaar opvolgen in de keten van afnemer, omdat hij dan dubbel betaalt. Echter, de rechtbank meent dat het onwaarschijnlijk is dat de afnemers waarnaar is doorberekend gezien bewijsproblematiek, verjaring en andere processuele verwikkelingen met daarbij hun geringe strooischade een rechtszaak zullen aanspannen om schade te verhalen. Wanneer dit toch gebeurt kan de karteldeelnemer verwijzen naar eiser in het geding. Hiermee concludeert de rechtbank dat het niet onredelijk is dat eiser wordt overgecompenseerd, omdat de schadevergoeding ten goede zal komen aan de eindgebruikers. De rechtbank noemt wel het alternatief dat de karteldeelnemer haar onrechtmatig verkregen winst mag houden, maar noemt deze verrijking niet redelijk en zelfs ongerechtvaardigd. In **uitspraak 7**⁶⁹ oordeelt de rechtbank dat het niet de strekking van het doorberekenningsverweer is dat de karteldeelnemer een handvat wordt gegeven om onder zijn schadeplichtigheid uit te komen, maar dat de door de karteldeelnemer te betalen vergoeding moet toekomen aan directe en indirecte afnemers. De rechtbank motiveert hierbij dat het uiteindelijk de eindgebruiker is die de tot nu toe doorberekende meerkosten heeft betaald. Dit betekent dat, indien in deze zaak het doorberekenningsverweer zou

⁶⁷ Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.

⁶⁸ Rb. Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.

⁶⁹ Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

worden gehonoreerd, het grotendeels uitsluitend de eindgebruikers zijn die voor het reeds afgeschreven gedeelte van de meerkosten zich kunnen verhalen. De rechtbank is van oordeel deze kans nagenoeg verwaarloosbaar is, omdat het bij die eindgebruikers gaat om strooischade, die voor zover de eindgebruikers al kunnen achterhalen en aantonen hoeveel elektriciteit zij in de afgelopen twintig jaren hebben afgenomen en betaald, heel moeilijk te berekenen is en zelden of nooit zal opwegen tegen de te verwachten kosten van gerechtelijke procedures. Onder deze omstandigheden behoort in redelijkheid het doorberekende gedeelte van de meerkosten niet in mindering te worden gebracht op de aan gedaagde toerekenbare en door haar aan eiser te betalen schadevergoeding.

3.2.1.4 CAUSAAL VERBAND

Een derde categorie afwijzingsgronden wordt gevormd door het causaal verband tussen de veroorzaakte meerkosten en de doorberekening. In de **uitspraken 5 en 7** wordt het causaal verband genoemd. In **uitspraak 5**⁷⁰ is het volgens de rechtbank een vereiste dat het voordeel, wil het voor verrekening in aanmerking kunnen komen, in voldoende causaal verband het gevolg moet zijn van dezelfde gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. In deze zaak wordt de beoordeling van het causaal verband doorverwezen naar schadestaatprocedure waar dit nader zal worden onderzocht. In **uitspraak 7**⁷¹ oordeelt de rechtbank dat het causaal verband tussen meerkosten op de vaste activa en de doorberekening van een afschrijving daarop in de afnemersprijzen te ver verwijderd is om te oordelen dat de verhoging van de afnemersprijzen redelijkerwijs moet worden afgetrokken van de aan de karteldeelnemer toe te rekenen schade. De rechtbank motiveert dit door te overwegen dat het de keuze van de ondernemer is om de meerkosten wel of niet, dan wel slechts ten dele, door te berekenen. Hierbij is in belangrijke mate bepalend welke prijzen hij op zijn afzetmarkt in rekening kan brengen zonder zijn concurrentiepositie te verliezen. In het ene geval zal de markt niet toestaan dat hij zijn meerkosten doorberekent, in het andere geval zal hij zijn meerkosten zelfs met een behoorlijke opslag kunnen doorberekenen en zal de ene ondernemer dat wel doen en de andere niet. In deze zaak is geen sprake van een vrije markt waarop de benadeelden konden bepalen welke tarieven zij aan haar afnemers in rekening konden en kunnen brengen. Het gaat hier om een gereguleerde afnemersmarkt, waarop de tarieven, waarin begrepen de doorberekening, door de overheid worden vastgesteld. Dit concludeert dat in deze zaak wel kan worden uitgegaan van nauw causaal verband tussen de meerkosten en de doorberekening daarvan.

⁷⁰ Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.

⁷¹ Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

3.2.1.5 GELEDEN SCHADE

De laatste categorie afwijzingsgronden wordt gevormd door de beoordeling van de invloed van de doorberekening op de kartelschade van de afnemer, dit doet zich voor in de **uitspraken 5, 6 en 7**. Het doorberekeningsverweer wordt hier niet aangenomen. In **uitspraak 5**⁷² oordeelt de rechtbank dat er gedeeltelijk is doorberekend, omdat de afschrijvingstermijn van 30 jaar nog niet is verstreken. Bovendien oordeelt de rechtbank dat bij de begroting van de schade maatgevend is hoeveel er destijds te veel is betaald. De omstandigheid dat afnemer de meerkosten heeft geprobeerd terug te verdienen door verdiscontering in de prijzen, onverlet laat dat er schade is geleden. In **uitspraak 6**⁷³ oordeelt de rechtbank dat de meerkosten moeten worden bepaald door een vergelijking van de prijzen voor en na het kartel. Volgens de rechter houdt het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet in dat doorberekening betekent dat er geen schade is geleden. Indien de benadeelde later of geheel wordt gecompenseerd door doorberekening, doet dit niet af aan het feit dat zij tot dan toe schade heeft geleden voor het volle bedrag. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de doorberekende meerkosten wel van de vergoeding kunnen worden afgetrokken. In **uitspraak 7**⁷⁴ stelt de rechtbank vast dat er ten dele is doorberekend aan de indirecte afnemers. De rechtbank bepaalt dat de omvang van de schade moet worden bepaald tussen wat de benadeelde indertijd heeft betaald en wat zij zou hebben betaald als het kartel er niet was geweest.

3.2.1.6 WAT NOG MEER OPVALT

In deze paragraaf wordt kort besproken wat er buiten de topics is opgevallen. In **uitspraak 6** betoogt de karteldeelnemer dat de benadeelde verplicht zou zijn om de meerkosten door te berekenen aan haar eigen afnemers. De rechtbank acht dit onjuist. In **uitspraak 7** verweert de karteldeelnemer zich tegen de begroting van de schadeomvang van de benadeelde. De rechtbank acht dit onvoldoende gemotiveerd, omdat de karteldeelnemer geen enkel inzicht heeft gegeven in eigen grondstof- en productiekosten. De rechtbank wijst erop dat zij de karteldeelnemer al meer dan vier jaar geleden had laten weten welke stukken zij van haar verwachtte. De rechtbank zal de karteldeelnemer niet alsnog de gelegenheid geven haar verweer behoorlijk te motiveren.

⁷² Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.

⁷³ Rb. Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.

⁷⁴ Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

3.2.2 AANGENOMEN DOORBEREKENINGSVERWEER

In deze deelparagraaf worden de uitspraken besproken waarin het doorberekeningsverweer wordt aangenomen. Het gaat hierbij om vier uitspraken, die hieronder op basis van de toewijzingsgronden zoveel mogelijk worden gerubriceerd.

3.2.2.1 STELPLICHT

In één van de vier uitspraken heeft de karteldeelnemer niet aan de stelplicht voldaan betreft het doorberekeningsverweer. In **uitspraak 3**⁷⁵ oordeelt de rechtbank hierover dat de karteldeelnemers om rechtmatig belang behoeven te hebben, niet volledig aan de op hen rustende stelplicht ter zake het doorberekeningsverweer te hebben voldaan.

3.2.2.2 WIJZE VAN SCHADEBEGROTING

Net zoals in de paragraaf waarin het doorberekeningsverweer werd aangenomen zal hier ook worden ingegaan op de wijze van schadebegroting. In **uitspraak 1**⁷⁶ zijn beide partijen het erover eens dat de schade door middel van concrete schadebegroting met behulp van vermogensvergelijking moet plaatsvinden. De cijfermatige berekening van de meerkosten en de mate van doorberekening worden, op uitdrukkelijk verzoek van partijen, door het hof in het midden gelaten, zodat dit in de schadestaatprocedure aan de orde kan komen. In **uitspraak 4**⁷⁷ oordeelt het gerechtshof dat in de schadestaatprocedure het daadwerkelijke bedrag van de meerkosten met het hypothetische bedrag van wanneer de kartelinbreuk niet zou hebben plaatsgevonden moet worden vergeleken.

3.2.2.3 REDELIJKHEID

Wederom zal naar de invloed van de redelijkheid worden gekeken zodat er een vergelijking kan worden gemaakt met de beoordeling van de redelijkheid van de uitspraken waarin het doorberekeningsverweer niet is aangenomen. In deze categorie betreft het de uitspraken waarin het doorberekeningsverweer als redelijk wordt beoordeeld, waardoor het wordt aangenomen. Zo wordt in **uitspraak 1**⁷⁸ geoordeeld door het gerechtshof dat toekenning van het doorberekeningsverweer voorkomt dat de karteldeelnemer meermaals wordt aangesproken en veroordeeld voor dezelfde schade. In **uitspraak 2**⁷⁹ besluit de Hoger Raad eveneens dat volledige vergoeding van de kartelschade

⁷⁵ Rb. Den Haag, 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

⁷⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

⁷⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

⁷⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

⁷⁹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, (*TenneT/ABB*).

niet mag leiden tot overcompensatie van de afnemer. In **uitspraak 4⁸⁰** grieft de karteldeelnemer bij het gerechtshof betreft het afzien door de rechtbank van het doorberekenningsverweer, omdat het doorberekende gedeelte van de meerkosten volgens de rechtbank in redelijkheid bij de schadeberekening niet in aanmerking dient te worden genomen. De karteldeelnemer motiveert dat het oordeel van de rechtbank onverenigbaar is met het verbod op overcompensatie. Het gerechtshof oordeelt hierover dat de omvang van de schadevergoeding wordt verminderd naar mate van doorberekening naar derden door de benadeelde.

3.2.2.4 CAUSAAL VERBAND

Ook in de uitspraken waarin het doorberekenningsverweer wel wordt aangenomen zal worden gekeken naar het causaal verband. Zo grieft de karteldeelnemer in **uitspraak 2⁸¹** dat de causaliteitsleer onjuist gehanteerd is. De Hoge Raad oordeelt hierover dat beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de karteldeelnemer berust, dat zij redelijkerwijs als gevolg van deze gebeurtenis aan de karteldeelnemer kan worden toegerekend. De vraag of er meerkosten zijn betaald ten gevolge van de inbreuk op het mededingingsrecht door de karteldeelnemer, moet worden verwezen naar een deskundigenonderzoek. In **uitspraak 4⁸²** wordt door de karteldeelnemer betoogd dat er een direct causaal verband moet bestaan tussen het meerkosten en de doorberekening. Het gerechtshof oordeelt dat dit gegrond is en dat de rechter in de schadestaatprocedure dit in de vaststelling van de te vergoeden schade zal moeten betrekken.

3.2.2.5 GELEDEN SCHADE

Ten slotte wordt in deze categorie uitspraken ook gekeken naar de invloed van de doorberekening op de schade. In **uitspraak 1⁸³** oordeelt het gerechtshof dat doorberekening een verlegging van de schade is naar degenen aan wie deze doorberekening plaatsvindt. Indien en voor zover van de prijsopslag sprake zal zijn geweest, is van schade van eiser in zoverre geen sprake meer en is zij door de verhoging van haar prijzen in plaats van toekenning van schadevergoeding schadeloosgesteld. De Hoge Raad oordeelt in **uitspraak 2⁸⁴** de omvang van de het recht van de benadeelde op schadevergoeding moet worden verminderd naar de mate waarin de schade aan derden is

⁸⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

⁸¹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483.

⁸² Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

⁸⁴ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, (*TenneT/ABB*).

doorberekend. Ook in **uitspraak 4**⁸⁵ oordeelt het gerechtshof dat de doorberekening in mindering moet worden gebracht op de omvang van de schadevergoeding. In **uitspraak 7**⁸⁶ oordeelt de rechtbank dat de doorberekening niet wegneemt dat er schade is geleden.

3.2.2.6 WAT NOG MEER OPVALT

Ook in deze paragraaf zal kort worden besproken wat er buiten de topics is opgevallen. In **uitspraak 2**⁸⁷ spreekt de Hoge Raad zich uit over het nadeel dat nog niet of niet geheel is doorberekend of naar redelijke verwachting zal worden doorberekend. De Hoge Raad oordeelt dat er niet genoeg aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat een nog niet doorberekend nadeel in de toekomst zal worden doorberekend, daarom is het een redelijke verwachting dat er van verdere doorberekening in de toekomst geen sprake zal zijn. Het doorberekenningsverweer heeft alleen invloed op de daadwerkelijk doorberekende schade. In **uitspraak 3**⁸⁸ gaat de rechtbank in op de financiële stukken van de benadeelde die de karteldeelnemer nodig heeft voor het doorberekenningsverweer. De rechtbank oordeelt hierover dat de benadeelde er vanaf het begin rekening mee had kunnen en moeten houden dat zij geconfronteerd zou worden met een doorberekenningsverweer. Daarom kan in dit geval in redelijkheid van de afnemer worden verwacht dat zij ervoor zou zorgdragen dat zij de voor een doorberekenningsverweer relevante bescheiden beschikbaar zouden stellen. Het moet de karteldeelnemers niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt om verweer te voeren tegen de vorderingen van de eiser.

3.2.3 NOG NIET BESLOTEN OP HET DOORBEREKENINGSVERWEER

In deze deelparagraaf worden de uitspraken besproken waarin het doorberekenningsverweer wordt aangehouden tot nadere beslissing. Het gaat hierbij om drie uitspraken, die hieronder op basis van de overwegingen zoveel mogelijk worden besproken.

3.2.3.1 STELPLICHT

In **uitspraak 10**⁸⁹ dient de karteldeelnemer te onderbouwen dat eiser haar hogere kosten heeft kunnen doorberekenen. In deze zaak heeft de karteldeelnemer dat niet gedaan. De karteldeelnemer dient haar verweer op het punt van de omvang van de schade nader uit te werken en te onderbouwen,

⁸⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

⁸⁶ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

⁸⁷ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, (*TenneT/ABB*).

⁸⁸ Rb. Den Haag, 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

⁸⁹ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

met inachtneming van de hogere kosten die eiser heeft doorberekend aan opdrachtgevers. De rechtbank houdt de beslissing betreft het doorberekenningsverweer aan.

3.2.3.2 WIJZE VAN SCHADEBEGROTING

In **uitspraak 8**⁹⁰ oordeelt de rechtbank dat de totaalprijs van de overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van de kartelafspraken niet nauwkeurig kan worden vastgesteld vanwege de complexiteit. De omvang van de schade zal moeten worden geschat. In **uitspraak 10**⁹¹ oordeelt de rechtbank dat de omvang van de schade moet worden bepaald door een vergelijking. De schade dient zoveel mogelijk concreet te worden begroot, mits er voldoende aanknopingspunten zijn.

3.2.3.3 GELEDEN SCHADE

In **uitspraak 8**⁹² oordeelt de rechtbank dat de benadeelde in beginsel vergoeding kan vorderen van het verschil tussen de door benadeelde betaalde prijs en de prijs die benadeelde zou moeten betalen in het hypothetische geval er geen kartel was geweest. De omvang van de schade dient te worden bepaald aan de hand van een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest, indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. In **uitspraak 10**⁹³ stelt de rechtbank vast dat het feit dat de afnemer van een tussenschakel heeft gekocht en daarna de meerkosten heeft doorberekend, niet wegneemt dat er schade is geleden.

3.2.3.4 WAT NOG MEER OPVALT

In **uitspraak 9**⁹⁴ stelt de rechtbank voorop dat de karteldeelnemer zelf inzicht moet geven in zijn prijsberekening en kostontwikkeling. Het bevreemdt de rechtbank dat de karteldeelnemer deze bescheiden niet van zijn kartelgenoot kan krijgen. De verzochte aanhouding van de karteldeelnemer betreft de schadeomvang hoeft hiervoor niet te worden aangehouden. In **uitspraak 10**⁹⁵ betreft het eveneens een kwestie omtrent financiële stukken. De benadeelde stelt dat het lastig en kostbaar wordt om de bescheiden betreft de schade te verzamelen. De rechtbank oordeelt hierover dat dit

⁹⁰ Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NLRBGEL:2014:6118.

⁹¹ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

⁹² Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NLRBGEL:2014:6118.

⁹³ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

⁹⁴ Rb. Gelderland, 15 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621.

⁹⁵ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

argument niet op gaat, omdat zij al enige tijd in de gelegenheid waren bescheiden ter onderbouwing van hun vordering te bewaren.

3.2.3.5 DOORBEREKENINGSVERWEER AANGEHOUDEN

In **uitspraak 8**⁹⁶ oordeelt de rechtbank dat het eerst aan benadeelde is om zich over het doorberekeningsverweer uit te laten en om hun schadeopstelling te onderbouwen en zoveel mogelijk gedocumenteerd bij te stellen, dan wel argumenten aan te voeren waarom het doorberekeningsverweer gepasseerd moet worden. De karteldeelnemer kan hier vervolgens op reageren. Het doorberekeningsverweer wordt naar de rol verwezen. In **uitspraak 9**⁹⁷ oordeelt de rechtbank dat het gerechtshof het doorberekeningsverweer nog niet uitputtend heeft behandeld. De rechtbank zal zo spoedig mogelijk over de stelplicht en bewijslast beslissen. In **uitspraak 10**⁹⁸ oordeelt de rechter dat de karteldeelnemer haar verweer op het punt van de omvang van de schade nader dient uit te werken en onderbouwen, met inachtneming van de hogere kosten die eiser heeft doorberekend. De beslissing wordt aangehouden.

3.3 CIJFERS

Hieronder wordt een cijfermatig overzicht gegeven waaruit blijkt op basis van welke feiten en omstandigheden in de onderzochte uitspraken het doorberekeningsverweer is aangenomen of afgewezen. Deze gegevens blijken ook uit **Bijlage I, II en III**. Uit de uitspraken volgt dat:

- Het doorberekeningsverweer in 3 gevallen wordt afgewezen op grond van redelijkheid;
- Het doorberekeningsverweer in 1 geval wordt afgewezen omdat de karteldeelnemer niets heeft gesteld omtrent feiten en omstandigheden waarvan redelijk moet worden bevonden dat het doorberekende deel in mindering moet worden gebracht op de schadevergoeding;
- Het doorberekeningsverweer in 1 geval wordt aangenomen op grond van redelijkheid vanwege het risico dat de karteldeelnemer meerdere malen kan worden aangesproken voor schadevergoeding. Daarbij voorkomt de toepassing van het doorberekeningsverweer overcompensatie van de benadeelde;
- De Hoge Raad oordeelt dat een volledige schadevergoeding niet mag leiden tot overcompensatie, zodat de karteldeelnemer het doorberekeningsverweer mag voeren;

⁹⁶ Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NLRBGEL:2014:6118.

⁹⁷ Rb. Gelderland, 15 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621.

⁹⁸ Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

- Het doorberekenningsverweer wordt in 1 geval aangenomen, omdat de karteldeelnemer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake van doorberekening is geweest;
- Het doorberekenningsverweer wordt in 1 geval naar de rol verwezen omdat beide partijen zich nog moeten uitlaten over het doorberekenningsverweer;
- Het doorberekenningsverweer wordt in 1 geval aangehouden omdat het nog niet uitputtend is behandeld, omdat er nog niet is beslist op de bewijslastverdeling;
- Een beslissing op het doorberekenningsverweer wordt in 1 geval aangehouden omdat de karteldeelnemer niet heeft onderbouwd dat de afnemer de hogere kosten heeft kunnen doorberekenen. De karteldeelnemer dient dit nader uit te werken.

3.4 TUSSENCONCLUSIES

De twee praktische deelvragen worden hier beantwoord. Het betreft hier enerzijds de vraag *Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekenningsverweer aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijkens jurisprudentieonderzoek?* En anderzijds *Onder welke feiten en omstandigheden is het doorberekenningsverweer niet aangenomen voor de hoogte van de schadevergoeding blijkens jurisprudentieonderzoek?* Gelet op het verrichte jurisprudentieonderzoek bestaat tussen de feiten en omstandigheden waarin het doorberekenningsverweer wel wordt aangenomen enerzijds en de feiten en omstandigheden waarin het niet wordt aangenomen anderzijds geen aantoonbaar verschil, waardoor beide deelvragen gelijktijdig beantwoord worden. In paragraaf 3.2 zijn de bevindingen op basis van het jurisprudentieonderzoek duidelijk geworden. Hierbij is aan de hand van vijf topics aangegeven of de aanwezigheid ervan volgens jurisprudentie al dan niet een omstandigheid op kan leveren voor aanvaarding van het doorberekenningsverweer. Omdat de specifieke feiten en omstandigheden eerder besproken zijn, worden hier alleen de feiten aan de hand waarvan, zowel alleen als in samenhang met andere feiten bezien, het doorberekenningsverweer kan worden aangenomen of afgewezen benoemd.

Allereerst blijkt uit jurisprudentie dat indien door de karteldeelnemer niet of onvoldoende gesteld en/of dat gebleken is van doorberekening door de afnemer, geen grond bestaat voor het aannemen van het doorberekenningsverweer. Een dergelijk oordeel wordt om die reden ook gegeven indien de karteldeelnemer zijn stellingen onvoldoende onderbouwd heeft. Ten tweede volgt uit de jurisprudentie dat twee van de drie uitspraken waar het doorberekenningsverweer is afgewezen de schade is begroot op basis van schatting. Volgens de onderzochte jurisprudentie kan het doorberekenningsverweer op twee manieren vanuit de redelijkheid kan worden benaderd. Het

doorberekenningsverweer kan wel redelijk worden geacht wanneer er wordt geoordeeld dat er een risico is dat de karteldeelnemer meermaals kan worden aangesproken voor dezelfde schade en het risico van overcompensatie van de eisende benadeelde in de zaak. Echter, het doorberekenningsverweer kan onredelijk worden geacht wanneer kan worden aangenomen dat een beroep op schadevergoeding door de indirecte afnemers niet zal gebeuren, gezien de bewijsproblematiek, verjaring en de geringe strooischade. Ook wordt overcompensatie niet onredelijk geacht wanneer de schadevergoeding ten goede zal komen van de eindgebruiker. Voor verrekening van het doorberekende deel en de schadevergoeding is een voldoende causaal verband vereist. Indien er sprake is van een geregleerde afzetmarkt, waarop de tarieven inclusief de doorberekening worden bepaald door de overheid bestaat er een causaal verband. Hoewel er sprake kan zijn van een voldoende nauw verband kan het doorberekenningsverweer op grond van redelijkheid worden afgewezen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat het doorberekenningsverweer verschillend kan worden beoordeeld ten opzichte van de geleden schade. In de uitspraken waarin het doorberekenningsverweer wordt aangenomen, wordt de doorberekende schade gezien als een verlegging van schade naar indirecte afnemers. Er is dan geen sprake meer van schade bij de directe afnemer van het kartel of de schadevergoeding moet worden verminderd naar gelang de schade is doorberekend. In de uitspraken waarin het doorberekenningsverweer wordt afgewezen laat de doorberekening onverlet dat er schade is geleden door de afnemer.

Ten slotte is opgevallen dat nadeel dat nog niet geheel is doorberekend of naar verwachting nog zal worden doorberekend hier geen rekening mee wordt gehouden bij de schadebegroting indien daar geen voldoende aanknopingspunten zijn. Het doorberekenningsverweer heeft derhalve alleen invloed op de daadwerkelijk doorberekende schade. Tevens is gebleken dat de financiële bescheiden betreft de omvang van de schade niet altijd kunnen worden beoordeeld, omdat partijen deze niet beschikbaar stellen. Dit resulteert in aanhoudingen van beslissingen of onvoldoende motivatie van het doorberekenningsverweer.

4 CONCLUSIES

Nu de deelvragen beantwoord zijn, kunnen de conclusies van dit afstudeeronderzoek worden gegeven om vervolgens te komen tot een antwoord op de centrale vraag:

Wat kan Zippro Meijer Advocaten haar cliënten adviseren over het doorberekenningsverweer bij een vordering tot schadevergoeding op grond van kartelschade, blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?

Op basis van het wet- en literatuuronderzoek en het jurisprudentieonderzoek is duidelijk geworden, dat in een schadeprocedure op grond van een kartelinbreuk, het doorberekenningsverweer door de karteldeelnemer gevoerd kan worden. Hiertoe is vereist dat de veroorzaakte meerkosten door de afnemer van het kartel zijn doorberekend. Een succesvol doorberekenningsverweer zorgt ervoor dat elke benadeelde per niveau in de distributieketen geen hogere vergoeding krijgt dan de daadwerkelijk geleden schade. Derhalve is het noodzakelijk dat de indirecte afnemer ook schadevergoeding vordert. De karteldeelnemer kan vervolgens ook tegen de indirecte afnemer het doorberekenningsverweer voeren.

Het doorberekenningsverweer kan basis van twee manieren benaderd worden. Allereerst kan dit op basis van de voordeelstoerekening, te weten artikel 6:100 BW. Ook kan het doorberekenningsverweer worden benaderd via de schadetoerekening te vinden in de artikelen 6:95-6:97 BW. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat beide benaderingen niet wezenlijk van elkaar verschillen. De rechter mag met inachtneming van het partijendebat bepalen welke van de twee benaderingen hij volgt bij de beoordeling van het doorberekenningsverweer.

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat het doorberekenningsverweer op basis van verschillende feiten en omstandigheden kan worden aangenomen of afgewezen. Zo is gebleken dat in de gevallen dat door de karteldeelnemer niet of onvoldoende gesteld en/of wanneer sprake is van doorberekening, geen grond bestaat voor aanvaarding van het doorberekenningsverweer. Indien stellingen onvoldoende onderbouwd worden, wordt eenzelfde oordeel gegeven.

Daarnaast is gebleken dat een voldoende causaal verband vereist is tussen de veroorzaakte meerkosten en de doorberekening om het doorberekenningsverweer aan te nemen. Echter kan aan dit causaal verband voorbij worden gegaan als het doorberekenningsverweer onredelijk is. Deze onredelijkheid kan onder meer blijken uit de volgende omstandigheden. Het gaat hierbij ten eerste

om de kans dat de indirecte afnemers zelf een procedure tot schadevergoeding zullen starten. Wanneer aannemelijk is dat dit niet zal gebeuren door bijvoorbeeld strooischade waarvan de verhaalbaarheid klein is, zal het doorberekenningsverweer worden afgewezen.

Ook wanneer de benadeelde de schadevergoeding ten goede zal laten komen van de eindgebruikers draagt dit bij aan een afwijzing van het doorberekenningsverweer. Overcompensatie van de benadeelde afnemer wordt dan niet meer onredelijk geacht. Jegens de onredelijkheid van het doorberekenningsverweer kan het verweer redelijk worden geacht wanneer dit leidt tot overcompensatie van de directe afnemer. Ook wanneer het risico bestaat dat de karteldeelnemer meerdere malen kan worden aangesproken door directe afnemer en de indirecte afnemers, kan het doorberekenningsverweer redelijk worden geacht. De redelijkheid van het doorberekenningsverweer leidt tot de toewijzing ervan.

Ten slotte is het van belang dat de karteldeelnemer dan wel de benadeelde de financiële stukken verzamelen en bewaren die van belang zijn voor de begroting van de schade en/of de doorberekening. Indien er meer inzicht is in de financiële onderbouwingen kan de doorberekening sneller worden aangetoond of worden weerlegd. Dit voorkomt aanhouding van de uitspraak.

Interpretatie en verantwoording

Hoewel de resultaten over het doorberekenningsverweer niet eenduidig zijn, is het voor opdrachtgever Zippro Meijer Advocaten voldoende duidelijk welke feiten en omstandigheden van belang zijn wanneer zij te maken krijgt met het doorberekenningsverweer. Het is aan de rechter een eenduidige maatstaaf te creëren inzake het doorberekenningsverweer. Tot die tijd zijn de resultaten, die leiden tot aanbevelingen in hoofdstuk 5, praktisch bruikbaar zijn voor de opdrachtgever. Daarmee is de doelstelling van dit onderzoeksrapport grotendeels bereikt.

5 AANBEVELINGEN

In dit laatste hoofdstuk worden, op basis van de bevindingen van het onderzoek, praktisch bruikbare aanbevelingen gegeven aan de opdrachtgever. In de gevallen waar al dan niet geadviseerd moet worden over het doorberekenningsverweer, worden aanbevelingen gegeven. Dit gebeurt eerst voor de gevallen waarin karteldeelnemers worden bijgestaan en vervolgens voor de gevallen waarin afnemers van het kartel worden bijgestaan.

Aanbevelingen ten behoeve van karteldeelnemers

Voor de gevallen waarin de opdrachtgever karteldeelnemers bijstaat c.q. adviseert, wordt voor wat betreft toekenning van het doorberekenningsverweer:

- Allereerst wordt aanbevolen om alle financiële stukken te verzamelen en te bewaren waarin aanknopingspunten kunnen worden gevonden betreft de (toekomstige) doorberekening;
- Vraag daarbij tijdig de benodigde stukken van de afnemers op;
- Daarnaast wordt aanbevolen aan de stelplicht te voldoen, bovendien dient dit voldoende onderbouwd te worden;
- Verder wordt aanbevolen om het verband tussen de meerkosten en de doorberekening in kaart te brengen. Een kortdurende kartelinbreuk maakt het onwaarschijnlijk dat er in korte tijd is doorberekend door de benadeelde. Tevens kan worden gesteld dat doorberekening op een zeer concurrerende markt onmogelijk is;
- Betreft de keuze van de rechter, met inachtneming van het partijendebat, over het schadeverweer en de voordeelstoerekening, wordt aanbevolen zoveel mogelijk argumenten voor beide benaderingen aan te leveren;
- Ten slotte wordt aanbevolen om in de toekomstige jurisprudentie in de gaten te houden wanneer er wel en niet voldoende causaal verband is tussen de doorberekening en de veroorzaakte meerkosten.

Aanbevelingen ten behoeve van afnemers van een kartel

Voor de gevallen waarin de opdrachtgever afnemers van een kartel bijstaat c.q. adviseert wordt voor afwijzing van het doorberekenningsverweer:

- Allereerst wordt aanbevolen om financiële stukken te verzamelen en bewaren betreffende de schadebegroting;

- Ten tweede wordt geadviseerd de haalbaarheid van compensatie van álle benadeelden te onderzoeken. De redelijkheidstoets kan leiden tot afwijzing van het doorberekenningsverweer, wanneer de vergoeding aan alle benadeelden in de keten haalbaarder of vollediger is;
- Ten derde wordt aanbevolen de strooischade te onderzoeken. Wanneer de strooischade groot is en de verhaalbaarheid klein, is het onredelijk om het doorberekenningsverweer aan te nemen;
- Betreft de keuze van de rechter, met inachtneming van het partijendebat, over het schadeverweer en de voordeelsberekening, wordt aanbevolen zoveel mogelijk argumenten voor beide benaderingen aan te leveren.
- Ten slotte wordt aanbevolen om in de toekomstige jurisprudentie in de gaten te houden wanneer er wel en niet voldoende causaal verband is tussen de doorberekening en de veroorzaakte meerkosten.

5.1 BEANTWOORDING VAN DE CENTRALE VRAAG

Samenvattend leidt dit tot de volgende beantwoording van de centrale vraag:

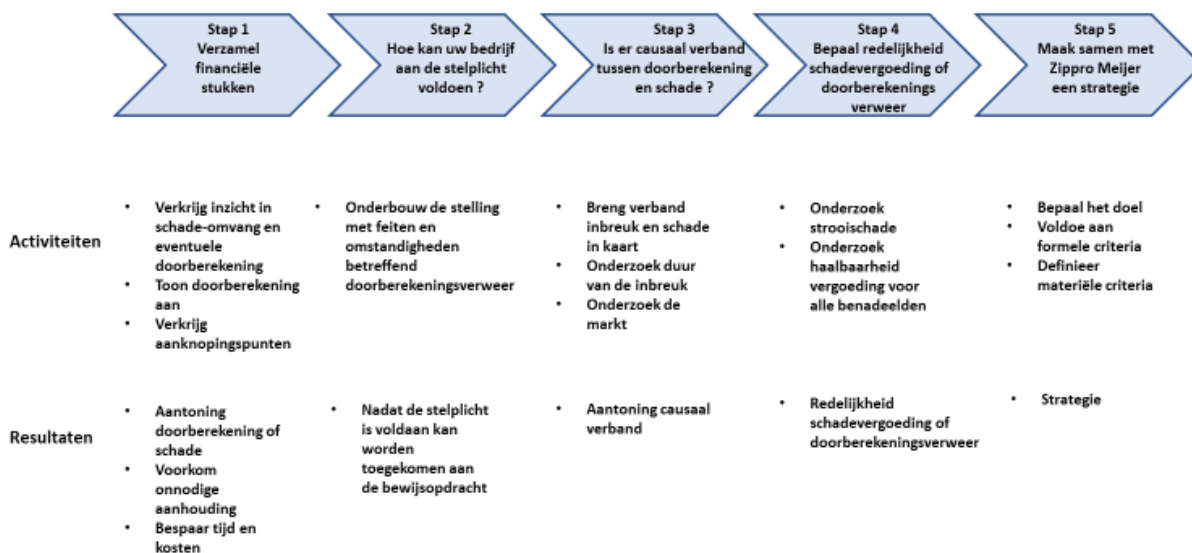
Wat kan Zippro Meijer Advocaten haar cliënten adviseren over het doorberekenningsverweer bij een vordering tot schadevergoeding op grond van kartelschade, blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?

Antwoord: Een advies aan een cliënt van Zippro Meijer is, om tijdens de voorbereidingsfase van een civiele kartelschadeprocedure, samen het volgende 5-stappenplan te doorlopen:

- stap 1: verzamel de financiële stukken die kunnen wijzen op doorberekening
- stap 2: hoe kan het bedrijf van de klant aan de stelplicht voldoen?
- stap 3: toon een causaal verband tussen doorberekening en de schade aan
- stap 4: bepaal de redelijkheid van schadevergoeding of doorberekenningsverweer
- stap 5: maak samen met Zippro Meijer een strategie

Hieronder een grafisch overzicht van deze 5 stappen, de activiteiten die per stap worden uitgevoerd en de verwachte resultaten per stap:

Vorbereidingsfase Doorberekenningsverweer in 5-stappen



LITERATUURLIJST

Boeken

A

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte. 6. Verbintenissenrecht. Deel II*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen*. Deventer: Kluwer 2017.

Z

Zippro 2009

E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Artikelen

B

Boom, van, WPNR 2016/7127

W.H. van Boom, 'Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490', *WPNR* 2016/7127.

Braat, NtEr 2013/9

B. Braat, 'Kartelschade in Nederland, een eerste aanzet', *NtEr* 2013/9.

Bredenoord-Spoek & De Jong, M&M 2018/1

M. Bredenoord-Spoek & S. de Jong, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2017', *M&M* 2018/1.

E

Evans *NtEr* 2011

S.J.H. Evans 'Biertje? Het Gerecht verlaagt de boetes in het Nederlands bierkartel', *NtEr* 2011/8.

H

Hartlief, *WPNR* 2008/6772

T. Hartlief, 'Handhaving in het privaatrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 2008/6772.

Houdijk & Schäfers, *O&F* 2015/1

J. Houdijk & T. Schäfers, 'Private enforcement van het mededingingsrecht: de toekomst van schadevergoedingsprocedures voor kartelschade in Nederland', *O&F* 2015/1.

K

Keirse & Van Kogelenberg, *Contracteren* 2016/4

A.L.M. Keirse & M. van Kogelenberg, 'Schadebegroting bij een doorberekenningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening', *Contracteren* 2016/4.

L

Leuken, van, *WPNR* 2007/6734

R.W.E. van Leuken, 'Zo. Nu eerst een passing-on verweer? (I)', *WPNR* 2007/6734.

Ligteringen 2016

I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht* (Serie Onderneming & Recht Deel 96), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, deel B34), Deventer: Kluwer 2014.

M

Meijer, *M&M* 2014/5

R. Meijer, 'Prijsvorming onder de paraplu van het kartel: aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor schade door 'umbrella pricing'?', *M&M* 2014/5.

Meijer, *Contracteren* 2018/1

R. Meijer, 'Follow-on schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht: van law in the books naar law in action'. *Contracteren* 2018/1.

Meijer & Zippro, *M&M* 2016/6

R. Meijer & E.-J. Zippro, 'Elk nadeel heb z'n voordeel': (bewijslast)problematiek rondom het passing-on verweer in kartelschadezaken', *M&M* 2016/6.

Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/10

J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, '*TenneT/ABB*: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht', *MvV* 2016/10.

O

Oude Elferink & Braat, *NtEr* 2014/7

E. Oude Elferink & B. Braat, 'De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels', *NtEr* 2014/7.

S

Stein, *NTBR* 2017/8

D. Stein, 'Doorberekening van kartelschade', *NTBR* 2017/8.

V

Visser & Winters, *SEW* 2015/7

M. Visser & J.K. Winters, 'Berekening van schadevergoedingen in kartelzaken', *SEW* 2015/7.

W

Wiel, van der, *NJB* 2009/600

B. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht. Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', *NJB* 2009/600.

Z

Zippro, *MvV* 2015/12

E.-J. Zippro, 'Het voorontwerp van de implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht', *MvV* 2015/12.

Zippro & Meijer, *MvV* 2015/4

E.-J. Zippro & R. Meijer, 'Lang verwacht, stilgezwegen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *MvV* 2015/4.

Zoeteman, *AA* 2017/5

S.S. Zoeteman, 'De implementatie van de richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht', *AA* 2017/5.

Internetbronnen

Bousie 2015

H. Bousie, *Kartelschade krijgt wettelijk kader*, 13 oktober 2015
<https://www.bureaubrandeis.com/kartelschade-krijgt-een-wettelijk-kader/>

Broekman e.a. 2018

M. Broekman en M. van de Sanden, *Het doorberekeningsverweer ('passing-on') in kartelschadezaken: Europese Commissie vraagt advies over conceptrichtsnoeren*, 1 augustus 2018
<https://birdbuzz.nl/praktijkgebieden/competition/het-doorberekeningsverweer-passing-on-in-kartelschadezaken-europese-commissie-vraagt-advies-over-conceptrichtsnoeren/>

Jongmans 2017

M.W.J. Jongmans, *BNR interviewt BANNING over Truckkartel*, 17 juni 2017
<https://www.banning.nl/publicaties/bnr-interviewt-banning-over-truckkartel/>

Linssen 2017

N. Linssen, *Forse boete Scania voor deelname truckkartel*, 28 september 2017

<https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/forse-boete-scania-voor-deelname-truckkartel/>

Regelgeving, parlementaire stukken & overig

Implementatiewet Richtlijn

Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, *Stb* 2017/28.

Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3 (MvT)

Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van 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 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3.

Praktische Gids

Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2013, C167/19), p. 11; Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2013, C-167/19).

Richtlijn 2014/104/EU

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, L349/1).

Strooischaderapport

W.H. van Boom e.a., *Strooischade. Een verkennend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken*, z.p.: 2009.

JURISPRUDENTIELIJST

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, (*TenneT/ABB*).

Hof Amsterdam, 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876.

Rb. Noord-Nederland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNONE:2013:BZ0403.

Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118.

Rb. Gelderland, 15 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621.

Rb. Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.

Rb. Den Haag, 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

Rb. Amsterdam, 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682.

Rb. Rotterdam, 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

BIJLAGEN

BIJLAGE I - DOORBEREKENINGSVERWEER AANGENOMEN

BIJLAGE II - DOORBEREKENINGSVERWEER NIET AANGENOMEN

BIJLAGE III - DOORBEREKENINGSVERWEER NOG NIET UITPUTTEND BEHANDELD