



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Doorrekenen na doorberekening

Hoe kan een beroep op het volume-effect gekwalificeerd worden na TenneT/ABB en omzetting van Richtlijn 2014/104/EU?

Merel Livestro (13417673) (merel.livestro@student.uva.nl)

*Privaatrechtelijke rechtspraak | Begeleider: Dr. Ernst Gras
Inleverdatum: 30 juni 2021*

Abstract

Wanneer een directe afnemer schadevergoeding vordert van een karteldeelnemer, kan laatstgenoemde sinds het arrest *TenneT/ABB* en de daaropvolgende omzetting van de Richtlijn 2014/104/EU een doorberekeningsverweer voeren. Het accepteren van het doorberekeningsverweer is omstreden: er kleven niet alleen praktische, maar ook dogmatische bezwaren aan. In de Verenigde Staten is het doorberekeningsverweer verworpen, omdat het bewijzen van doorberekening en het aantonen van de omvang daarvan een onoverkomelijk obstakel in de procedure zou vormen. Vanuit Nederland klonk ook kritiek op het verweer. Zo is betoogd dat de mogelijkheid voor de gelaedeerde om door hem betaalde meerkosten door te berekenen aan zijn eigen afnemers, een omstandigheid is waar de inbreukmaker buiten behoort te staan.

Toch moet worden uitgegaan van de situatie zoals deze nu is. In 2016 werd in het voetspoor van de Richtlijn in *TenneT/ABB* door de Hoge Raad bevestigd dat het voeren van een doorberekeningsverweer mogelijk is, en dat dit zowel via de weg van schadebegroting als via de weg van voordeelstoerekening kan worden gedaan. In 2017 is de Richtlijn omgezet; sindsdien heeft het doorberekeningsverweer een wettelijke basis in artikel 6:193p BW. De belangrijkste reden voor het accepteren van het doorberekeningsverweer in de Europese Unie is de doelstelling van volledige compensatie. Daarmee wordt bedoeld dat de gelaedeerde niet minder, maar ook niet meer schadevergoeding ontvangt van de inbreukmaker dan dat hij schade heeft geleden.

Of dit doel met het valide achten van het doorberekeningsverweer ook wordt bereikt, is nog maar de vraag. Er ontbreekt namelijk een cruciaal stuk van de puzzel. De economische theorie leert ons dat wanneer de prijs omhooggaat, dit in het algemeen een drukkend effect op het verkochte volume en daarmee de omzet heeft. Dit wordt ook wel geduid als het volume-effect. Over het volume-effect is noch in de Richtlijn noch in de Nederlandse wet duidelijk geregeld hoe dit ingebed dient te worden en wie de stelplicht en bewijslast draagt. Tot op heden is het volume-effect in de nog schaarse jurisprudentie over het doorberekeningsverweer ook opvallend weinig aan bod gekomen.

Voor het inpassen van het volume-effect in de juridische structuur zijn op papier drie mogelijkheden. Allereerst kan een beroep op het volume-effect worden gekwalificeerd als een zelfstandige vordering tot schadevergoeding. In reactie op een doorberekeningsverweer kan

het daarnaast gezien worden als een gemotiveerde betwisting van de gestelde schadevermindering. Ten slotte zou het volume-effect onderdeel kunnen worden gemaakt van het doorberekenningsverweer, waardoor dit verweer genuanceerder wordt. In deze scriptie worden aan de hand van de criteria volledige compensatie (A), eerlijke bewijslastverdeling (B) en afschrikkende werking (C), de verschillende mogelijkheden voor het inbedden van het volume-effect geëvalueerd. Daarnaast wordt ook de momenteel prevalerende manier waarop met het volume-effect wordt omgegaan, te weten dit geheel achterwege laten in de procedure, besproken aan de hand van de drie genoemde criteria. De evaluatie leidt tot de conclusie dat het genuanceerde doorberekenningsverweer de voorkeur verdient.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	p. 4
2.	Methodologie	p. 6
3.	Doorberekeningsverweer	p. 8
3.1	Achtergrond: privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht	p. 8
3.2	Doorberekeningsverweer: kritiek uit binnen- en buitenland	p. 9
3.3	Inhoud van Richtlijn 2014/104/EU	p. 14
3.4	Het doorberekeningsverweer in Nederland	p. 15
4.	Volume-effect	p. 20
4.1	(Gebrek aan een duidelijke) wettelijke regeling over het volume-effect	p. 20
4.2	Volume-effect: hoe, wanneer en hoe groot?	p. 21
4.3	Buitenlandse rechtspraak over het volume-effect vóór Richtlijn	p. 22
4.4	Verwachtingen voor mogelijke inbedding na Richtlijn	p. 24
5.	Criteria ter evaluatie	p. 25
5.1	De drie criteria	p. 25
	A) Volledige compensatie	p. 25
	B) Eerlijke bewijslastverdeling	p. 26
	C) Afschrikkende werking	p. 27
5.2	Onderlinge samenhang criteria	p. 28
6.	Evaluatie verschillende opties voor inbedden volume-effect	p. 29
6.1	Opbouw van de evaluatie	p. 29
6.2	Volume-effect als zelfstandige vordering tot schadevergoeding	p. 29
6.3	Volume-effect als gemotiveerde betwisting van doorberekeningsverweer	p. 31
6.4	Volume-effect als onderdeel van doorberekeningsverweer	p. 34
6.5	Volume-effect geheel achterwege laten	p. 35
6.6	Aanbeveling op basis van evaluatie: genuanceerd doorberekeningsverweer	p. 36
7.	Conclusie	p. 37
I.	Bibliografie	p. 39

1. Inleiding

Wie schade lijdt ten gevolge van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht heeft recht op volledige vergoeding van die schade: niet minder, maar ook niet meer. Volledige vergoeding voor gelaedeerden is één van de doelen van de Richtlijn inzake schadevergoeding in mededingingszaken (hierna: de Richtlijn).¹ In Nederland strekt schadevergoeding ertoe de gelaedeerde in de toestand te brengen waarin hij zou verkeren als de inbreuk op het mededingingsrecht achterwege was gebleven.² Hoewel de rechten van de door een kartel benadeelde afnemer beschermd worden, mag dus ook geen sprake zijn van overcompensatie. Om overcompensatie te voorkomen, is het voor de karteldeelnemer mogelijk een doorberekenningsverweer te voeren dat, kort gezegd, de stelling inhoudt dat de benadeelde geen of minder schade heeft geleden omdat hij zelf óók zijn prijzen heeft verhoogd en daarmee de schade heeft verlegd naar zijn eigen afnemers, die mogelijk op hun beurt ook hun prijzen verhogen. In Nederland werd dit met het oog op de op dat moment nog om te zetten Richtlijn erkend door de Hoge Raad in het arrest *TenneT/ABB* van 8 juli 2016, maar is het doorberekenningsverweer inmiddels ook opgenomen in artikel 6:193p BW.

Het is de vraag of het accepteren van het doorberekenningsverweer eigenlijk wel wenselijk is. Daarbij gaat het om fundamentele kritiek, die door onder andere Bloembergen is geuit. Hij betoogde dat de schade geleden door meerkosten en het doorberekenen losstaan van elkaar: het is aan de directe afnemer, die in eerste instantie schade lijdt, hoe hij die schade in zijn bedrijf opvangt.³ Ook kleven er praktische bezwaren aan het doorberekenningsverweer, die voor de *U.S. Supreme Court* aanleiding vormden om het verweer te verwerpen. Zo zou het een ‘*insurmountable task*’ zijn om het bedrag van doorberekening aan te tonen, en is het hoogst twijfelachtig of de indirecte afnemers daadwerkelijk een vordering zouden instellen tegen de karteldeelnemer voor de (door de directe afnemer naar hen verlegde) schade.⁴

Ondanks deze bezwaren zullen we uit moeten gaan van de situatie zoals deze nu is, met het doorberekenningsverweer als geaccepteerd verweer. Volgens de Hoge Raad kan het verweer zowel worden gevoerd via de schadebegroting van artikelen 6:95-97 BW als via de

¹ Richtlijn 2014/104/EU, art. 3(1) en 3(3).

² Asser/Sieburgh 6-II 2017/31.

³ Bloembergen 1965, nr. 230, p. 331-332.

⁴ *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); *Mobley* 2003, par. 11.

voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW.⁵ Op het eerste gezicht lijkt het te gaan om een eenvoudige rekensom: meerkosten – doorberekening = schade. Vanuit economisch perspectief valt daar echter wat op af te dingen, en niet alleen omdat het om een zeer complexe economische analyse gaat. Immers, wanneer de afnemer zijn prijzen verhoogt, zal hij dikwijls minder verkopen. Doorberekening heeft een drukkend effect op het verkochte volume. Wie A zegt moet ook B zeggen: als doorberekening van de schade wordt afgetrokken, moet het volume-effect daar vervolgens weer bij worden opgeteld. De rekensom is dus: meerkosten – doorberekening + volume-effect = schade.⁶ Aan het volume-effect is tot op heden weinig aandacht besteed, zowel door de (Europese) wetgever als in de rechtspraak.⁷ En hoewel het bestaan ervan economisch gezien buiten twijfel staat, is het kwantificeren van het volume-effect – net als het kwantificeren van meerkosten en doorberekening – lastig.⁸ Voor het leveren van bewijs zullen economische experts moeten worden ingehuurd, waardoor er een flink prijskaartje hangt aan het vaststellen van de omvang van de geleden schade. Daarnaast is aan de bewijslast het bewijsrisico verbonden. Om die redenen is de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rusten zeer relevant.

Voor het inbedden van een beroep op het volume-effect zijn vier opties. Ten eerste is het mogelijk dat het beroep als zelfstandige vordering voor winstderving wordt ingekleed. Het zou dan aan de benadeelde zijn om dit te stellen en bewijzen volgens artikel 150 Rv. Een tweede mogelijkheid is dat een beroep op het volume-effect heeft te gelden als een betwisting van de vermeende schadevermindering door doorberekenen. Ook dan ligt het initiatief bij de eiser. Een derde mogelijkheid is om het volume-effect onderdeel te maken van het doorberekeningsverweer. De karteldeelnemer zal dan moeten stellen en bewijzen dat er sprake was van doorberekening, waarvan het voordeel niet (geheel) teniet is gedaan door een drukkend effect op het verkochte volume. Een vierde optie is om volume-effecten compleet buiten beschouwing te laten, zoals nu in de praktijk vaak gebeurt.

Deze scriptie evalueert de mogelijkheden voor het inpassen van een beroep op het volume-effect naar Nederlands recht. Daartoe wordt eerst de gebruikte methodologie besproken in hoofdstuk 2. Vervolgens gaat hoofdstuk 3 in op het doorberekeningsverweer. Daarbij staan centraal het debat rondom de rechtvaardiging daarvan, de Europese Richtlijn, en

⁵ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2015/295 (*TenneT/ABB*).

⁶ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

⁷ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 269; Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

⁸ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 7.

hoe het doorberekeningsverweer in Nederland materieelrechtelijk is ingebed. Daarna wordt het volume-effect besproken in hoofdstuk 4. Het concept ‘volume-effect’ wordt geduid en de samenhang met doorberekening wordt toegelicht. Ook komt Duitse en Spaanse rechtspraak over het volume-effect aan bod. Vervolgens worden in hoofdstuk 5 de criteria toegelicht aan de hand waarvan de mogelijke inbeddingen van het volume-effect worden beoordeeld. Deze beoordeling geschiedt in hoofdstuk 6.

2. Methodologie

Het doel van deze scriptie is het schetsen van de mogelijkheden voor het juridisch inbedden van het volume-effect in de context van een eventueel beroep op het doorberekeningsverweer door de inbreukmaker. De verschillende mogelijkheden worden met elkaar vergeleken op basis van in deze scriptie opgestelde criteria, welke deels vanuit een intern perspectief en deels vanuit een extern perspectief zijn geformuleerd.⁹ Dit geheel moet worden gezien in het licht van de doelstellingen van het Nederlandse schadevergoedingsrecht en van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de Europese Unie.

Om dit doel te bereiken worden verschillende methodologieën gebruikt, die hieronder kort worden besproken. De hierop volgende hoofdstukken 3 en 4 zijn hoofdzakelijk beschrijvend van aard en bevatten positieve analyse.¹⁰ In die hoofdstukken worden respectievelijk het doorberekeningsverweer en het volume-effect beschreven. Daartoe wordt gebruik gemaakt van verschillende wijzen van interpretatie: grammaticaal, systematisch, teleologisch en jurisprudentieel.¹¹ Ook wordt enige aandacht besteed aan de economische theorie over (de gevolgen van) doorberekening van meerkosten. Omdat geen economisch *onderzoek* wordt uitgevoerd als onderdeel van deze scriptie, wordt ook geen methodologie uit dit vakgebied gebruikt.

Het tweede deel van deze scriptie, bestaande uit de hoofdstukken 5 en 6, is evaluerend van aard. Deze hoofdstukken bevatten normatieve analyse.¹² De evaluatie zal ten eerste zien op de beantwoording van de vraag in hoeverre de mogelijke inpassingen van het volume-effect in de juridische structuur tegemoetkomen aan de doelstellingen van het Nederlands

⁹ Hutchinson & Duncan, *Deakin Law Review* 2012/17, p. 114.

¹⁰ Van Boom, *TvPr.* 2013/1, p. 5.

¹¹ Kestemont 2016, p. 129.

¹² Van Boom, *TvPr.* 2013/1, p. 5.

schadevergoedingsrecht en van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de Europese Unie. Daarnaast wordt bekeken in hoeverre deze mogelijkheden recht doen aan de feitelijke situatie die ontstaat na doorberekening volgens de economische theorie. Voor deze evaluatie is het opstellen van de evaluatiecriteria van groot belang.¹³ Dit wordt gedaan in hoofdstuk 5. Er is gekozen voor criteria van zowel interne als externe aard: volledige compensatie (A), eerlijke bewijslastverdeling (B) en afschrikkende werking (C). Deze scriptie stelt zich immers ten doel de verschillende mogelijkheden voor inbedding te beoordelen, door niet alleen te onderzoeken in hoeverre zij consistent zijn met de relevante Europese en Nederlandse wetgeving, maar ook in hoeverre zij recht doen aan de (economische) realiteit. De criteria worden geconcretiseerd en per criterium wordt besproken hoe de evaluatie aan de hand daarvan plaatsvindt.¹⁴

In hoofdstuk 6 worden de verschillende mogelijkheden beoordeeld aan de hand van de criteria. De auteur is zich ervan bewust dat de door haar opgestelde evaluatiecriteria geen absolute draagwijdte toekomen: de beoordeling vindt plaats in een welbepaalde context.¹⁵ Ook is de evaluatie afhankelijk van het gewicht dat wordt toegekend aan elk van de criteria. Beide punten kunnen van invloed zijn op de uitkomst van de evaluatie. Hoewel de verschillende mogelijkheden geëvalueerd worden, wordt er daarom niet één aangewezen die absoluut gezien het meest wenselijk is. Er kan enkel uitspraak worden gedaan over welke mogelijkheid op basis van de opgestelde criteria de voorkeur verdient.

Alvorens over te gaan tot de evaluatie van de verschillende mogelijkheden voor het inpassen van een beroep op het volume-effect, is het noodzakelijk een goed begrip te hebben van het doorberekeningsverweer, in het licht van de doelstellingen van het Nederlandse schadevergoedingsrecht en de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de Europese Unie. Hoofdstuk 3 is gewijd aan het bespreken daarvan.

¹³ Kestemont 2016, p. 146.

¹⁴ Kestemont 2016, p. 148.

¹⁵ Kestemont 2016, p. 150.

3. Doorberekingsverweer

3.1 *Achtergrond: privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*

Het mededingingsrecht kan binnen de Europese Unie publiekrechtelijk, privaatrechtelijk en strafrechtelijk gehandhaafd worden. Vanuit de economische theorie verdient privaatrechtelijke handhaving in beginsel de voorkeur.¹⁶ De gelaedeerde heeft schade ondervonden en heeft daardoor ook een prikkel om zijn schade te verhalen. Theorie en praktijk bleken echter uiteen te lopen: in 2009 constateerde Zipro dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in Nederland (en de rest van de Europese Unie) onvoldoende effectief was.¹⁷ In een in opdracht van de Europese Commissie geschreven rapport over de stand van zaken werd zelfs gesproken van ‘*total underdevelopment*’.¹⁸ Het rapport noemt een aantal oorzaken van deze *underdevelopment*, waaronder de juridische basis, bevoegde rechter, bewijslastproblematiek en schadevergoeding.¹⁹

De Commissie zag hierin aanleiding om over te gaan tot wetgeving, en op 26 november 2014 werd de Richtlijn inzake schadevergoeding in mededingingszaken aangenomen. Opgemerkt zij dat Nederland zich al enkele jaren aan het bewijzen was als (relatief) aantrekkelijke jurisdictie voor privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de Europese Unie.²⁰ In de aanloop naar de invoering van de Richtlijn heeft het doorberekingsverweer – vooral in het buitenland²¹ – veel aandacht genoten.²² Hoewel het verweer onderwerp is van aanhoudende discussie, staat vast dat doorberekening in de praktijk plaatsvindt. Uit onderzoek van Harris & Sullivan blijkt dat de prijsverhoging van inbreukmakers door directe afnemers dikwijls wordt doorberekend aan volgende afnemers.²³ Over het antwoord op de vraag hoe de omvang van de doorberekening kan worden berekend, bestaat echter geen consensus.²⁴ Het gaat om onzichtbare beschadiging van het vermogen, die zal moeten worden geschat met behulp van economische analyse op basis van aannames,

¹⁶ Zipro 2008, p. 161.

¹⁷ Zipro 2008, p. 169.

¹⁸ Zipro 2008, p. 169.

¹⁹ Zipro 2008, p. 170.

²⁰ Drijber, *Ondernemingsrecht* 2016/124, p. 620.

²¹ Van Boom, *AA* 2017, p. 43.

²² Zipro & Meijer, *MvV* 2015/13, p. 121.

²³ Zipro 2008, p. 411.

²⁴ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 40.

schattingen en met gebruik van bandbreedtes.²⁵ Hierbij spelen verschillende factoren – mogelijk, want ook hierover bestaat discussie – een rol, zoals de structuur van de markt,²⁶ de prijselasticiteit van vraag en aanbod²⁷ en de substitueerbaarheid van een product.²⁸ Dit debat leidt in ieder geval tot de conclusie dat het berekenen van doorberekening een zeer complexe taak is.²⁹ De keuze die de wetgever maakt voor het al dan niet accepteren van het doorberekeningsverweer is dus niet alleen gebaseerd op harde cijfers, maar heeft voor een deel te maken met beleidsoverwegingen.³⁰

In dit hoofdstuk zal eerst worden beargumenteerd dat het doorberekeningsverweer niet geaccepteerd had moeten worden. Voor die opvatting valt in de eerste plaats steun te vinden in de argumenten van de Amerikaanse *Supreme Court*, maar ook in de Nederlandse literatuur is dit standpunt verdedigd. De argumenten tegen het accepteren van het doorberekeningsverweer zullen worden besproken. Echter moet worden uitgegaan van de situatie zoals deze is, wat betekent dat uit moet worden gegaan van de situatie waarin het doorberekeningsverweer is geaccepteerd. Daarom wordt vervolgens ingegaan op rechtvaardigingen voor het accepteren van het doorberekeningsverweer. Ook de precieze inhoud van de Richtlijn wordt doorgenomen. Ten slotte wordt het doorberekeningsverweer besproken in de Nederlandse context, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan het arrest *TenneT/ABB* van 8 juli 2016 en de daaropvolgende schadestaatprocedure. Zodoende beoogt dit hoofdstuk de juridische context te schetsen waarin het volume-effect zijn plek dient te vinden, tegen de achtergrond van de gekozen beleidslijn, hetgeen centraal staat in de hierop volgende hoofdstukken van deze scriptie.

3.2 Doorberekeningsverweer: kritiek uit binnen- en buitenland

Voor het verwerpen van het doorberekeningsverweer zijn zowel praktische als dogmatische argumenten aan te voeren. In de Verenigde Staten is het doorberekeningsverweer niet geaccepteerd, overwegend vanwege praktische bezwaren. De *U.S. Supreme Court* oordeelde

²⁵ Kartelschade (O&R nr. 108) 2019/6.1; Van Boom, AA 2017, p. 41.

²⁶ Harris & Sullivan, *University of Pennsylvania Law Review* 1979/128, p. 269.

²⁷ Harris & Sullivan, *University of Pennsylvania Law Review* 1979/128, p. 269.

²⁸ Cooter, *University of Pennsylvania Law Review* 1981/129, p. 1524.

²⁹ Bovis & Clarke, *Liverpool Law Review* 2015/36, p. 59.

³⁰ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 40.

in het standaardarrest *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp.* dat de inbreukmaker zich niet mag verweren tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de directe afnemer de te hoge prijs heeft doorberekend of zou kunnen hebben doorberekend aan zijn klanten, de indirecte afnemers.³¹ De *Supreme Court* overweegt daartoe:

‘We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this defense. A wide range of factors influence a company’s pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot be measured after the fact; indeed a businessman may be unable to state whether, [392 U.S. 481, 493] had one fact been different (a single supply less expensive, general economic conditions more buoyant, or the labor market tighter, for example), he would have chosen a different price. Equally difficult to determine, in the real economic world rather than an economist’s hypothetical model, is what effect a change in a company’s price will have on its total sales. Finally, costs per unit for a different volume of total sales are hard to estimate. Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable.’³² [onderstreping toegevoegd]

Vervolgens overweegt de *Supreme Court* dat gedaagden in mededingingsrechtelijke zaken veelvuldig een beroep op het doorberekeningsverweer zouden doen als dit geaccepteerd zou worden.³³ Daarnaast wordt in twijfel gebracht of de uiteindelijke (en dus indirecte) afnemers, oftewel consumenten, wel effectieve handhavers zijn: zij zouden ‘*only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action*’³⁴ hebben. In het arrest *Illinois Brick* van de *U.S. Supreme Court* is uitgesloten dat indirecte afnemers (op federaal niveau) schadevergoeding kunnen vorderen van de inbreukmaker. De *Supreme Court* erkent derhalve de mogelijkheid van doorberekening, maar onderstreept hoe moeilijk het is om vast te stellen of, en zo ja in hoeverre, doorberekening heeft plaatsgevonden.

³¹ Zippro 2008, p. 394.

³² *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); Mobley 2003, par. 11.

³³ *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); Mobley 2003, par. 11.

³⁴ *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); Mobley 2003, par. 11.

De gebruikte argumenten tegen het accepteren van het doorberekeningsverweer zien dus met name op de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving. Wellicht komt deze pragmatische insteek ten dele door ervaring: de Verenigde Staten kent een lange traditie van private claims.³⁵ Maar naast deze ‘praktische’ kant kan worden gewezen op een fundamentele reden, die ook het verschil met de Europese aanpak verklaart. In de Verenigde Staten wordt bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht meer belang gehecht aan het afschrikkende karakter van vorderingen.³⁶ Het moeten betalen van schadevergoeding dient dan ook in de eerste plaats ter afschrikking en wordt gezien als handhavinginstrument.³⁷ De aanpak in de Verenigde Staten kent ook nadelen. Ten eerste kan het afwijzen van het doorberekeningsverweer leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de directe afnemer.³⁸ Ten tweede kan kritiek worden geleverd vanuit het perspectief van *corrective justice*.³⁹ Deze vorm van rechtvaardigheid vereist dat de geleden schade en de te betalen schadevergoeding gelijk zijn.⁴⁰

In Europa overheerst de compensatoire doelstelling.⁴¹ De keuze voor juist dit uitgangspunt vindt onder andere haar grondslag in Europese rechtscultuur en tradities.⁴² Het verschil met de Amerikaanse aanpak kan mede worden gevonden in verschillende visies op het schadevergoedingsrecht. Volgens Van Boom valt van de hierboven besproken Amerikaanse instrumentele visie de klassieke visie op het schadevergoedingsrecht te onderscheiden. Volgens de klassieke visie dient het schadevergoedingsrecht als middel om het vermogen van de benadeelde zoveel als mogelijk te brengen in de staat waarin het zou verkeren als de onrechtmatige gedraging niet had plaatsgevonden.⁴³ Vanuit deze visie kan zowel het accepteren als het verwerpen van het doorberekeningsverweer worden verdedigd. Hieronder wordt ingegaan op argumenten voor verwerping van het doorberekeningsverweer binnen de Europese en Nederlandse kaders.

Volledige vergoeding in de context van schadevergoedingsvorderingen werd reeds

³⁵ Maier-Rigaud, Milde & Bönisch, *Quantification of Damage on Both Sides of the Atlantic: What's the Difference?* (SSRN Scholarly Paper), Rochester, NY: Social Science Research Network 2016, p. 2.

³⁶ Zipro 2008, p. 395.

³⁷ Ligteringen 2016, p. 223.

³⁸ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 43.

³⁹ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 43.

⁴⁰ Loth, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015/22, p. 792.

⁴¹ Ligteringen 2016, p. 223.

⁴² Zipro 2008, p. 180.

⁴³ Van Boom, *AA* 2017, p. 44.

voor de invoering van de Richtlijn gehanteerd in jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁴⁴ In de Richtlijn is expliciet geregeld dat geen sprake mag zijn van overcompensatie.⁴⁵ Het Europees Parlement waarschuwde in de aanloop naar de Richtlijn dat Europa moest waken voor ‘Amerikaanse toestanden’.⁴⁶ In het geval van doorberekening is het vanuit dat opzicht niet alleen van belang dat de directe afnemer niet te veel krijgt vergoed, maar ook dat afnemers verderop in de keten hun schade vergoed kunnen krijgen. Volgens de Europese Commissie wordt schade veroorzaakt door een schending van artikel 101 VWEU vaak over een groot aantal benadeelden verdeeld.⁴⁷ Het accepteren van het doorberekeningsverweer voorkomt dat de inbreukmaker meerdere malen aansprakelijk wordt gesteld voor dezelfde schade.⁴⁸

Is deze benadering daadwerkelijk te verkiezen boven de ‘Amerikaanse toestanden’? Binnen Europa werden voor het inwerkingtreden van de Richtlijn verschillende mogelijke problemen rondom het doorberekeningsverweer besproken in de literatuur. Zo is het lokaliseren van de schade bij doorberekening geen eenvoudige taak, zeker niet in geval van een langere distributieketen.⁴⁹ Naast deze praktische kant, zou het accepteren van het doorberekeningsverweer kunnen leiden tot *underdeterrence* en ongerechtvaardigde verrijking van de inbreukmaker.⁵⁰ Betoogd kan worden dat het risico op ongerechtvaardigde verrijking van de inbreukmaker groter is bij acceptatie van het doorberekeningsverweer dan de kans op ongerechtvaardigde verrijking van de directe afnemer bij de afwijzing daarvan.⁵¹ Een reden daarvoor is het feit dat de directe afnemer mogelijk geen procedure wil starten tegen de inbreukmaker omwille van de handelsrelatie. Door het accepteren van het doorberekeningsverweer wordt de kans daarop enkel vergroot; de mogelijk te ontvangen schadevergoeding is namelijk lager.⁵²

Zoals hierboven reeds is aangestipt, kan vanuit de klassieke visie op het schadevergoedingsrecht ook *tegen* het accepteren van het doorberekeningsverweer worden

⁴⁴ Zippo & Meijer, *MvV* 2015/13, p. 122. Specifiek kan worden gewezen op HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Jur. 2001, p. I-6297 (Courage/ Crehan).

⁴⁵ Richtlijn 2014/104/EU, art. 3(3).

⁴⁶ Oude Elferink & Braat, *NtEr* 2014/4, p. 218.

⁴⁷ Ligteringen 2016, p. 154.

⁴⁸ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 41.

⁴⁹ Zippo 2008, p. 411.

⁵⁰ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 41.

⁵¹ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 41.

⁵² Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 41.

geargumenteerd. Deze kritiek is van fundamentele aard. Het wel of niet (deels) afwentelen van de geleden schade door prijzen te verhogen is volgens deze visie een omstandigheid waar de inbreukmaker buiten behoort te staan. Bloembergen merkt in dit verband het volgende op:

‘In dit soort gevallen is de mogelijkheid van afwenteling een omstandigheid, waar de aansprakelijke persoon buiten behoort te staan. Het is hier de benadeelde, die in eerste instantie schade lijdt; hoe hij die schade - of schades van die soort - in zijn bedrijf opvangt, is zijn zaak.’⁵³

Deze visie verzet zich derhalve tegen de gedachte dat het doorberekende bedrag als vorm van ‘voordeel’ voor de gelaedeerde kan worden gekwalificeerd dat direct verbonden is met het hebben betaald van de meerprijs. Ook Zippro was deze mening toegedaan. Hij betoogde dat een inbreukmaker het doorberekeningsverweer niet zou kunnen voeren via de voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW, omdat het voordeel niet automatisch voortvloeit uit het nadeel: de afnemer moet zelf actief besluiten de meerprijs (al dan niet gedeeltelijk) door te berekenen.⁵⁴

Nu het gaat om eigen handelen van de gelaedeerde, zou ook gedacht kunnen worden aan een beroep op eigen schuld ex artikel 6:101 BW in de context van het doorberekeningsverweer en het volume-effect. Als de gelaedeerde (minder) had doorberekend had hij wellicht minder schade geleden door het drukkende effect dat prijsverhoging heeft op volume (waarover in hoofdstuk 4 meer).⁵⁵ Volgens Zippro moet een dergelijk beroep worden afgewezen. De prijsverhoging zal namelijk (al dan niet op basis van verkeersopvattingen) niet toerekenbaar zijn aan de gelaedeerde. Immers, er bestaan redelijke gronden voor de gelaedeerde om door te berekenen. Daarnaast brengt de billijkheidscorrectie met zich mee dat, gelet op de ernst van een schending van het mededingingsrecht, de door het doorberekenen ontstane schade niet tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de inbreukmaker mag leiden.⁵⁶ Ook gelet op artikel 6:101 BW wringt het doorberekeningsverweer systematisch gezien. Desalniettemin moet Nederland in de Europese pas lopen.

De aard van de bezwaren tegen het accepteren van het doorberekeningsverweer lopen uiteen; er zijn zowel praktische bezwaren (‘doorberekening is zeer moeilijk te berekenen’) als

⁵³ Bloembergen 1965, nr. 230, p. 331-332.

⁵⁴ Zippro 2008, p. 398.

⁵⁵ Zippro 2008, p. 399.

⁵⁶ Zippro 2008, p. 400.

fundamentele bezwaren (‘doorberekening vloeit niet direct voort uit het moeten betalen van meerkosten’). Ondanks deze bezwaren, heeft de Europese Commissie ervoor gekozen het doorberekeningsverweer te accepteren en dit expliciet te regelen in de Richtlijn. De precieze inhoud daarvan wordt in de volgende paragraaf besproken.

3.3 Inhoud van Richtlijn 2014/104/EU

De algemene doelstelling van de Richtlijn is om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te bevorderen.⁵⁷ Sterk verweven met de toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer, is de (on)mogelijkheid voor indirecte afnemers om de inbreukmaker te dagvaarden.⁵⁸ Gelet op het doel van volledige schadevergoeding is deze tweede vraag een onmisbaar deel van de puzzel. Als de gelaedeerde (de directe afnemer) de prijsverhoging heeft doorberekend, heeft hij zijn schade immers (deels) verlegd naar de indirecte afnemers. Uiteindelijk heeft de Commissie gekozen voor het volgende. Het doorberekeningsverweer is een valide verweer en zowel directe als indirecte afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden.⁵⁹ Ook de Nederlandse regering steunde deze keuze.⁶⁰

Wat is er concreet opgenomen in de Richtlijn over het doorberekeningsverweer? De bepalingen over het doorberekenen van de meerkosten zijn opgenomen in hoofdstuk 4 van de Richtlijn. In artikel 12(1) is bepaald dat zowel directe als indirecte afnemers van een inbreukpleger schadevergoeding kunnen vorderen. De rechter kan slechts een vergoeding toekennen tot de hoogte van de schade die de gelaedeerde door de inbreuk heeft geleden. Artikel 12(3) bepaalt dat “*Het recht van een benadeelde partij om in geval van winstderving door een volledige of gedeeltelijke doorberekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, [...] door dit hoofdstuk onverlet [wordt] gelaten.*” Dit artikellid erkent de mogelijkheid dat door doorberekening niet alleen schade wordt verlegd, maar ook schade ontstaat. In artikel 13 wordt het doorberekeningsverweer als ‘schild’⁶¹ voor de inbreukmaker erkent als een valide verweer. De bewijslast dat de meerkosten door de directe afnemer zijn doorberekend wordt uitdrukkelijk bij de inbreukmaker gelegd. In artikel 14 wordt

⁵⁷ Zippro & Meijer, *MvV* 2015/13, p. 114.

⁵⁸ Zippro 2008, p. 223.

⁵⁹ Zippro 2008, p. 420.

⁶⁰ Zippro 2008, p. 424.

⁶¹ Zippro 2008, p. 392.

de spiegelzijde van artikel 13 geregeld: indirecte afnemers kunnen het doorberekeningsverweer als ‘zwaard’⁶² gebruiken in een schadevorderingsprocedure tegen de inbreukmaker. Opvallend is dat de indirecte afnemers hierbij een bewijsvermoeden ten dienste hebben staan, terwijl de inbreuknemers dit niet hebben. Artikel 16 verwijst naar de Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd, welke in 2019 zijn gepubliceerd.

3.4 *Het doorberekeningsverweer in Nederland*

In Nederland was al voor de inwerkingtreding van de Richtlijn relatief veel activiteit op het gebied van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht; gesteld is wel dat mede daarom niet alle artikelen uit de Richtlijn omzetting behoeften.⁶³ In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht benadrukt de wetgever de compensatoire doelstelling van schadevergoeding en dat het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht volledige vergoeding is, en niet meer dan dat.⁶⁴ Daarnaast overweegt zij dat het doorberekeningsverweer “*het voor een inbreukpleger mogelijk [maakt] om aan te tonen dat de benadeelde de door hem aan de inbreukpleger betaalde meerkosten heeft doorberekend aan zijn afnemers. In dat geval heeft de benadeelde geen schade geleden voor zover hij de meerkosten heeft doorberekend*”⁶⁵. In artikel 6:193p BW is opgenomen dat een inbreukmaker een doorberekeningsverweer kan voeren. In artikel 6:193q BW is het bewijsvermoeden voor de indirecte afnemer in een procedure tegen de inbreukpleger opgenomen. Hoewel in de tweede volzin van artikel 13 Richtlijn de bewijslast van doorberekening expliciet op de verweerder wordt gelegd, behoeft dit volgens de wetgever geen implementatie. Deze bewijslastverdeling zou reeds volgen uit artikel 150 Rv.⁶⁶ Voor de uitkomst van de procedure kan het al dan niet dragen van de bewijslast in het algemeen, maar ook bij het doorberekeningsverweer in het bijzonder, van groot belang zijn voor de uitkomst van de procedure. Immers, de juridische beoordeling van doorberekening vereist een complexe

⁶² Zippro 2008, p. 392.

⁶³ Maier-Rigaud, Milde & Bönisch, *Quantification of Damage on Both Sides of the Atlantic: What's the Difference?* (SSRN Scholarly Paper), Rochester, NY: Social Science Research Network 2016, p. 8.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT), p. 6, 9. Zie voor het schadevergoedingsrecht in het algemeen ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/31.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT), p. 6, 9.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT), p. 6, 9.

feitelijke en economische analyse.⁶⁷

In de literatuur bestond discussie over de wijze waarop het doorberekeningsverweer moet worden beoordeeld: in het kader van vermogensvergelijking ex artikelen 6:95-97 BW of in het kader van voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW.⁶⁸ Dit leek relevant, omdat de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie strengere eisen stelde aan causaliteit bij voordeelstoerekening dan bij schadebegroting.⁶⁹ Voor toepassing van artikel 6:100 BW moet sprake zijn van ‘eenzelfde gebeurtenis’. Daarnaast geldt een (aanvullende) redelijkheidstoets, die een sterk met de feiten verweven normatief oordeel vereist en zich daardoor moeilijk in algemene gezichtspunten laat vatten.⁷⁰ In die zin kan worden gesteld dat voordeelstoerekening minder voorspelbaar is dan schadebegroting. Ook is de bewijslastverdeling anders. Bij schadebegroting ex artikelen 6:95-97 jo. 6:98 BW rusten de stelplicht en bewijslast op de eiser. Bij voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW rusten deze juist op de karteldeelnemer.⁷¹ Om deze redenen leek het doorberekeningsverweer kansrijker als het zou worden beoordeeld als onderdeel van schadebegroting in plaats van als beroep op voordeelstoerekening.

De discussie werd beslecht door de Hoge Raad in het arrest *TenneT/ABB*. Het werd gewezen vóór de implementatie van de Richtlijn, maar de Hoge Raad hield wel expliciet rekening met de op dat moment nog om te zetten Richtlijn.⁷² Hoewel het arrest wat betreft het accepteren van het doorberekeningsverweer haar directe relevantie heeft verloren nu dit inmiddels wettelijk is geregeld in artikel 6:193p BW, is het arrest wel degelijk belangrijk voor de inbedding van het verweer en de daaraan verbonden bewijslast.⁷³

De zaak betrof het volgende. In 2010 hebben TenneT TSO BV en Saranne BV (hierna gezamenlijk: TenneT) ABB BV en ABB Ltd (hierna gezamenlijk: ABB) aansprakelijk gesteld voor door haar geleden schade ten gevolge van deelname van ABB aan een kartel op het gebied van gasgeïsoleerd schakelmateriaal (GGS). Voor deze procedure had de Europese Commissie vastgesteld dat 11 ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81 EG-Verdrag (thans

⁶⁷ Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 36.

⁶⁸ Zie onder meer Hartlief, *WPNR* 2008/6772; Bloembergen 1965; Van der Wiel, *NJB* 2009; Meijer & Zippro, *M&M* 2016/19; Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14 en Keirse en Van Kogelenberg, *Contracteren* 2016.

⁶⁹ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 262. Zie onder meer HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, *NJ* 2000/275 (*De Preter/Van Uiter*) en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, *NJ* 2011/43 (*Vos/TSN*).

⁷⁰ Engelen en Keirse, *TVP* 2017/2, p. 29.

⁷¹ Zippro & Meijer, *MvV* 2015/13, p. 225.

⁷² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2015/295 (*TenneT/ABB*), ro. 4.3.4.

⁷³ Drijber, *Ondernemingsrecht* 2016/124, p. 628.

artikel 101 VWEU) door het verdelen van de GGS-markt en prijsafspraken te maken, van 15 april 1988 tot 2 maart 2004.⁷⁴ Omdat ABB Ltd als eerste inlichtingen aan de Commissie had verschaft over de kartelinbreuk, verkreeg zij volledige boete-immuniteit.⁷⁵ De kartelinbreuk had volgens TenneT het gevolg dat zij te veel had betaald voor haar GGS-installatie. Voor die schade vordert zij schadevergoeding.

ABB voerde in eerste aanleg een doorberekeningsverweer. De rechtbank Oost-Nederland merkt dit aan als een beroep op voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW.⁷⁶ De rechtbank gaat niet mee in het doorberekeningsverweer op basis van de (aanvullende) redelijkheidstoets van dit artikel.⁷⁷ Het hof meent daarentegen dat het doorberekeningsverweer juist moet worden beoordeeld in het kader van vermogensvergelijking ex artikelen 6:95-97 BW. Het hof komt tot de conclusie dat voor zover TenneT het door haar geleden nadeel heeft doorberekend aan haar afnemers zij geen schade heeft geleden.⁷⁸ TenneT komt tegen deze oordelen op in cassatie. Verrassend genoeg geeft de Hoge Raad beide partijen en instanties gelijk: de beoordeling van toerekening van voordeel (in casu door doorberekening) kan materieelrechtelijk gezien zowel plaatsvinden binnen het schadebegrip als in het kader van voordeelstoerekening. De Hoge Raad impliceert dat in beide benaderingen de rechter een doorberekeningsverweer kan passeren indien het gezien de feiten en omstandigheden niet redelijk is om de doorberekende kosten causaal toe te rekenen aan de mededingingsinbreuk.⁷⁹

Wat voor gevolgen heeft deze gelijktrekking van het schadebegrip en het beroep op voordeelstoerekening op de bewijslastverdeling? In artikel 13 van de Richtlijn is de bewijslast van het doorberekenen neergelegd bij de inbreukmaker. In beginsel gelden volgens de Hoge Raad bij het schadebegrip de gewone bewijsregels (waarbij met name op artikel 150 Rv te wijzen valt).⁸⁰ Maar op basis van artikel 6:97 BW is de rechter ook bevoegd de schade te begroten ‘*op de wijze die met de aard van de schade in overeenstemming is*’, aldus nog steeds de Hoge Raad.⁸¹ Dit zou de rechter voldoende ruimte geven om de stelplicht en bewijslast van de feiten die ten grondslag liggen aan het doorberekeningsverweer bij de aansprakelijke partij

⁷⁴ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2015/295 (*TenneT/ABB*), ro. 3.1.

⁷⁵ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 263.

⁷⁶ Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, ro. 4.30.

⁷⁷ Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, ro. 4.32.

⁷⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, ro. 3.32.

⁷⁹ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 267.

⁸⁰ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2015/295 (*TenneT/ABB*), ro. 4.4.4.

⁸¹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2015/295 (*TenneT/ABB*), ro. 4.4.4.

te leggen.⁸² Gelet op artikel 13 van de Richtlijn had deze overweging wellicht beter negatief geformuleerd kunnen worden: er is *geen* ruimte voor de rechter om de stelplicht en bewijslast van genoemde feiten bij de gelaedeerde te leggen. Zippro en Meijer wijzen erop dat het met het oog op de rechtszekerheid onjuist is dat artikel 13 van de Richtlijn niet is omgezet.⁸³ Het arrest was zo bezien een gemiste kans om die rechtszekerheid toch te verschaffen. Daarnaast had de overweging preciezer geformuleerd kunnen worden: het is niet artikel 6:97 BW dat ‘voldoende ruimte biedt’ voor een dergelijke bewijslastverdeling, maar artikel 150 Rv, welk artikel niet in de rechtsoverweging wordt genoemd. Artikel 6:97 BW ziet immers slechts op de wijze waarop de rechter de schade begroot. Lindenbergh leest het arrest dan ook zo, dat de Hoge Raad bedoelt artikel 150 Rv richtlijnconform te interpreteren en daarom een ‘bijzondere regel’ als bedoeld in dat artikel introduceert voor dergelijke gevallen.⁸⁴

Inmiddels loopt de schadestaatprocedure van *TenneT/ABB*. Op 29 maart 2017 deed de rechtbank Gelderland uitspraak. Zij beet hiermee het spits af wat betreft de toepassing van het doorberekeningsverweer.⁸⁵ De rechtbank maakt niet duidelijk of zij de weg van het schadebegrip dan wel van de voordeelstoerekening kiest. Beide wegen zouden tot dezelfde uitkomst moeten leiden, maar Sinninghe Damsté en Thuijs noemen het onbenoemd laten toch ongelukkig voor de duidelijkheid en controleerbaarheid van het vonnis, er moet immers wel een keuze voor één van beide zijn gemaakt.⁸⁶

De rechtbank interpreteert de door de Hoge Raad over het doorberekeningsverweer geformuleerde rechtsregels zo, dat moet worden beoordeeld “*of de door de benadeelde van een inbreukmaker betaalde meerkosten aantoonbaar zijn doorberekend aan de afnemers van die benadeelde en of er een zodanig verband is tussen die meerkosten en de doorberekening daarvan dat het doorberekende gedeelte redelijkerwijs als schade van die afnemers moet worden aangemerkt en niet meer als schade van de benadeelde aan de inbreukmaker kan worden toegerekend.*”⁸⁷ De rechtbank neemt aan dat er aantoonbaar is doorberekend, namelijk geleidelijk door afschrijvingen aan TenneTs afnemers.⁸⁸ Wat betreft het tweede gedeelte overweegt de rechtbank als volgt. Bij een willekeurige onderneming is het causaal verband

⁸² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2015/295 (*TenneT/ABB*), ro. 4.4.4.

⁸³ Zippro & Meijer, *MvV* 2015/13, p. 226.

⁸⁴ Noot Lindenbergh bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, par. 11.

⁸⁵ Noot Sinninghe Damsté & Thuijs bij Rb Gelderland 29 maart 2017, *JOR* 2017/188, par. 1.

⁸⁶ Noot Sinninghe Damsté & Thuijs bij Rb Gelderland 29 maart 2017, *JOR* 2017/188, par. 7.

⁸⁷ Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.13.

⁸⁸ Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.14.

tussen meerkosten op de vaste activa en de doorberekening van een afschrijving daarop in de afnemersprijzen te ver verwijderd om *in zijn algemeenheid* te oordelen dat de verhoging van de afnemersprijzen redelijkerwijs moet worden afgetrokken van de aan de inbreukmaker toe te rekenen schade.⁸⁹ In casu kan echter wel worden uitgegaan van een voldoende nauw causaal verband tussen de meerkosten en de doorberekening daarvan in de afnemersprijzen, omdat het niet gaat om een vrije markt, maar om een gereguleerde markt.⁹⁰ De rechtbank oordeelt vervolgens dat het doorberekende gedeelte niet redelijkerwijs moet worden afgetrokken van de door ABB aan TenneT te betalen schadevergoeding.⁹¹ Bij de beoordeling daarvan beschouwt de rechtbank, in navolging van de Hoge Raad, het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en de strekking van de Richtlijn als maat- en richtinggevend.⁹² Deze beginselen houden in dat regels ter handhaving van Europees recht niet ongunstiger mogen zijn dan regels die gelden voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat het nationale procesrecht de uitoefening van het Unierecht niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk mag maken (doeltreffendheidsbeginsel).⁹³

Kort gezegd onderbouwt de rechtbank haar oordeel met de volgende drie argumenten. Ten eerste kunnen, als het doorberekeningsverweer wordt gehonoreerd, uitsluitend de eindgebruikers zich op ABB verhalen en de kans dat dat zal gebeuren is nagenoeg verwaarloosbaar. Dit argument vindt weerklank in de literatuur.⁹⁴ De overweging is opvallend, nu een reden voor het accepteren van het doorberekeningsverweer op Europees niveau juist was dat ook indirecte afnemers, waaronder consumenten, hun schade vergoed kunnen krijgen. Ten tweede komt volgens de rechtbank de aan TenneT uit te keren schadevergoeding uiteindelijk aan alle Nederlandse burgers ten goede en daarmee grosso modo ook aan de gedupeerde eindgebruikers. Ten slotte heeft ABB al kwijtschelding gekregen van de door de Europese Commissie opgelegde boete.⁹⁵ Sinninghe Damsté en Thuijs lieten zich in hun noot bij het vonnis kritisch uit over deze overwegingen. Tegen het vonnis is hoger beroep ingesteld, dat op moment van schrijven nog in behandeling is bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

⁸⁹ Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.15.

⁹⁰ Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.16.

⁹¹ Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.22.

⁹² Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, ro. 4.17.

⁹³ Ligteringen 2016, p. 233.

⁹⁴ Mahler, *MP* 2017, p. 37.

⁹⁵ Noot Sinninghe Damsté & Thuijs bij Rb Gelderland 29 maart 2017, *JOR* 2017/188, par. 8.

In zijn tussenvonnis van 29 mei 2018 bepaalt het gerechtshof voornemens te zijn een deskundigenonderzoek te gelasten.⁹⁶

Het arrest *TenneT/ABB* en de daaropvolgende schadestaatprocedure tonen een aantal van de praktische moeilijkheden aan die het accepteren van het doorberekeningsverweer met zich meebrengt. Hoewel in de literatuur de mogelijkheid was besproken dat het volume-effect aan bod zou komen in de schadestaatprocedure⁹⁷, was dat in het vonnis niet het geval. Het volume-effect is in *TenneT/ABB* ook minder relevant, mede omdat het gaat om een gereguleerde markt.⁹⁸ Toch biedt het arrest vanwege de geschapen duidelijkheid over de materieelrechtelijke inbedding van het doorberekeningsverweer en de daaraan verbonden bewijslast de noodzakelijke context voor de mogelijke inpassing van het volume-effect in de juridische structuur. Het volgende hoofdstuk is niet gewijd aan de juridische context, maar aan het economische begrip ‘volume-effect’ en de samenhang met doorberekening.

4. Volume-effect

4.1 (Gebrek aan een duidelijke) wettelijke regeling over het volume-effect

De Richtlijn erkent in artikel 12(3) de mogelijkheid dat doorberekening niet alleen schade verlegt, maar ook zelf nieuwe schade veroorzaakt. Het recht van de gelaedeerde om ingeval van winstderving door volledige of gedeeltelijke doorberekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, wordt volgens het artikellid onverlet gelaten door hoofdstuk 4 van de Richtlijn over doorberekening, waar genoemd artikel deel van uitmaakt. De Nederlandse wetgever achtte implementatie van dit artikellid niet nodig, omdat het op grond van het Nederlands burgerlijk recht reeds mogelijk is voor eenieder die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht een vordering in te stellen tegen de veroorzaker van die schade.⁹⁹ Deze overweging maakt evenwel nog niet duidelijk hoe een beroep op het volume-effect moet worden ingebed en wat de daaraan verbonden bewijslastverdeling is.

In dit hoofdstuk wordt eerst de samenhang tussen doorberekening en het volume-effect

⁹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876, dictum.

⁹⁷ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 269.

⁹⁸ Weber 2019, p. 11.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT), p. 9.

vanuit de economische theorie geschetst. Vervolgens wordt besproken hoe rechters in het buitenland zijn omgesprongen met het volume-effect vóór de invoering van de Richtlijn. Ten slotte worden de mogelijkheden voor het inbedden van het volume-effect benoemd.

4.2 *Volume-effect: hoe, wanneer en hoe groot?*

Om recht te doen aan het doel van volledige compensatie in de context van schade geleden door een schending van het mededingingsrecht zijn drie componenten relevant: meerkosten, doorberekening en volume-effect.¹⁰⁰ De relatie tussen de componenten kan als volgt worden samengevat: waar meerkosten zijn, is (enige) doorberekening en waar doorberekening is, is (enig) volume-effect. In kartelzaken op basis van het recht in lidstaten vóór de Richtlijn, ging de meeste aandacht uit naar de component ‘meerkosten’. Doorberekening werd af en toe behandeld en het volume-effect slechts zelden.¹⁰¹ De twee laatstgenoemde werden ook vaak behandeld als twee aparte schadecomponenten.¹⁰² Zodoende is er een discrepantie tussen de economische realiteit en de juridische benadering. Inmiddels wordt steeds meer geaccepteerd dat in het licht van de doelstelling van volledige compensatie ook het volume-effect moet worden meegenomen.¹⁰³ In de Richtsnoeren voor de rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd uit 2019 (hierna: de Richtsnoeren) wordt de raming van het volume-effect “*even essentieel als de raming van het door de berekening veroorzaakte prijseffect*” genoemd, voor zover de afnemer schadevergoeding vordert voor gederfde winst ten gevolge van het volume-effect, om over- of ondercompensatie te voorkomen.¹⁰⁴ In de Richtsnoeren wordt vreemd genoeg echter ook overwogen dat “*een eiser in sommige gevallen geen vergoeding voor winstderving ten gevolge van het volume-effect kan eisen omdat dit veel te complex zou worden.*”¹⁰⁵

Vooropgesteld moet dus worden dat het uitvoeren van de economische analyse een zeer complexe opgave is. Voor de doeleinden van deze scriptie is een uitgebreide weergave van alle mogelijke scenario’s niet noodzakelijk, en wordt volstaan met het bespreken van het algemene

¹⁰⁰ Weber, *European Competition Law Journal* 2020/16, p. 571.

¹⁰¹ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

¹⁰² Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p.3.

¹⁰³ Noble & Lauer, *CLPD* 2018, p. 37.

¹⁰⁴ Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 134.

¹⁰⁵ Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 4.

oorzakelijk verband tussen de drie componenten.¹⁰⁶ Alleen al de eerste stap van de berekening, het vaststellen van de meerkosten, vereist ingewikkelde economische analyse en het meewegen van verschillende factoren, zoals het aantal karteldeelneemers, hun grootte en hun marktaandeel en de lengte en het type inbreuk op het mededingingsrecht.¹⁰⁷ Ook het berekenen van de doorberekening is niet eenvoudig, en vereist zowel feitelijk bewijs als kwantitatieve analyse. Vooral de mate van concurrentie en het gedeelte van de afnemersmarkt dat geraakt is door de inbreuk spelen een rol bij de hoogte van doorberekening.¹⁰⁸

Wanneer een onderneming haar prijzen verhoogt, zal het verkochte volume van het betreffende product in de regel afnemen. Het kwantificeren van het volume-effect is uitermate complex. Het hangt niet alleen af van de meerkosten en doorberekening, maar ook van de prijselasticiteit van de vraag naar het product in kwestie en de winstmarge daarop.¹⁰⁹ De prijselasticiteit van de vraag geeft aan met welk percentage de gevraagde hoeveelheid verandert bij een prijsstijging van één procent.¹¹⁰ Er zal geen volume-effect zijn als de vraag naar een product of dienst compleet inelastisch is, want in dat geval heeft een prijsverhoging geen drukkend effect op het verkochte volume.¹¹¹ Wat betreft de winstmarge, gaat het om de winstmarge in het nulscenario, dat wil zeggen de hypothetische situatie waarin geen inbreuk heeft plaatsgevonden.¹¹² Hoewel deze economische analyses complex zijn (en er ook geen consensus bestaat over één juiste methode voor analyse), valt uit het voorgaande toch één duidelijke conclusie te trekken: in veel kartelschadezaken waarin doorberekening een rol speelt, zal er sprake zijn van een volume-effect.

4.3 *Buitenlandse rechtspraak over het volume-effect vóór Richtlijn*

Desalniettemin is rechtspraak over het volume-effect schaars, niet alleen in Nederland, maar ook daarbuiten.¹¹³ Mogelijk kan dit worden verklaard door de complexiteit van de vereiste analyse. Toch is het volume-effect in een aantal jurisdicties aan bod gekomen reeds vóór de

¹⁰⁶ Zie voor een uitgebreide analyse onder meer: Hellwig 2006; Verboven & Van Dijk, *The Journal of Industrial Economics* 2009/57.

¹⁰⁷ Noble & Lauer, *CLPD* 2018, p. 31.

¹⁰⁸ Noble & Lauer, *CLPD* 2018, p. 33.

¹⁰⁹ Noble & Lauer, *CLPD* 2018, p. 36.

¹¹⁰ Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 146.

¹¹¹ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 5.

¹¹² Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 65, 148.

¹¹³ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

inwerkingtreding van de Richtlijn. In zowel Duitsland als Spanje werd het volume-effect behandeld niet als component van de schadebegroting waar de gelaedeerde zich op moest beroepen, maar als onderdeel van het doorberekeningsverweer. Ondanks het feit dat deze zaken temporeel niet worden bestreken door de Richtlijn, bieden zij inspiratie voor de mogelijke inpassingen van een beroep op het volume-effect in de Nederlandse juridische structuur.

De meest bekende uitspraak over het volume-effect is de ORWI-uitspraak van 2011 van het *Bundesgerichtshof* in Duitsland. Deze zaak betrof een follow-on procedure gerelateerd aan zelf-kopiërend papier.¹¹⁴ De verweerder beriep zich op het doorberekeningsverweer, maar dit werd hem niet gemakkelijk gemaakt door de Duitse rechter. Het *Bundesgerichtshof* oordeelde dat de verweerder die zich op een doorberekeningsverweer beroept ook moet aantonen dat het doorberekenen van de meerprijs geen nadeel opleverde voor de afnemer, in het bijzonder in de vorm van het afnemen van de vraag naar het product.¹¹⁵ De twee componenten worden samen behandeld onder het begrip ‘*Vorteilsausgleichung*’, of ‘winstaanpassing’.¹¹⁶ Dit leerstuk vertoont sterke gelijkenis met de voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW.¹¹⁷ Procedureel gezien betekent dit dat het bedrag van het volume-effect moet worden afgetrokken van het doorberekende bedrag, en dat alleen het bedrag dat overblijft kan worden afgetrokken van de schadevergoeding voor het betalen van de meerkosten.¹¹⁸ De bewijslast rust daarbij op de verweerder. In het arrest *Azúcar II* werd door de Spaanse *Tribunal Supremo* deze constructie ook gehanteerd.¹¹⁹

Er bestaat discussie over de vraag of de ORWI-uitspraak Richtlijnconform is. Volgens Weber is de ORWI-uitspraak niet in lijn met de Richtlijn.¹²⁰ Artikel 12(3) Richtlijn bedeeft de bewijslast van het bestaan van een volume-effect volgens haar duidelijk aan de eiser toe.¹²¹ Ook volgens de (niet-bindende) Richtsnoeren is dit de bewijslastverdeling.¹²² Möhlmann en Fidder zijn een andere mening toegedaan. Artikel 12(3) Richtlijn bepaalt volgens hen slechts dat het recht op schadevergoeding van de afnemer vanwege winstderving als gevolg van

¹¹⁴ BGH 28 juni 2011, ORWI, NJW 2012, 928.

¹¹⁵ BGH 28 juni 2011, ORWI, NJW 2012, 928, par. 69.

¹¹⁶ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 9.

¹¹⁷ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

¹¹⁸ Weber, *European Competition Law Journal* 2020/16, p. 577.

¹¹⁹ Weber, *European Competition Law Journal* 2020/16, p. 587.

¹²⁰ Weber, *European Competition Law Journal* 2020/16, p. 593.

¹²¹ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 11.

¹²² Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 21.

doorberekening van de meerkosten onverlet wordt gelaten.¹²³ Zij vinden steun voor die opvatting in de Duitse wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat de Duitse wetgever de regels geformuleerd in het ORWI-arrest in overeenstemming acht met artikel 12(3).¹²⁴ Dat er geen klip-en-klaar antwoord op de vraag van Richtlijnconformiteit is, komt evident mede doordat de vraag hoe een beroep op het volume-effect moet worden ingebed allerminst eenvoudig te beantwoorden is.

4.4 Verwachtingen voor mogelijke inbedding na Richtlijn

Er zijn verschillende opties denkbaar voor het inpassen van een beroep op het volume-effect in de Nederlandse juridische structuur met inachtneming van het hetgeen in hoofdstuk 3 en in dit hoofdstuk besproken is. In deze paragraaf worden deze opties kort benoemd, zonder in te gaan op hun merites. In hoofdstuk 6 worden de mogelijkheden uitgebreid besproken en geëvalueerd. Ten eerste zou de gelaedeerde een aparte vordering tot schadevergoeding kunnen instellen voor de winstderving door het volume-effect. Dit kan dus ook wanneer er geen doorberekeningsverweer wordt gevoerd. De tweede optie gaat om een beroep op het volume-effect in reactie op een doorberekeningsverweer van de inbreukmaker, in de vorm van een gemotiveerde betwisting. Een derde mogelijkheid is die zoals door het *Bundesgerichtshof* werd geformuleerd in het ORWI-arrest: het volume-effect niet in reactie op een doorberekeningsverweer, maar als onderdeel daarvan. De laatste optie, die in het licht van de bovenstaande economische analyse wellicht vreemd aandoet, is het geheel buiten beschouwing laten van het volume-effect, zoals tot op heden in de praktijk meestal gebeurt.

Alvorens deze mogelijkheden voor het inbedden van het volume-effect te beoordelen, worden in het volgende hoofdstuk criteria uiteengezet aan de hand waarvan de evaluatie plaatsvindt.

¹²³ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

¹²⁴ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 269.

5. Criteria ter evaluatie

5.1 De drie criteria

In dit hoofdstuk worden criteria besproken om de in paragraaf 4.4 genoemde opties te evalueren. Vanzelfsprekend geldt hierbij de ondergrens dat zij Richtlijnconform moeten zijn en in overeenstemming met de Nederlandse wet. Geen van de opties druist op eerste gezicht evident in tegen de Europese of Nederlandse wet, maar ook komt er niet één duidelijk als winnaar uit de bus. Zolang de Hoge Raad geen uitspraak heeft gedaan over de inbedding van het beroep op een volume-effect, zal het onderwerp van discussie blijven, aan welke discussie deze scriptie beoogt een bijdrage te leveren.

Er zijn verschillende factoren aan te wijzen die van belang kunnen zijn bij het beoordelen van de opties, en die door de rechter mogelijk zullen worden meegenomen in het maken van een keuze voor het inpassen van het volume-effect. In deze scriptie is gekozen voor de criteria volledige compensatie (A), eerlijke bewijslastverdeling (B) en afschrikkende werking (C). Volgens het door Kestemont uiteengezette model voor normatieve analyse, zullen deze criteria en de keuze daarvoor hieronder één voor één worden toegelicht.¹²⁵ Ook wordt besproken hoe de evaluatie aan de hand van elk criterium plaatsvindt. Het hoofdstuk sluit af met overwegingen over de onderlinge samenhang tussen de drie criteria.

A) *Volledige compensatie*

Zowel in het Europese als het Nederlandse schadevergoedingsrecht geldt het uitgangspunt van volledige compensatie.¹²⁶ De gelaedeerde mag niet minder, maar ook niet meer schadevergoeding krijgen dan de schade die zij daadwerkelijk heeft geleden. Dit is dan ook een relevant punt voor de beoordeling van de verschillende opties voor het inpassen van een beroep op het volume-effect in de juridische structuur. In paragraaf 4.2 is aandacht besteed aan de economische theorie over doorberekening en het volume-effect. De voornaamste conclusie uit de korte bespreking van die theorie is dat het berekenen van doorberekening en het volume-effect zeer complex is. Het idee erachter is echter simpel: waar meerkosten zijn, is (enige)

¹²⁵ Kestemont 2016, p. 72.

¹²⁶ Ligteringen 2016, p. 223; *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT), p. 6, 9.

doorberekening en waar doorberekening is, is (enig) volume-effect.¹²⁷ Om volledige compensatie te bewerkstelligen, is het daarom belangrijk voor de gelaedeerde om het volume-effect te laten meewegen in de rechterlijke beoordeling. Dat neemt niet weg dat de ene mogelijke inbedding de andere niet is. Werpen de verschillende opties barrières op, of vergemakkelijken ze het verkrijgen van volledige compensatie door de gelaedeerde juist? In zijn algemeenheid kan hier het volgende over worden gezegd. Hoe groter de kans dat als doorberekening wordt meegenomen in de schadebegroting, óók het volume-effect wordt meegenomen, hoe beter dit is voor het bereiken van volledige compensatie. Anders mist er immers een cruciale stap in de schadebegroting.

B) *Eerlijke bewijslastverdeling*

De economische theorie maakt duidelijk dat het bewijzen van het volume-effect, en in het bijzonder het schatten van de omvang ervan, een complexe taak is. Dikwijls zal een economisch expert moeten worden ingehuurd. Dit maakt de procedure niet alleen lang, maar ook kostbaar. Daarnaast is aan de bewijslast het bewijsrisico verbonden.¹²⁸ Om deze redenen is het zeer relevant hoe de stelplicht en bewijslast zijn verdeeld. Zoals reeds besproken, is hier in de Richtlijn niet expliciet iets over geregeld.

In de verschillende opties uit paragraaf 4.4, zijn de stelplicht en bewijslast anders verdeeld. In de literatuur en in deze scriptie is kritiek geleverd op het accepteren van het doorberekeningsverweer, onder andere op basis van het argument dat hoe de gelaedeerde afnemer de geleden schade opvangt binnen zijn onderneming, zijn zaak is.¹²⁹ Het doorberekenen is niet een direct ‘voordeel’ dat voortvloeit uit het hebben betaald van meerkosten. Toch moet worden uitgegaan van de situatie zoals deze is, te weten dat het doorberekeningsverweer geaccepteerd is en de bewijslast daarvan op de inbreukmaker rust.

Het volume-effect is wél te beschouwen als een direct nadeel dat voortvloeit uit het hebben doorberekend van de meerkosten: het gaat om een *condicio sine qua non*-verband. Door Möhlmann en Fidder is verdedigd dat het daarom logisch is om ook de uiteindelijke bewijslast van het volume-effect op de inbreukmaker te leggen.¹³⁰ Hij zal dan moeten bewijzen dat het

¹²⁷ Weber, *European Competition Law Journal* 2020/16, p. 571.

¹²⁸ Beenders, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv, aant. 1.

¹²⁹ Zie onder meer: Bloembergen 1965, nr. 230, p. 331-332.

¹³⁰ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

volume-effect het ‘voordeel’ door doorberekening niet of niet geheel teniet heeft gedaan. Of een bewijslastverdeling al dan niet logisch is, dient te worden beoordeeld aan de hand van artikel 150 Rv. Bij gebrek aan een bijzondere regeling moet worden gekeken naar de hoofdregel uit voornoemd artikel: de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten. Deze regel is gebaseerd op de zogeheten objectiefrechtelijke bewijsleer.¹³¹ Deze leer houdt in dat elke procespartij de bewijslast draagt van die feiten, waarvan het door haar ingeroepen rechtsgevolg volgens het materiële recht afhankelijk is. De logica – stelliger kan ook worden gesproken van de juistheid – van een bewijslastverdeling wordt aan de hand hiervan beoordeeld.

Deze scriptie gaat nog een stap verder, en stelt dat het niet alleen *logischer* is om de bewijslast van het volume-effect bij de inbreukmaker te leggen, maar ook *eerlijker*. Na de ‘schadebeperking’ door doorberekenen ontstaat immers altijd in enige mate weer schade voor de gelaedeerde in de vorm van winstverlies door het drukkende effect van prijsverhoging op het verkochte volume. Het is dus geen geval van na regen komt zonneschijn, maar na zonneschijn komt regen. Om het bewijzen van de ‘zonneshijn’ aan de inbreukmaker toe te bedelen en de ‘regen’ in de spreekwoordelijke lucht te laten hangen is derhalve niet gerechtvaardigd. Idealiter rusten daarom zowel de stelplicht als (bij gemotiveerde betwisting) de bewijslast op de inbreukmaker. Bij een andere verdeling zou het initiatief van het bij de procedure betrekken van het volume-effect bij de gelaedeerde liggen, terwijl het volume-effect in het algemeen *altijd* in enige mate plaatsvindt na doorberekening. Met het bewijzen van doorberekening alleen, mist een stuk uit de puzzel van de schadebegroting.

C) *Afschrikkende werking*

Als gezegd overheerst in Nederland de compensatoire doelstelling van het schadevergoedingsrecht en mededingingsrecht. De (privaatrechtelijke) handhaving van het mededingingsrecht heeft echter ook het doel van generale preventie en afschrikking.¹³² De gelaedeerde moet niet te veel schadevergoeding ontvangen, maar ook niet gewenst is dat de handhaving van het mededingingsrecht niet voldoende afschrikkend werkt. Het mededingingsrecht wordt naast privaatrechtelijk ook bestuursrechtelijk gehandhaafd, in

¹³¹ Beenders, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv, aant. 2.

¹³² Zippo 2008, p. 11.

Nederland door de Autoriteit Consument & Markt en in Europa door de Europese Commissie. Als zij een overtreding van het mededingingsrecht constateren, kunnen zij onder andere een boete opleggen aan de inbreukmakers.¹³³ Er bestaat echter een handhavingstekort.¹³⁴ Om die reden, maar ook in het algemeen, kan de privaatrechtelijke handhaving substantieel bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling van generaal preventie en afschrikking.

Toegespitst op het volume-effect, zal het afschrikkende element vooral zien op de horde die het volume-effect kan opwerpen bij het laten slagen van een doorberekeningsverweer en de mogelijk hogere schadevergoeding die een geslaagd beroep op het volume-effect ten gevolge kan hebben. De door de procespartijen gekozen optie, of de manier waarop de rechter een beroep op het volume-effect kwalificeert, heeft derhalve invloed op de mate van afschrikking. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat die invloed mogelijk slechts beperkt is, in de zin dat de afschrikkende werking vooral zal afhangen van de hoogte van de schadevergoedingen die door inbreukmakers betaald dienen te worden.

5.2 *Onderlinge samenhang criteria*

De hierboven toegelichte criteria zijn zelfstandig te beoordelen en betreffen verschillende, van elkaar te onderscheiden concepten of doelstellingen. Bij nadere beschouwing valt echter op dat zij weliswaar op zichzelf staan, maar onderling verbonden zijn. Deze samenhang kan als volgt worden geduid. Als de inbreukmaker bij het voeren van een doorberekeningsverweer ook automatisch de stelplicht en bewijslast heeft ten aanzien van het volume-effect, is dit de eerlijkste bewijslastverdeling volgens criterium B. De kans dat in dat geval *wel* de doorberekening maar *niet* het volume-effect wordt meegewogen in de schadebegroting is dan ook klein. Derhalve is de kans op volledige compensatie volgens criterium A relatief groot.

De bewijslastverdeling van criterium B heeft ook invloed op criterium C, de afschrikkende werking. Een volgens het criterium eerlijke bewijslastverdeling, waarbij dus de bewijslast – en bij voorkeur ook de stelplicht – van het volume-effect op de verweerder rust, zal een grotere afschrikkende werking hebben dan een situatie waarin de gelaedeerde de stelplicht en bewijslast draagt.

Ten slotte heeft criterium A, volledige compensatie, mogelijk ook invloed op criterium

¹³³ Zipro 2008, p. 122 en 127.

¹³⁴ Zipro 2008, p. 751.

C, de afschrikkende werking. Hoe hoger de schadevergoeding is die inbreukmakers moeten betalen aan gelaedeerden, hoe groter de afschrikkende werking zal zijn. In dit verband wordt ervan uitgegaan dat in het huidige systeem, waarin het doorberekeningsverweer adequater wordt gefaciliteerd dan een beroep op het volume-effect, eerder sprake zal zijn van ondercompensatie dan van overcompensatie.¹³⁵ Overcompensatie zou immers een grotere afschrikkende werking hebben dan volledige compensatie, in welk geval de twee criteria juist uiteen zouden lopen.

Alvorens over te gaan tot de evaluatie van de verschillende mogelijke inbeddingen van het volume-effect, is de volgende kanttekening noodzakelijk. De hierboven geformuleerde criteria zijn uiteraard niet de enige van belang te achten factoren om mee te wegen bij het kiezen van de optimale manier voor het inpassen van het volume-effect. De auteur van deze scriptie beschouwt deze als factoren die *ten minste* mee moeten worden genomen in de evaluatie gelet op de Richtlijn en de literatuur, maar discussie hierover blijft evenwel mogelijk. Daarom wordt ook geen wegingsfactor aan de criteria toegekend. De criteria zijn bedoeld als kader ter evaluatie van de verschillende opties.

6. Evaluatie verschillende opties voor inbedden volume-effect

6.1 Opbouw van de evaluatie

In dit hoofdstuk worden de in paragraaf 4.4 genoemde opties voor het inbedden van het volume-effect geëvalueerd aan de hand van de in hoofdstuk 5 uiteengezette criteria. De mogelijkheden worden één voor één besproken. Daarbij wordt eerst ingegaan op wat zij precies inhouden. Vervolgens wordt aan ieder criterium getoetst. Ten slotte wordt geconcludeerd.

6.2 Volume-effect als zelfstandige vordering tot schadevergoeding

Volgens Möhlmann en Fidder ligt deze optie niet voor de hand, omdat doorberekening en het volume-effect wat betreft *condicio sine qua non* onmiddellijk met elkaar samenhangen.¹³⁶ Men zou echter in artikel 12(3) Richtlijn een voorkeur voor deze optie kunnen lezen, nu dit artikel

¹³⁵ Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, p. 41.

¹³⁶ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

bepaalt dat “[h]et recht van een benadeelde partij om in geval van winstderving door een volledige of gedeeltelijke doorberekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, wordt door dit hoofdstuk onverlet gelaten”. De gelaedeerde kan volgens het artikellid schadevergoeding vorderen voor schade geleden door het (gedeeltelijk) doorberekenen van de meerkosten. Zoals eerder benoemd, is dit artikellid niet omgezet door de Nederlandse wetgever, omdat het Nederlandse recht deze mogelijkheid reeds zou bieden. Daarnaast is het denkbaar dat de schade ten gevolge van het volume-effect onder het schadevermoeden van artikel 6:193l BW valt.¹³⁷ Het is nog maar de vraag of deze inpassing zich daadwerkelijk gemakkelijk laat vertalen naar de praktijk. Bekend is immers dat tot op heden procespartijen in Nederland zich niet hebben beroepen op het volume-effect, ondanks dat het Nederlandse recht die mogelijkheid reeds zou bieden. Ook houdt een dergelijk beroep door de gelaedeerde noodzakelijkerwijs het stellen en bewijzen van doorberekenen in. Zo bezien lijkt de zelfstandige vordering veel werk op te leveren voor de gelaedeerde, met mogelijk slechts een relatief lage schadevergoeding als resultaat, omdat doorberekening ook wordt meegenomen. Dit nog los van het scenario waarin de rechter doorberekening wel, en het volume-effect niet bewezen acht: de gelaedeerde schiet zichzelf met de vordering dan in de voet. Met deze praktische bezwaren in het achterhoofd, wordt overgegaan tot het beoordelen van deze optie.

Als het initiatief voor het stellen van winstderving door het drukkende effect op het volume vanwege prijsverhoging bij de gelaedeerde ligt, en dit wordt ingestoken of gekwalificeerd als zelfstandige vordering tot schadevergoeding, kan dit nadelige gevolgen hebben in het licht van de doelstelling van volledige compensatie (ad A). Als de gelaedeerde ervoor kiest om dit niet te vorderen, maar de inbreukmaker een doorberekeningsverweer voert, komt het volume-effect mogelijk niet ter sprake ondanks de aanmerkelijke kans dat dit feitelijk wel is ontstaan. Bekend is immers dat het volume-effect tot op heden in aanzienlijk minder rechtszaken ter sprake is gekomen dan het doorberekeningsverweer.¹³⁸ De gelaedeerde zou in dat geval wellicht nog kunnen opteren voor het volume-effect als gemotiveerde betwisting van het doorberekeningsverweer, hetgeen in paragraaf 6.3 besproken wordt. Als de gelaedeerde wel schadevergoeding vordert voor winstderving verband houdend met het volume-effect, wordt automatisch ook de doorberekening meegenomen in de beoordeling. Er is namelijk een

¹³⁷ Weber 2019, p. 11.

¹³⁸ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

volume-effect juist *doordat* is doorberekend. In dat geval wordt het doel van volledige schadevergoeding vanuit economisch perspectief dus bereikt.

Bij deze optie voor het inpassen van een beroep op het volume-effect rusten de stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de hierdoor geleden schade in beginsel op de gelaedeerde op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv (ad B). Zoals in hoofdstuk 5 besproken, is dit de minst eerlijke bewijslastverdeling. Het is onlogisch en oneerlijk als bij het voeren van een doorberekeningsverweer de stelplicht en bewijslast van doorberekenen op de inbreukmaker rusten, maar het moeten stellen en bewijzen van het economisch gezien direct uit het doorberekenen voortvloeiende volume-effect verschuift naar de gelaedeerde.

Wanneer een beroep op het volume-effect gekwalificeerd zou worden als een zelfstandige vordering tot schadevergoeding, gaat hier weinig afschrikkend effect vanuit voor potentiële inbreukmakers op het mededingingsrecht (ad C). Dit wordt niet alleen veroorzaakt door de bewijslastverdeling en het daaraan verbonden bewijsrisico, die op de gelaedeerde rusten, maar ook door de reële mogelijkheid dat het volume-effect in het geheel niet in de beoordeling wordt betrokken. De inbreukmaker kan in dat geval alsnog een doorberekeningsverweer voeren. Als dat verweer slaagt, zal de gelaedeerde minder schadevergoeding krijgen dan daadwerkelijk schade geleden is.

De optie om een beroep op het volume-effect te kwalificeren als een zelfstandige vordering tot schadevergoeding scoort dus relatief slecht als wordt gekeken naar de drie criteria uit hoofdstuk 5, nog los van de vraagstukken die spelen rondom de praktische uitwerking.

6.3 *Volume-effect als gemotiveerde betwisting van doorberekeningsverweer*

De tweede optie gaat om een beroep op het volume-effect door de gelaedeerde in reactie op een doorberekeningsverweer van de inbreukmaker. Het zou kunnen gaan om ofwel een betwisting van de rechtscheppende feiten die de inbreukmaker daartoe aandraagt, ofwel een bevrijdend verweer waarbij een grond wordt aangevoerd op basis waarvan het doorberekeningsverweer niet kan slagen, ook als de door de inbreukmaker aangevoerde stellingen komen vast te staan.¹³⁹ Wat het rechtscheppende feit is in de context van een

¹³⁹ Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht* 2021/7.2.1.

doorberekeningsverweer is dus van belang: kwalificeert het doorberekenen zelf, of gaat het om het verminderen van schade door doorberekenen?

Bij schending van het mededingingsrecht is de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW de meest gebruikelijke grondslag.¹⁴⁰ Het bestaan van schade is noodzakelijk om een dergelijke vordering te laten slagen. Een inbreukmaker bestrijdt met een doorberekeningsverweer het bestaan van schade, althans voert aan dat de schade kleiner in omvang is vanwege doorberekenen. Een dergelijk verweer wordt sinds *TenneT/ABB* bewijstechnisch gezien aangemerkt ofwel als een bevrijdend verweer (via de weg van voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW) ofwel als een geval apart: een uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv (via de weg van schadebegroting ex artikelen 6:95-97 BW).¹⁴¹

Het ligt volgens Möhlmann en Fidder dan ook voor de hand dat een op een doorberekeningsverweer volgend beroep op het volume-effect gekwalificeerd dient te worden als een gemotiveerde betwisting.¹⁴² Door de gelaedeerde wordt immers het door de inbreukmaker aangevoerde rechtscheppende feit betwist dat door doorberekenen minder schade is geleden (volgens de weg van artikelen 6:95-97 BW) dan wel voordeel is ontstaan (volgens de weg van artikel 6:100 BW).¹⁴³ De bewijslast rust dan op de inbreukmaker. Het gaat derhalve niet om een betwisting van het doorberekenen *an sich*, maar om het betwisten van de stelling dat door doorberekening minder schade of voordeel is ontstaan voor de gelaedeerde.

Over het tegemoetkomen van de doelstelling van volledige compensatie (ad A) valt het volgende te zeggen. Het initiatief voor het naar voren brengen van het volume-effect ligt bij de gelaedeerde. Derhalve is het mogelijk dat doorberekening wel wordt meegewogen, maar de daaruit direct voortvloeiende schade in de vorm van winstderving door het drukkend effect van prijsverhoging op het volume niet. Vanuit de economische theorie beschouwd is dit niet logisch, en in het licht van de doelstelling van volledige compensatie is het niet de meest voor de hand liggende optie. Systematisch gezien is het volgens criterium A beter als geen doorberekeningsverweer kan worden gevoerd zonder dat *automatisch* ook het volume-effect moet worden meegewogen. In de optie besproken in paragraaf 6.2 wordt dit gedaan, maar op een voor de gelaedeerde relatief ongunstige manier. In de hieronder in paragraaf 6.4 besproken optie worden de twee ook samengevoegd, en juist op een voor de gelaedeerde gunstige manier.

¹⁴⁰ Kartelschade (O&R nr. 108) 2019/6.5.

¹⁴¹ Noot Lindenbergh bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, par. 11.

¹⁴² Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

¹⁴³ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

Wat betreft de eerlijkheid van de bewijslastverdeling (ad B), vormt deze optie een middenweg. De stelplicht rust op de gelaedeerde, deze moet het doorberekeningsverweer gemotiveerd betwisten, maar de bewijslast komt dan op de inbreukmaker te rusten.¹⁴⁴ Deze optie is daarom eerlijker dan de optie die besproken is in paragraaf 6.2, waarbij zowel de stelplicht als de bewijslast op de gelaedeerde rusten. In dat kader kan worden aangenomen dat het bewijzen en aantonen van de hoogte van het volume-effect moeilijker (en kostbaarder) is dan het gemotiveerd stellen daarvan. Daarmee is de kous echter nog niet af. Hoe zit het met de beoordeling aan de hand van artikel 150 Rv? De stelplicht en bewijslast omtrent doorberekening rusten op de inbreukmaker. De kern van wat hij stelt is dat door doorberekening de schade is verminderd. Gezien de economische theorie moet de inbreukmaker daarbij ook stellen dat de schadevermindering door doorberekening niet (geheel) teniet is gedaan door het daarop automatisch volgende drukkende effect op volume. Het volume-effect moet worden meegenomen om het beoogde rechtsgevolg (te weten het verlagen van de uit te keren schadevergoeding) in het leven te roepen. Indien deze redenering wordt gevolgd, is het onjuist als de stelplicht omtrent het volume-effect op de gelaedeerde rust. Deze optie is derhalve wellicht eerlijker dan de optie uit paragraaf 6.2, maar is niet in overeenstemming met artikel 150 Rv.

Als het gaat om de afschrikkende werking (ad C), zit het volume-effect als gemotiveerde betwisting tussen het volume-effect als zelfstandige vordering en als onderdeel van het doorberekeningsverweer in. De inbreukmaker moet immers mogelijk het niet (geheel) tenietgaan van het voordeel van doorberekening door het volume-effect bewijzen. Het bewijzen van geen of slechts een gering drukkend effect van prijsverhoging op het volume is, zoals veelvuldig herhaald in deze scriptie, een complexe taak. Doordat de drempel voor een beroep doen op het volume-effect relatief laag is voor de gelaedeerde omdat noch de bewijslast noch het bewijsrisico op hem rust, loopt de inbreukmaker ten eerste het risico dat de gelaedeerde een dergelijk beroep doet en daardoor ten tweede dat hij zelf niet slaagt in het bewijzen van het tegendeel. Daarmee loopt hij mogelijk het risico dat hij vanwege zijn doorberekeningsverweer uiteindelijk méér moet betalen dan als hij dit verweer niet had gevoerd, indien het volume-effect groter is dan de doorberekening.

Concluderend voldoet de optie om een beroep op het volume-effect te kwalificeren als

¹⁴⁴ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 268.

gemotiveerde betwisting van de stelling dat doorberekening tot schadevermindering heeft geleid, tot op zekere hoogte aan de criteria uit hoofdstuk 5. Echter kan betoogd worden dat deze wijze van inpassing niet in overeenstemming is met de bewijslastverdeling die voortvloeit uit de hoofdregel van artikel 150 Rv. Bij gebrek aan een bijzondere regel voor het volume-effect, zou dit betekenen dat het volume-effect als gemotiveerde betwisting van het doorberekeningsverweer geen reële optie is.

6.4 *Volume-effect als onderdeel van doorberekeningsverweer*

In de ORWI-zaak moest de inbreukmaker bij zijn doorberekeningsverweer niet alleen doorberekening bewijzen, maar moest hij ook aantonen dat de doorberekening geen winstverlies had veroorzaakt, bijvoorbeeld in de vorm van een negatief effect op het volume.¹⁴⁵ De Duitse wetgever acht dit in overeenstemming met de Richtlijn.¹⁴⁶ De inbreukmaker moet in dit geval niet alleen doorberekening bewijzen, maar ook dat het daardoor genoten voordeel voor de gelaedeerde niet (geheel) teniet is gedaan door een drukkend effect op het verkochte volume. Zowel de stelplicht als de bewijslast rusten dan op de inbreukmaker.

Vanuit het oogpunt van volledige schadevergoeding (ad A) is deze benadering van het Duitse *Bundesgerichtshof* logisch. Door de twee onderdelen niet op te splitsen, maar het initiatief voor zowel het doorberekenen als het volume-effect bij de inbreukmaker te leggen wordt voorkomen dat naast de meerkosten alleen het doorberekenen wordt meegerekend en het volume-effect niet. Gelet op de economische theorie, is het aanbevelenswaardig om het doorberekeningsverweer en volume-effect op deze wijze te koppelen: het eerste zal doorgaans niet bestaan zonder het laatste. Door ze samen te voegen is het mogelijk een accurater deel van de schadevergoeding af te halen, ervan uitgaande dat het volume-effect niet groter is dan de doorberekening, in welk geval juist meer schade is ontstaan door het doorberekenen.

Bij deze optie rusten zowel de stelplicht als de bewijslast op de inbreukmaker. Zoals in hoofdstuk 5 is betoogd, is dit de eerlijkste bewijslastverdeling (ad B). De inbreukmaker kan niet volstaan met het stellen en bewijzen van het – voor hem gunstige – voordeel ontstaan door doorberekening, maar zal ook moeten stellen en bewijzen dat dit genoten voordeel niet (geheel) teniet wordt gedaan door het direct uit het doorberekenen voortvloeiende – voor hem

¹⁴⁵ BGH 28 juni 2011, ORWI, NJW 2012, 928, par. 69.

¹⁴⁶ Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14, p. 269.

ongunstige – nadeel bestaande uit winstderving door het drukkende effect dat prijsverhoging op het volume heeft. In paragraaf 6.3 is reeds besproken dat ook volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv dit de juiste verdeling van de stelplicht en bewijslast is als de inbreukmaker een doorberekeningsverweer voert. Hij stelt immers dat er schadevermindering is door doorberekenen, maar gezien de economische theorie zal hier alleen sprake van zijn voor zover deze vermindering niet teniet is gedaan door het drukkende effect dat prijsverhoging heeft op het verkochte volume. Daarom kan worden betoogd dat de inbreukmaker pas voldoende stelt als hij ook op het volume-effect ingaat.

Van de vier genoemde opties, zal deze mogelijkheid het meest bijdragen aan de afschrikkende werking (ad C). Dit genuanceerde doorberekeningsverweer is niet alleen moeilijker voor inbreukmakers omdat er meer bewezen dient te worden, maar er valt voor de inbreukmaker ook minder te halen als het verweer slaagt.

Op basis van bovenstaande overwegingen, scoort de optie om het volume-effect onderdeel te maken van het doorberekeningsverweer volgens een evaluatie aan de hand van de criteria uit hoofdstuk 5 relatief goed.

6.5 *Volume-effect geheel achterwege laten*

Als gezegd, laten gelaedeerden een beroep op het volume-effect in de praktijk vaak achterwege.¹⁴⁷ In het licht van de doelstelling van volledige compensatie is het onwaarschijnlijk dat de rechter een beroep op het volume-effect in het algemeen zal verwerpen, hoewel in de Richtsnoeren staat dat in sommige gevallen geen schadevergoeding voor winstderving door het volume-effect zal kunnen worden gevorderd omdat dit “te complex” is.¹⁴⁸ In de praktijk blijkt dan ook dat dit vaak de door procespartijen gekozen route is.¹⁴⁹ Daarom wordt in deze paragraaf stilgestaan bij de merites van deze aanpak in het licht van de in hoofdstuk 5 geformuleerde criteria.

Gezien het doel van volledige compensatie (ad A) is het achterwege laten van een beroep op het volume-effect geen goede optie, nu het doorberekeningsverweer is geaccepteerd. Gelaedeerden kunnen uiteraard niet gedwongen worden om zich te beroepen op het volume-

¹⁴⁷ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

¹⁴⁸ Richtsnoeren 2019/C267/07, par. 4.

¹⁴⁹ Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 2.

effect, maar zoals de optie uit paragraaf 6.4 aantoont, kan het volume-effect wel worden ‘ingebouwd’ in het doorberekeningsverweer. Op die manier kan de situatie zich niet voordoen dat doorberekening wordt meegenomen in de schadebegroting, maar het volume-effect niet. Van de vier besproken opties is het geheel achterwege laten van het volume-effect het minst wenselijk in het licht van de doelstelling van volledige compensatie.

Het criterium van eerlijke bewijslastverdeling (ad B) is voor deze optie niet relevant, nu er niets te stellen of bewijzen valt. Wat betreft de afschrikkende werking (ad C) kan het volgende worden opgemerkt. Voor potentiële inbreukmakers gaat minder afschrikkende werking af van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht als gelaedeerden dikwijls het volume-effect niet aankaarten in de procedure, dan als zij dit meestal wel zouden doen. In het laatste geval zal de uit te keren schadevergoeding in de regel immers hoger uitvallen.

Zoals verwacht is het geheel buiten beschouwing laten van het volume-effect, of dat nu de keuze van procespartijen is of die van de rechter, op zijn zachtst gezegd suboptimaal als gekeken wordt naar de criteria uiteengezet in hoofdstuk 5. Toch wordt het volume-effect vaak niet meegenomen in kartelschadezaken. Men kan zich afvragen of dit enkel komt door de hoge kosten die aan het bewijzen van een volume-effect verbonden zijn en de complexiteit van het schatten van het volume-effect. Deze auteur stelt van niet: ook het feit dat het volume-effect tot op heden niet helder is ingebed in de Nederlandse praktijk, en de mogelijkheid dat een voor de gelaedeerde relatief ongunstige inbedding wordt gekozen, dragen eraan bij dat het volume-effect zelden een rol speelt, ook als de inbreukmaker wel een doorberekeningsverweer voert.

6.6 Aanbeveling op basis van evaluatie: genuanceerd doorberekeningsverweer

Op basis van bovenstaande evaluatie, verdient het volume-effect als onderdeel van een daardoor genuanceerd doorberekeningsverweer de voorkeur. Zij voldoet van de verschillende opties het best aan de criteria. Het volume-effect als zelfstandige vordering tot schadevergoeding scoort relatief slecht op de gehanteerde criteria, en ook praktisch gezien zitten er haken en ogen aan de optie. Ten aanzien van het volume-effect als gemotiveerde betwisting van een doorberekeningsverweer kan worden betoogd dat de daarbij behorende bewijslastverdeling niet in overeenstemming is met de hoofdregel van artikel 150 Rv, die bij gebrek aan bijzondere regel van toepassing is. Het geheel achterwege laten van een beroep op

het volume-effect is onwenselijk, vanwege de doelstelling van volledige compensatie en gebrek aan afschrikkende werking. Bij het genuanceerde doorberekeningsverweer spelen deze bezwaren niet.

7. Conclusie

Hoewel het doorberekeningsverweer omstreden is en er zowel praktische als fundamentele bezwaren tegen in te brengen zijn, is het verweer in de Europese Unie en Nederland geaccepteerd, met het oog op de doelstelling van volledige compensatie. De economische theorie over doorberekening leert ons dat, behoudens een klein aantal uitzonderingen, waar sprake van doorberekening is, ook sprake is van (enig) volume-effect. Waar onder andere door Bloembergen en Zippro het causale verband tussen het moeten betalen van meerprijzen door de gelaedeerde en het doorberekenen daarvan aan zijn eigen afnemers wordt betwijfeld, staat het causale verband tussen prijsverhoging en het volume-effect vast: het gaat om een *condicio sine qua non*-verband. Des te opvallender is het dus, dat voor doorberekening *wel* en voor het volume-effect *niet* een heldere wettelijke regeling bestaat. Ook omtrent de bewijslastverdeling over het volume-effect bestaat onduidelijkheid.

In de praktijk blijkt dat het volume-effect dikwijls niet in de procedure en schadebegroting wordt betrokken. Een mogelijke oorzaak daarvan zou kunnen zijn dat de economische analyse te complex is. Het berekenen van alle schadecomponenten die een rol (kunnen) spelen bij de begroting van kartelschade, waaronder dus ook de meerkosten en de doorberekening zelf, is allerminst eenvoudig. Dit brengt ons terug bij de praktische bezwaren tegen het accepteren van het doorberekeningsverweer. Het bewijzen van doorberekening en het kwantificeren daarvan zou volgens de *U.S. Supreme Court* een '*insurmountable task*' zijn, nu het om '*virtually unascertainable figures*' zou gaan. In de ogen van de Europese wetgever was deze taak blijkbaar niet dermate onoverkomelijk dat het doorberekeningsverweer zou moeten worden verworpen. Integendeel, met het oog op de doelstelling van volledige compensatie van hen die schade hebben geleden door inbreuken op het mededingingsrecht, is het verweer juist geaccepteerd.

Met die doelstelling in het achterhoofd is het onwenselijk dat het volume-effect vaak niet in de schadebegroting wordt betrokken. In deze scriptie zijn vier mogelijke wijzen van inpassing van het volume-effect in de juridische structuur besproken: als zelfstandige vordering

tot schadevergoeding; als gemotiveerde betwisting van het doorberekeningsverweer; als onderdeel van een genuanceerder doorberekeningsverweer; en het geheel achterwege laten van het volume-effect. Op basis van de in deze scriptie geformuleerde criteria volledige compensatie (A), eerlijke bewijslastverdeling (B) en afschrikkende werking (C), dient gekozen te worden voor de derde optie: het volume-effect onderdeel maken van het doorberekeningsverweer, zoals het *Bundesgerichtshof* ook deed in het ORWI-arrest. Deze inbedding voorkomt dat doorberekening wel, en het volume-effect niet aan de orde wordt gesteld (criterium A). Dat zou immers onwenselijk zijn aangezien het volume-effect direct voortvloeit uit de doorberekening. Ook is de bewijslastverdeling dan conform artikel 150 Rv en is deze eerlijk: de inbreukmaker kan niet volstaan met slechts het bewijzen van de ‘zonneshijn’, terwijl de ‘regen’ in de spreekwoordelijke lucht blijft hangen (criterium B). Waarschijnlijk gaat van deze optie, gelet op de beoordeling onder criteria A en B, de meest afschrikkende werking uit (criterium C).

Het betrekken van het volume-effect in de schadebegroting is makkelijker gezegd dan gedaan. Hoewel doorberekening en het volume-effect beide moeilijk kwantificeerbaar zijn, bestaat tussen de twee schadecomponenten een *condicio sine qua non*-verband. Buiten kijf staat dan ook dat voor een juiste vaststelling van de omvang van de geleden schade, naast doorberekening ook dit hier automatisch op volgende volume-effect moet worden meegewogen. Al is het nog zo complex, na doorberekening zal nog moeten worden doorgerekend.

I. Bibliografie

1. Wetsgeschiedenis

- *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3 (MvT)

2. Jurisprudentie

- HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Jur. 2001, p. I-6297 (Courage/ Crehan)
- HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2015/295; *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*TenneT/ABB*)
- HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, *NJB* 2009/1422 (*Vos/TSN*)
- HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, *NJ* 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*)
- *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968)
- BGH 28 juni 2011, ORWI, *NJW* 2012, 928
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876
- Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766
- Rb Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, *JOR* 2017/188, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté en T. Thuijs
- Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403

3. Literatuur

Asser/Sieburgh 6-II 2017/13-45

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

Van Boom, AA 2017

W.H. van Boom, 'Doorgeschoven kartelschade: schadeberekening of voordeelstoerekening?', *AA* 2017, afl. 1, p. 41–46.

Van Boom, TvPr. 2013/1

W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht. Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TvPr.* 2013, afl. 1, p. 1-54.

Beenders, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv

D.J. Beenders, 'Commentaar op Negende afdeling Rv, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bovis & Clarke, Liverpool Law Review 2015/36

C.H. Bovis & C.M. Clarke, 'Private Enforcement of EU Competition Law', *Liverpool Law Review* 2015/36, afl. 1, p. 49–71.

Cooter, University of Pennsylvania Law Review 1981/129

R. Cooter, 'Passing on the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory', *University of Pennsylvania Law Review* 1981/129, afl. 6, p. 1523–1532.

Drijber, *Ondernemingsrecht* 2016/124

B.J. Drijber, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2016/124, afl. 17, p. 620–633.

Engelen en Keirse, *TVP* 2017/2

S.S.Y. Engelen & A.L.M. Keirse, 'Voordeelstoerekening: leuker kunnen wij het niet maken, wel inzichtelijker', *TVP* 2017, afl. 2, p. 29-41.

Harris & Sullivan, *University of Pennsylvania Law Review* 1979/128

R. Harris & L. Sullivan, 'Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis', *University of Pennsylvania Law Review* 1979/128, afl. 2, p. 269-360.

Hartlief, *WPNR* 2008/6772

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 2008/6772, p. 769-777.

Hellwig 2006

M.F. Hellwig, *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective* (SSRN Scholarly Paper), Rochester, NY: Social Science Research Network 2006.

Hutchinson & Duncan, *Deakin Law Review* 2012/17

T. Hutchinson & N. Duncan, 'Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research', *Deakin Law Review* 2012/17, afl. 1, p. 83–119.

Idot e.a., *Competition Law Review* 2017

L. Idot e.a., 'Private damages actions before and after the implementation of the Directive', *Competition Law Review* 2017, afl. 3, p. 4–11.

Kartelschade (O&R nr. 108) 2019

E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade (Onderneming en recht nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Keirse en Van Kogelenberg, *Contracteren* 2016

A.L.M. Keirse en M. van Kogelenberg, 'Schadebegroting bij een doorberekeningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening', *Contracteren* 2016, afl. 4, p. 97-109.

Kestemont 2016

L. Kestemont, *Naar een rechtswetenschappelijke methodeleer. Een expliciet methodologisch kader voor rechtswetenschappelijk onderzoek in het socialezekerheidsrecht.*, Leuven: KU Leuven 2016.

Ligteringen 2016

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

Loth, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015/22

M.A. Loth, 'Corrective and Distributive Justice in Tort Law: On the Restoration of Autonomy and a Minimal Level of Protection of the Victim', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015/22, afl. 6, p. 788–811.

Mahler, *MP* 2017

R. Mahler, 'Van kartelparadijs naar kartelprocesparadijs?', *MP* 2017, afl. 5, p. 34-39.

Maier-Rigaud, Milde & Bönisch 2016

F.P. Maier-Rigaud, C. Milde & P. Bönisch, *Quantification of Damage on Both Sides of the Atlantic: What's the Difference?* (SSRN Scholarly Paper), Rochester, NY: Social Science Research Network 2016, p. 1–18.

Meijer & Zippro, *M&M* 2016/19

R. Meijer & E.-J. Zippro, "'Elk nadeel heb z'n voordeel": (bewijslast)problematiek rondom het passing-on verweer in kartelschadezaken', *M&M* 2016/19, afl. 6, p. 220–226.

Möhlmann & Fidder, *MvV* 2016/14

J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, ‘TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht’, *MvV* 2016/14, afl. 10, p. 262–269.

Noble & Lauer, *Competition Law & Policy Debate* 2018, p. 30–38

R. Noble & R. Lauer, ‘Pass-on and Volume-effects in Private Damages Actions: An Economic Perspective Symposium: Antitrust Damages Actions’, *Competition Law & Policy Debate* 2018, afl. 4, p. 30–38.

Oude Elferink & Braat, *NtEr* 2014/4

E. Oude Elferink & B. Braat, ‘De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels’, *NtEr* 2014/4, afl. 7, p. 216–231.

Parlak, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33

S. Parlak, ‘Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?’, *World Competition Law and Economics Review* 2010/33, afl. 1, p. 1–26.

Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht* 2021

A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Verboven & Van Dijk, *The Journal of Industrial Economics* 2009/57

F. Verboven & T. van Dijk, ‘Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense’, *The Journal of Industrial Economics* 2009/57, afl. 3, p. 457–491.

Weber 2019

F. Weber, Experiences in the Netherlands (SSRN Scholarly Paper), Rochester, NY: Social Science Research Network 2019.

Weber, *European Competition Journal* 2020/16

F. Weber, 'Tackling pass-on in cartel cases: a comparative analysis of the interplay between damages law and economic insights', *European Competition Journal* 2020/16, afl. 2–3, p. 570–594.

Weber, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 1–21

F. Weber, 'The volume-effect in cartel cases—a special challenge for damage quantification?', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, afl. 00, p. 1–21.

Van der Wiel, *NJB* 2009

B.T.M. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht', *NJB* 2009, p. 724-731.

Zippro 2008

E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Leiden: Universiteit Leiden 2008.

Zippro & Meijer, *MvV* 2015/13

E.-J. Zippro & R. Meijer, 'Lang verwacht, stil gezwogen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *MvV* 2015/13, afl. 4, p. 114–126.