

TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht

*Mr. J.A. Möhlmann en mr. M.R. Fidder**

1 Inleiding

Het eerste arrest van de Hoge Raad in een kartelschadezaak is een feit. Het arrest van 8 juli 2016 in de zaak TenneT/ABB¹ kan met recht een mijlpaal worden genoemd, niet alleen voor kartelschade, maar ook voor het schadevergoedingsrecht in algemene zin.

De Hoge Raad biedt in TenneT/ABB duidelijkheid over de materieelrechtelijke inbedding van het *passing-on* verweer en de daarmee verbonden bewijslastverdeling. Het *passing-on* of doorberekeningsverweer betreft de stelling van een aangesproken karteldeelne­mer dat de schadelij­dende (directe) af­nemer de door de mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen veroorzaakte prijsophoging (de *overcharge* of *meerkosten* in de zin van het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht²) geheel of gedeeltelijk heeft *doorberekend* aan haar eigen (indirecte) afnemers (bijvoorbeeld consumenten) en daarmee haar schade heeft gemitigeerd. Een succesvol beroep op *passing-on* kan hierdoor leiden tot een veel lagere schadevergoeding dan de door het kartel veroorzaakte prijsophoging, en daarmee ook dan het door de karteldeel­nemer onrechtmatig behaalde voordeel. De indirecte afnemers kunnen op hun beurt de kartel­deelnemers aanspreken voor de meerkosten die aan hen zijn doorberekend. Tegelijkertijd kan de doorberekening van meerkosten winstderving teweegbrengen bij de directe afnemer, wanneer de (als gevolg van *passing-on*) hogere prijzen een afname in de vraag van de indirecte afnemers veroorzaken (*volume effects*) en daarmee een omzetverlies (*lost profits* of winstderving) van de directe afnemer.

TenneT en ABB hebben in feitelijke instanties gestreden over de vraag of het *passing-on* verweer moet worden benaderd als (rechtstreeks) onderdeel van het schadebegrip (vermogensvergelijking ex art. 6:95-97 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) dan wel als een beroep op voordeelstoerekening (ex art. 6:100 BW). Het praktisch belang van die rechtsvraag ligt hierin dat art. 6:100 BW volgens *eerdere* jurisprudentie van de Hoge

Raad hogere eisen stelt aan de causaliteit ('een zelfde gebeurtenis') dan art. 6:98 BW. Art. 6:100 BW omvat daarnaast een (aanvullende) redelijkheidstoets. Bij voordeelstoerekening is bovendien duidelijk dat de stelplicht en bewijslast voor het behaalde voordeel (de doorberekening van de meerkosten) op de aangesproken kartel­deelnemer rusten. Om deze redenen zou een *passing-on* verweer van de kartel­deelnemer in geval van een beoordeling op basis van voor­deelstoerekening naar verwachting minder kans van slagen hebben dan bij een beoor­deling (van de omvang van de schade) op basis van art. 6:95-97 jo. art. 6:98 BW.

Bij de Hoge Raad neemt de kwestie een verrassende wending. Hij beslist, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat *beide* benaderingen mogelijk zijn en niet wezenlijk van elkaar verschillen. In beide gevallen moet de doorberekening worden verdisconteerd in de te betalen schadevergoeding *voor zover* dit met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maat­staf *redelijk* is. De Hoge Raad komt in een *algemene* overwe­ging uitdrukkelijk terug van zijn eerdere jurisprudentie met betrekking tot voor­deelstoerekening voor zover daarin meer of andere eisen zijn gesteld aan 'een zelfde gebeurtenis'. Art. 6:100 BW dient aldus te worden uitgelegd aan de hand van de maat­staf van art. 6:98 BW, ongeacht of er sprake is van kartel­schade of andersoortige schade, en heeft daarmee betekenis in de volle breedte van het schadevergoedingsrecht.

Het arrest biedt vervolgens duidelijkheid over de bewijslast­verdeling bij een *passing-on* verweer, waarbij de Hoge Raad zich mede baseert op de (overigens temporeel niet op dit geschil van toepassing zijnde) Richtlijn³ inzake schadevergoe­ding in mededingingszaken (hierna: de Richtlijn). Art. 12 lid 3 van de Richtlijn legt de bewijslast bij een *passing-on* verweer bij de aangesproken kartel­deelnemer. De Hoge Raad stelt vast dat de rechter op grond van art. 6:97 BW bevoegd is om schade te begroten op de wijze die met de aard van de schade in overeen­stemming is, dan wel de schade te schatten indien nauwkeuri­ge vaststelling niet goed mogelijk is. Volgens de Hoge Raad geeft dit de rechter voldoende ruimte om niet alleen de stel­plicht, maar ook de bewijslast van de feiten die ten grondslag

* Mr. J.A. Möhlmann is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht. Mr. M.R. Fidder is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

1. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483.
2. Wetsvoorstel 34490.

3. Richtlijn 2014/104/EU.

liggen aan het *passing-on* verweer bij de karteldeelner te leggen. Daarmee kan ten aanzien van de bewijslastverdeling eenzelfde resultaat worden bereikt als bij toepassing van art. 6:100 BW.

Het arrest heeft tal van interessante facetten. Enerzijds biedt het arrest duidelijkheid over een van de belangrijkste verweren op het terrein van kartelschade en herzielt het arrest het leerstuk van voordeelstoerekening, maar anderzijds werpt het arrest nieuwe vragen op. Eerst zullen wij het geschil in feitelijke instanties bespreken (par. 2). Hierna volgt een beschouwing over causale toerekening en het leerstuk van voordeelstoerekening (par. 3). In die context zullen wij ook ingaan op het Europeesrechtelijke kader ten aanzien van causale toerekening bij kartelschade, en op het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad met betrekking tot de algemene vereisten van voordeelstoerekening. Die overwegingen van de Hoge Raad werpen enkele nieuwe vragen op ten aanzien van de bewijslastverdeling, die wij in meer detail zullen bespreken. De overweging van de Hoge Raad omtrent de bewijslastverdeling bij 'genoten voordeel', in de context van art. 6:97 BW, is qua argumentatie sterk toegesneden op de Richtlijn en (dus) op kartelschade. De vraag rijst in hoeverre de door de Hoge Raad beschreven bewijslastverdeling in het kader van art. 6:97 BW door de rechter kan of moet worden toegepast indien het 'genoten voordeel' betrekking heeft op *andersoortige* schade, zoals contractuele schade of beleggingsschade (par. 4). Daarnaast biedt het arrest geen regels over de bewijslastverdeling ten aanzien van winstderving in verband met de hiervoor genoemde *volume effects*, omdat die rechtsvraag niet voorlag. *Passing-on* en *volume effects* zijn evenwel causaal onlosmakelijk met elkaar verbonden. Een vergelijking met het Duitse recht geeft aanknopingspunten om aan te nemen dat de aangesproken karteldeelner in het kader van zijn *passing-on* verweer (ook) dient te bewijzen dat de doorberekening van de meerkosten *geen* winstderving heeft veroorzaakt door *volume effects* (par. 5).

2 Het geschil in feitelijke instanties

In de zaak die leidde tot het onderhavige arrest gaat het om het volgende. Op 30 maart 1993 sluit de (rechts)voorgangster van Saranne B.V., een dochtermaatschappij van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnetwerk TenneT (hierna tezamen: TenneT), een overeenkomst voor de koop van een zogeheten GGS-installatie voor een bedrag van NLG 87.100.000 met een rechtsvoorgangster van ABB B.V. GGS staat voor gasgeïsoleerd schakelmateriaal. Met een GGS-installatie, die op maat wordt gemaakt, kan de energiestroom in een elektriciteitsnetwerk worden gecontroleerd. Wereldwijd is er maar een beperkt aantal aanbieders en afnemers van GGS-installaties. Bij beschikking van 24 januari 2007 heeft de Europese Commissie vastgesteld dat elf ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op art. 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag) (nu art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) en art. 53 van de Overeenkomst betreffende de

Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) door vanaf 15 april 1988 tot 2 maart 2004 de wereldwijde GGS-markt te verdelen en prijsafspraken te maken. Door middel van schijnoffertes beoogden de kartel deelnemers de indruk te wekken dat zij daadwerkelijk met elkaar concurreerden. ABB Ltd., de middelrijk houdster van alle aandelen in het kapitaal van ABB B.V., was een van de leden van het kartel. Omdat ABB Ltd. als eerste aan de Commissie inlichtingen (lees: bewijzen) had verschaft omtrent de kartelinbreuk, verkreeg zij ingevolge de clementieregeling volledige boete-immuniteit. ABB Ltd. stelde geen beroep in tegen de beschikking van de Commissie. Hierdoor is de inbreuk door ABB Ltd. onherroepelijk vast komen te staan, en vormt de beschikking in zoverre ook in de civiele procedure bindend bewijs van die inbreuk.⁴

TenneT meent als gevolg van het kartel te veel te hebben betaald voor de GGS-installatie en stelt zowel haar contractuele wederpartij ABB B.V. als de karteldeelner ABB Ltd. (hierna tezamen: ABB) aansprakelijk voor de meerkosten. In de loop van de procedure legt zij een economisch rapport over, waarin de meerkosten ten opzichte van de prijs bij vrije mededinging worden begroot op € 24.900.000 en de doorberekening van die kosten aan indirecte afnemers op 52-56%. Zij vordert in rechte een schadevergoeding nader op te maken bij staat. In de procedure in eerste aanleg voert ABB onder meer het verweer dat ABB B.V. geen deel uitmaakte van het kartel. Daarnaast voert zij het *passing-on* verweer en stelt zij dat TenneT geen schade heeft geleden nu zij de hogere prijs heeft doorberekend of zal doorberekenen aan haar eigen afnemers. De Rechtbank Oost-Nederland oordeelt bij eindvonnis van 16 januari 2013⁵ dat vaststaat dat ABB Ltd. ten tijde van de aanbesteding van de GGS-installatie inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, dat de kartelafspraken en marktverdeling in het bijzonder golden voor de Europese Economische Ruimte, dat in de aanbesteding uitsluitend kartelleden participeerden en dat er daarmee van uit kan worden gegaan dat de aanbesteding van de desbetreffende GGS-installatie werd bestreken door de mededingingsbeperkende afspraken van het kartel. De rechtbank overweegt dat hoewel ABB B.V. geen adreessaat was van de beschikking van de Commissie, gebleken is dat de prijs voor GGS-installaties door ABB Ltd. werd vastgesteld en ABB B.V. deze prijs overnam. Hierdoor staat volgens de rechtbank vast dat ABB Ltd. de belangrijke voorwaarden van de aanbesteding dicteerde en de door haar beheerste

4. Conform art. 16 lid 1 Verordening 1/2003 en HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 (Masterfoods), r.o. 52, dat als een Europeesrechtelijk equivalent van de leer van de formele rechtskracht zou kunnen worden beschouwd. Zie ook E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden; Meijers-reeks nr. 148), Deventer: Kluwer 2009, p. 618, die de voorkeur geeft aan de term 'bindende rechtskracht', omdat de Commissie hiërarchisch hoger staat dan de nationale rechter. Zie over de rechtskracht van een beschikking van de Commissie ingeval daartegen *wel* beroep is ingesteld P.V.F. Bos & J.A. Möhlmann, *Mastering 'Masterfoods': Food for Thought on Staying Civil Damages Litigation Pending Appeals before the European Courts*, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 197-205.

5. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403.

kleindochter als instrument heeft gebruikt om mededingingsbeperkende afspraken te effectueren. De rechtbank oordeelt vervolgens, op basis van het economisch rapport, dat het voldoende aannemelijk is dat TenneT schade heeft geleden.

Het *passing-on* verweer wordt door de rechtbank aangemerkt als een beroep op voordeelstoerekening en in feite al op voorhand, nog voor de schadestaat, verworpen. De rechtbank overweegt namelijk, kort gezegd, dat voor de berekening van de schade maatgevend is hoeveel TenneT destijds te veel heeft betaald aan ABB en dat de omstandigheid dat TenneT de aanschaf van de GGS-installatie heeft verdisconteerd in de prijzen die zij rekende aan indirecte afnemers, onverlet laat dat destijds te veel is betaald voor de installatie (r.o. 4.30). Met die overweging verwerpt de rechtbank een benadering van het *passing-on* verweer op basis van art. 6:95-97 BW. In het kader van de redelijkheidstoets van art. 6:100 BW overweegt de rechtbank vervolgens dat ABB na vergoeding van de volledige schade (bedoeld is: *overcharge*) niet langer zal zijn verrijkt, en dat zodra TenneT de schadevergoeding ten goede laat komen aan de indirecte afnemers (door vermindering van de toekomstige energieprijzen), deze ook niet zullen zijn verarmd (zodat de indirecte afnemers dan zelf geen vordering meer kunnen instellen op ABB, en ABB niet tweemaal voor dezelfde schade kan worden aangesproken). De rechtbank overweegt daarop dat zo bezien de redelijkheid niet met zich brengt dat de schadevergoeding van TenneT ten gunste van ABB wordt vermindert vanwege de doorberekening (r.o. 4.32). De rechtbank veroordeelt ABB vervolgens tot een schadevergoeding nader op te maken bij staat, zulks uitvoerbaar bij voorraad.

ABB stelt hoger beroep in bij het Hof Arnhem-Leeuwarden en stelt daarnaast incidenteel hoger beroep in teneinde schorsing van de tenuitvoerlegging van het eindvonnis te vorderen. In het incidentele hoger beroep betoogt ABB dat de rechtbank met betrekking tot het *passing-on* verweer een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft genomen en is vooruitgelopen op de schadestaatprocedure door het beroep op voordeelstoerekening al bij het eindvonnis te verwerpen. Het hof gaat mee in het betoog van ABB en overweegt dat het belang van ABB bij het verkrijgen van een oordeel over het (met schending van het beginsel van hoor en wederhoor) verworpen *passing-on* verweer onevenredig veel zwaarder weegt dan het belang van TenneT bij een voortzetting van de schadestaatprocedure. In het kader van de belangenafweging wijst het hof erop dat het al dan niet honoreren van het *passing-on* verweer een relevant uitgangspunt betreft voor (kostbare) economische rapporten, en dat bij voorbaat niet valt uit te sluiten dat in de hoofdzaak in hoger beroep anders wordt geoordeeld over het *passing-on* verweer.

In de hoofdzaak zijn in hoger beroep allereerst de verhouding tussen ABB Ltd. en ABB B.V. en de toerekening van kennis aan ABB B.V. in geschil. Deze punten spelen geen rol in cassatie en voor een bespreking daarvan verwijzen wij naar de noot

van Katan en Kortmann bij het arrest van het hof.⁶ Ten aanzien van de schadeberekening twisten partijen nog slechts over de vraag of, en zo ja, op welke wijze rekening moet worden gehouden met een eventuele doorberekening door TenneT.

TenneT stelt dat voor zover sprake is geweest van doorberekening, dit hooguit op basis van art. 6:100 BW moet worden onderzocht. Daartegenover stelt ABB dat het *passing-on* verweer aan de orde dient te komen bij de schadebegroting door vermogensvergelijking (art. 6:95-97 BW). Het hof verwijst in het eindarrest van 2 september 2014⁷ naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), waaruit volgt dat eenieder die is getroffen door mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen, vergoeding moet kunnen vorderen van daardoor geleden schade,⁸ alsmede (r.o. 3.26) dat bij de schadeberekening rekening moet worden gehouden met een eventuele verdiscontering van de schade in de verkoopprijzen van de getroffen onderneming.⁹ Ook haalt het hof de (destijds nog in de conceptfase verkerende) Richtlijn aan, waarin het *passing-on* verweer expliciet wordt toegestaan en waarvan art. 13 bepaalt dat de bewijslast van dat verweer ligt bij de aangesproken karteldeelner (r.o. 3.27). Volgens het hof dient de schade weliswaar in beginsel te worden berekend naar het moment waarop de schade is geleden, maar kunnen latere gebeurtenissen (zoals doorberekening aan indirecte afnemers) onder omstandigheden welzeker worden meegenomen in de schadeberekening (r.o. 3.31). Het hof komt vervolgens tot het oordeel dat het *passing-on* verweer moet worden beoordeeld in het kader van vermogensvergelijking in plaats van voordeelstoerekening:

‘(...) de aanspraak van TenneT c.s. [wordt] tegen die achtergrond in redelijkheid gevormd door de in de schadestaatprocedure vast te stellen prijsopslag (het prijsverschil tussen hetgeen is betaald en hetgeen zonder de kartelinbreuk zou zijn betaald) minus het deel van die schade dat TenneT c.s. (eventueel) aan hun afnemers hebben doorberekend (...) naast eventueel gedeerde winst en rente. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat ingeval van doorberekening van schade in feite sprake is van verlegging daarvan naar degenen aan wie deze doorberekening plaatsvindt (de afnemers).’

De consequentie dat ABB hierdoor mogelijk niet (direct) het volledige voordeel dat zij heeft behaald door (deelname aan) het kartel zal worden ontnomen (bijvoorbeeld omdat niet alle indirecte afnemers vergoeding van hun schade zullen vorderen), brengt het hof niet tot een ander oordeel, omdat de vordering tot schadevergoeding niet tot meer strekt dan tot com-

6. Noot van B.M. Katan en J.S. Kortmann bij Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, JOR 2014/265.

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

8. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan), r.o. 26 en HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-295/04 (Manfredi), r.o. 23.

9. Waaronder HvJ EG 4 oktober 1979, zaak C-238/78 (Ireks-Arkady/Raad en Commissie), r.o. 14.

pensatie van het nadeel dat door TenneT is geleden. Voor zover TenneT dit nadeel heeft doorberekend aan haar afnemers heeft TenneT geen schade meer, aldus het hof. Wel overweegt het hof dat van een *verplichting* van TenneT jegens ABB om de hogere prijzen door te berekenen aan indirecte afnemers geen sprake kan zijn, en de redelijkheid zich verzet tegen een beroep van ABB daarop (r.o. 3.32). Het bovenstaande voorkomt volgens het hof dat TenneT vergoeding ontvangt van (uiteindelijk) niet door haar geleden schade én dat ABB meermaals wordt aangesproken tot vergoeding van dezelfde schade. Het hof vraagt de schadestaatrechter om aandacht te besteden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de verdeling van de bewijslast en daarbij acht te slaan op art. 13 van de (concept-)Richtlijn (r.o. 3.33). Vanwege het voorgaande overweegt het hof dat niet wordt toegekomen aan (de vereisten van) voordeelstoerekening (r.o. 3.34).

TenneT en ABB stellen respectievelijk principaal en incidenteel cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Beide beroepen hebben betrekking op (de beoordeling van) het *passing-on* verweer.

3 Causale (voordeels)toerekening en het Europese recht

In cassatie klaagt TenneT dat het hof heeft miskend dat een beroep op het *passing-on* verweer moet worden gekwalificeerd en behandeld als een beroep op voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW.

Art. 6:100 BW bepaalt dat indien ‘een zelfde gebeurtenis’ naast schade ook voordeel oplevert voor de benadeelde, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dit laatste ‘redelijk’ is. Uit de memorie van toelichting blijkt dat een dergelijke bepaling in andere jurisdicties niet of niet in een zodanig algemene formulering in de wet is opgenomen, omdat dit beginsel wordt geacht onderdeel uit te maken van het begrip schade. De wetgever zegt hierover:

‘Of dit standpunt juist is, kan in het midden worden gelaten, daar het in ieder geval gewenst is, dat de negatieve factor, die bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking behoort te worden genomen, in de wet vermeld wordt. Over de vraag hoe in concrete gevallen de voordeelstoerekening moet plaats vinden, is de wetenschap nog niet tot klaarheid gekomen. Daarom laat de redactie van deze bepaling aan de rechtspraak de nodige vrijheid.’¹⁰

De Hoge Raad heeft de door de wetgever verschaftte vrijheid aanvankelijk benut om een (ook naar eigen zeggen¹¹) stringente koers te varen ten aanzien van het vereiste van ‘een zelfde gebeurtenis’. In het arrest Vos/TSN van 10 juli 2009¹² oordeelde de Hoge Raad in een geschil over wanprestatie dat de

winst die TSN door *eigen inspanningen* had behaald door het sluiten van vervangende overeenkomsten, niet op grond van art. 6:100 BW kon leiden tot vermindering van de schadevergoeding ten gevolge van de niet-gerechvaardigde ontbinding door Vos, nu schade en voordeel niet waren veroorzaakt door ‘een zelfde gebeurtenis’. Deze stringente lijn van de Hoge Raad komt er in feite op neer dat het genoten voordeel slechts voor verrekening in aanmerking komt, indien het *onmiddellijk* (dus zonder actief handelen van de gelaedeerde) voortspuit uit het schadeveroorzakende feit.¹³ In het meer recente arrest Van der Heijden/Dexia van 29 april 2011,¹⁴ waarin de Hoge Raad de stringente uitleg van het vereiste nog steeds duidelijk vooropstelt, wordt door de literatuur wel gelezen dat het criterium (althans in een geval van schendingen van financiële zorgplichten bij samenhangende transacties) wat minder strikt wordt toegepast.¹⁵

In zijn conclusie gaat A-G Keus uitvoerig in op het principiële debat in de literatuur omtrent de materieelrechtelijke inbedding van het *passing-on* verweer als direct schadeverweer (in het kader van de vermogensvergelijking ex art. 6:95-97 BW) of als voordeelstoerekening.¹⁶ In dat debat zijn twee richtingen te onderscheiden. Voorstanders van de eerste benadering benadrukken het *economisch feit* dat ondernemingen hun hogere inkoopkosten doorberekenen in hun eigen prijzen (oftewel: nauwe economische samenhang tussen de meerkosten en de doorberekening) en dat de stringente vereisten van voordeelstoerekening het risico van overcompensatie meebrengen. Voorstanders van de tweede benadering benadrukken daarentegen dat de doorberekening van de *overcharge* een *actieve of eigen keuze en afweging* van de betrokken onderneming betreft (oftewel: causaal gezien eigen handelen van de gelaedeerde) en dat het honoreren van het *passing-on* verweer het risico meebrengt dat het door de karteldeelneer behaalde voordeel niet wordt ontnomen. De A-G kiest de richting dat het *passing-on* verweer de vaststelling van de schade betreft en niet aan de hand van art. 6:100 BW moet worden beoordeeld. Daarin blijken de stringente vereisten die de Hoge Raad tot dusver stelde aan een succesvol beroep op voordeelstoerekening doorslaggevend. Deze vereisten acht de A-G in strijd met art. 3 lid 3 van

13. Overigens verdient opmerking dat Bakels, een van de raadsheren die het arrest heeft gewezen, het volgende heeft geschreven over het arrest: ‘Het oordeel van de Hoge Raad is klaarblijkelijk bepaald door de in r.o. 3.5.2 en 3.6 vermelde omstandigheid dat in cassatie moest worden aangenomen dat de reparatiecapaciteit van TSN door de – inmiddels ontbonden – overeenkomst niet volledig was gevuld, in die zin dat TSN deze contracten ook vóór opzegging of ontbinding had kunnen sluiten. Heel veel meer moet er mijns inziens niet in worden gelezen’, zie F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW, deel B58), Deventer: Kluwer 2011, p. 115. Hieruit leidt Van Dijk af dat indien het voorgaande in cassatie niet had vastgestaan, voordeelstoerekening mogelijk wel (al dan niet gedeeltelijk) had moeten plaatsvinden. Zie Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening*, in: U. Magnus & Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht* (Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), nr. 3), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 64.

14. HR 29 april 2011, NJ 2013/40.

15. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/100.

16. ECLI:NL:PHR:2016:70, zie nr. 2.11 e.v.

10. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 348.

11. HR 29 april 2011, NJ 2013/40, r.o. 4.3.4.

12. HR 10 juli 2009, NJ 2011/43.

de Richtlijn, waarin een verbod op overcompensatie is vastgelegd, met art. 13 van de Richtlijn, waarin is bepaald dat het *passing-on* verweer moet worden toegelaten binnen de nationale rechtsorde, en met art. 12 lid 2 van de Richtlijn, waarin is bepaald dat lidstaten ter voorkoming van overcompensatie procedurevoorschriften moeten vaststellen om ervoor te zorgen dat de vergoeding op elk niveau van de toeleveringsketen niet meer bedraagt dan de schade die de *overcharge* in dat stadium heeft berokkend. Wanneer het *passing-on* verweer wordt beoordeeld langs de stringente lijn van Vos/TSN, dan kan inderdaad worden betwijfeld of de prijsverhoging die de afnemer doorberekent, kan worden aangemerkt als ‘een zelfde gebeurtenis’ als de mededingingsrechtelijke inbreuk en of, zo daar (in de zin van art. 6:100 BW) sprake van is, het in rekening brengen van dat voordeel wel redelijk is. Volgens de A-G is het onverenigbaar met de Richtlijn dat

‘(...) het welslagen van het doorberekeningsverweer afhankelijk wordt gesteld van nationale opvattingen van het causale verband tussen doorberekening en mededingingsinbreuk en van de identiteit van de gebeurtenis waaruit de schade en het “voordeel” van de doorberekening voortvloeien, en evenmin dat aan de nationale rechter wordt overgelaten te beslissen of en in hoeverre doorberekening redelijk is.’ (nr. 2.28)

De uitkomst van de redenering van de A-G lijkt ons juist, mits gelezen in het licht van de *eerdere* jurisprudentie van de Hoge Raad en de Richtlijn. Op de redenering in nr. 2.28 valt echter wel wat af te dingen. Uit het Kone-arrest van het HvJ EU van 5 juni 2014¹⁷ volgt dat, bij gebreke aan een Unierechtelijke regeling, het aan de interne rechtsorde van lidstaten is om regels te stellen over de toepassing van het causaal verband. Als grens van die nationaalrechtelijke vrijheid geldt dat de regels binnen de interne rechtsorde van de lidstaten de beginselen van gelijkheidwaardigheid en doeltreffendheid moeten respecteren en de volle werking van art. 101 VWEU moeten garanderen. Aan die volle werking wordt volgens het HvJ EU afbreuk gedaan indien het recht om schadevergoeding te vorderen op *categorische wijze* en *los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval* afhankelijk wordt gesteld van een rechtstreeks causaal verband. De Richtlijn bevat uitdrukkelijk *geen* regeling ten aanzien van het causaal verband.¹⁸ De vraag of sprake is van een voldoende nauw causaal verband tussen de mededingingsinbreuk en de prijsverhoging en – logischerwijs – vervolgens het besluit van de directe afnemer om deze door te berekenen, dient dan ook in beginsel te worden beantwoord aan de hand van de nationale regels, met inbegrip van art. 6:95-97 en 6:100 BW. De bepalingen van de Richtlijn waarop de A-G zijn betoog baseert, beletten naar ons oordeel dan ook niet *categorisch* dat onder nationaal recht op basis van *concrete omstandigheden* wordt geoordeeld dat een onvoldoende nauw causaal verband bestaat tussen de mededingingsinbreuk en de doorberekening van de *overcharge* door de gela-

deerde, of dat toerekening daarvan aan de gelaedeerde niet redelijk is, en dat om die reden een beroep op het *passing-on* verweer faalt. Zo is denkbaar dat onder nationaal recht relevant wordt geacht in welke mate er een *direct* verband bestaat tussen de inkoop van door het kartel bestreken goederen of diensten en de verkoop van door de gelaedeerde geproduceerde goederen of geleverde diensten. Zo kunnen deze goederen in de onderneming van de gelaedeerde de functie van grondstof, halffabricaat, voorraad of juist een facilitaire functie hebben, en zal de doorberekening afhankelijk daarvan al dan niet direct plaatsvinden in de kostprijs van specifieke goederen of diensten, dan wel worden aangemerkt als algemene kosten en als overhead veel minder direct worden doorberekend in alle activiteiten van de onderneming. Onderdeel 1.a van de cassatiemiddelen van TenneT, waarin diverse omstandigheden worden opgesomd die volgens TenneT relevant zijn voor de redelijke toerekening van het voordeel, rust op het oog goeddeels op dezelfde gedachte. Theoretisch is het ook mogelijk dat onder nationaal recht relevant zou worden geacht dat de gelaedeerde onderneming voorafgaand aan het kartel heeft geconstateerd dat de markt ruimte biedt voor hogere winstmarges en daarom (als eigen keuze) besloten heeft om hogere marges te gaan rekenen, maar daarin door de hogere inkoopkosten als gevolg van het kartel niet is geslaagd. In dit soort omstandigheden zou kunnen worden geoordeeld dat een (voldoende nauw) causaal verband tussen de *overcharge* en de doorberekening daarvan ontbreekt, dan wel dat het verdisconteren van de doorberekening in de gegeven omstandigheden niet redelijk is. Zoals hierna blijkt, volgt de Hoge Raad de A-G niet in zijn opvatting dat het welslagen van het doorberekeningsverweer (geheel) niet afhankelijk mag worden gesteld van nationale opvattingen, en stelt de Hoge Raad terecht de eis dat verdiscontering plaatsvindt voor zover dat *redelijk* is.

De Hoge Raad maakt min of meer een einde aan de discussie of een *passing-on* verweer gezien moet worden als onderdeel van de schadevaststelling dan wel als voordeelstoerekening door te overwegen dat beide routes mogelijk zijn. De Hoge Raad baseert zich daarbij in belangrijke mate op de wetgeschiedenis van art. 6:100 BW, waarin als gezegd valt te lezen dat de wetgever in het midden laat of voordeelstoerekening al in het begrip schade ligt ‘opgesloten’ (r.o. 4.4.2). De Hoge Raad overweegt dat art. 6:100 BW allereerst vereist dat sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en voordeel, en dat vervolgens moet worden beoordeeld of het in rekening brengen van die voordelen redelijk is met inachtneming van de maatstaf van art. 6:98 BW. Voor zover in eerdere uitspraken meer of andere eisen zijn gesteld aan ‘een zelfde gebeurtenis’, komt de Hoge Raad daarvan in een algemene overweging – die niet slechts ziet op kartelschade, maar klaarblijkelijk op alle soorten schade – terug (r.o. 4.4.3). De Hoge Raad overweegt:

‘In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn

17. HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12.

18. Zie overweging 11 van de Richtlijn.

geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.' (r.o. 4.4.5)

De slotsom is dat de Hoge Raad in het arrest expliciet afstand neemt van zijn oude leer inzake art. 6:100 BW en beide benaderingen gelijktrekt. Daarmee kiest de Hoge Raad voor een interpretatie van art. 6:100 BW die eerder door Rijsterborgh¹⁹ en Van Dijk²⁰ is bepleit. Door zijn stringente leer in het kader van art. 6:100 BW te verlaten haalt de Hoge Raad (in belangrijke mate) de angel uit de Europeesrechtelijke discussie omtrent overcompensatie (r.o. 4.4.6). Voor het oordeel van de Hoge Raad dat het materieelrechtelijk bezien niet uitmaakt of de beoordeling van de toerekening van voordeel plaatsvindt binnen het schadebegrip of binnen het kader van art. 6:100 BW valt, gelet op de wetsgeschiedenis, veel te zeggen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad en het expliciete gebruik van het woord 'redelijk' valt af te leiden dat beide benaderingen de rechter toestaan om een *passing-on* verweer te passeren, indien de rechter op basis van de feiten en omstandigheden van oordeel is dat het niet redelijk is om het 'genoten voordeel' (de doorberekende meerkosten) causaal toe te rekenen aan de mededingingsinbreuk. Ons inziens heeft de Hoge Raad daarmee terecht bevestigd dat opvattingen in het nationale recht omtrent causale toerekening en redelijkheid wel degelijk relevantie mogen hebben voor het al dan niet slagen van het *passing-on* verweer en in zoverre voor de beoordeling of al dan niet sprake is van overcompensatie.

4 Bewijslastverdeling bij 'genoten voordeel'

De gelijktrekking door de Hoge Raad van het schadebegrip en het beroep op voordeelstoerekening komt ook tot uitdrukking in de bewijslastverdeling. Volgens de Hoge Raad *kan* de rechter zowel bij het schadebegrip als bij voordeelstoerekening dezelfde regels hanteren voor de stelplicht en bewijslast. De Hoge Raad wijst erop dat bij het schadebegrip in beginsel de gewone bewijsregels gelden, maar dat de rechter op basis van art. 6:97 BW bevoegd is de schade te begroten *op de wijze die met de aard van de schade in overeenstemming is*, of de schade te schatten. Hierdoor bestaat voldoende ruimte om, net als bij voordeelstoerekening, de stelplicht en de bewijslast van de feiten die ten grondslag liggen aan het *passing-on* verweer bij de aansprakelijke partij te leggen, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.4.4). Hierbij verwijst de Hoge Raad uitdrukkelijk naar (zijn bespreking van) de bewijslastverdeling bij het *passing-on* verweer als neergelegd in art. 13 van de Richtlijn. Op dit punt biedt het arrest de kartelschadepraktijk duidelijkheid over de bewijslastverdeling.

In het kader van herziening van de vereisten voor voordeelstoerekening c.q. de gelijkschakeling van de causaliteitseisen in het kader van art. 6:95-97 jo. art. 6:98 BW enerzijds en art. 6:100 BW anderzijds, constateerden wij hiervoor dat de Hoge Raad zich in algemene zin uitlaat en zijn overwegingen niet toesnijdt op kartelschade. Daarmee lijkt de koerswijziging van de Hoge Raad ten aanzien van art. 6:100 BW ook buiten het terrein van de kartelschade – dat wil zeggen: bij alle soorten schade – relevant. Voor wat betreft de daaraan verbonden bewijslastverdeling is dit echter onduidelijk. De Hoge Raad overweegt in *algemene* zin slechts dat de rechter bij beide benaderingen dezelfde regels *kan* hanteren (r.o. 4.4.4). Het oordeel dat art. 6:97 BW de rechter voldoende ruimte biedt om niet alleen de stelplicht, maar ook de bewijslast bij de aansprakelijke partij te leggen, wordt in diezelfde rechtsoverweging echter vrij nadrukkelijk aan kartelschade verbonden door een verwijzing naar de bewijslastverdeling uit hoofde van art. 13 van de Richtlijn. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de rechter vrij is te bepalen welke benadering (vermogensvergelijking of voordeelstoerekening) hij volgt bij de beoordeling van een 'doorberekeningsverweer als het onderhavige' (r.o. 4.4.5). Uit het arrest volgt wat ons betreft niet duidelijk hoe deze overwegingen zich verhouden tot de bewijslastverdeling bij andersoortige schade. Er bestond voor de Hoge Raad geen noodzaak om hieraan verdere overwegingen te wijden, maar desalniettemin was een *obiter dictum* ter voorkoming van onduidelijkheden wenselijk geweest voor de rechtspraktijk, want meerdere interpretaties lijken nu mogelijk.

In de eerste plaats is bepleitbaar dat de Hoge Raad bedoeld heeft dat de rechter slechts in geval van een doorberekeningsverweer de vrijheid heeft om te bepalen of hij dit verweer benadert op basis van art. 6:95-97 BW of op basis van voordeelstoerekening, en dat de (nieuwe) bewijslastregel in het kader van art. 6:95-97 BW specifiek is toegesneden op kartelschade (en art. 13 Richtlijn). Dat zou betekenen dat een beroep op 'genoten voordelen' bij andersoortige schade in beginsel (uitsluitend) zou moeten worden beoordeeld op basis van de (door dit arrest herziene) vereisten van art. 6:100 BW. Bij een beroep op voordeelstoerekening is het de aangesproken partij die de stelplicht en bewijslast heeft, omdat deze partij de rechtsgevolgen van art. 6:100 BW inroept.²¹ Deze interpretatie is in zoverre zwak, dat deze minder goed te verenigen is met de wetsgeschiedenis en het belang dat de Hoge Raad in het kader van de 'gelijkschakeling' aan de wetsgeschiedenis hecht. Het is ook mogelijk dat de Hoge Raad met zijn verwijzing naar de aard van de schade (in art. 6:97 BW) heeft geoordeeld dat in algemene zin heeft te gelden dat de aangesproken partij de stelplicht en bewijslast draagt ten aanzien van eventueel 'voordeel' dat de benadeelde partij heeft 'genoten'. Het te verdisconteren *voordeel* is in die interpretatie *naar zijn aard* een onderdeel van de mogensvergelijking, waarvoor de aangesproken partij de bewijslast draagt. Daarmee zou ook de bewijslastverdeling ingevolge art. 6:97 en 6:100 BW worden

19. Zie A.J. Rijsterborgh, 'Een zelfde gebeurtenis' in art. 6:100 BW, AV&S 2012/6.

20. Zie Van Dijk 2015, p. 41, 61-62 en 72-73.

21. Zie R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 voor commentaar op art. 6:100 BW.

gelijgeschakeld, hetgeen ons wenselijk lijkt. Tot slot is alleszins denkbaar dat de Hoge Raad weliswaar in TenneT/ABB het schadebegrip en de voordeelstoerekening op het vlak van materiële vereisten ook voor andersoortige schade gelijkgetrokken heeft, maar zich eenvoudigweg (nog) niet in algemene zin heeft uitgelaten over de alsdan geldende bewijslastverdeling. Uitgangspunt bij het schadebegrip is dat de stelplicht en de bewijslast van de (omvang) van de schade liggen bij de benadeelde partij, en dat de stelling van de aangesproken partij dat geen of minder schade is geleden deze bewijslast *niet* doet verspringen naar de aangesproken partij.²² In de praktijk zal ongetwijfeld blijken dat de rechter voldoende ruimte heeft om de aangesproken partij (steeds) een (verzwaarde) stelplicht en/of bewijslast op te leggen ten aanzien van (in ieder geval) de feiten die ter onderbouwing daarvan door de aangesproken partij worden gesteld, zo nodig in verband met de aard van de schade dan wel door het gestelde voordeel alsnog op basis van art. 6:100 BW te beoordelen.

5 *Volume effects*

In zijn arrest gaat de Hoge Raad niet in op de *volume effects* die het gevolg zijn van het doorberekenen van de *overcharge*. Die rechtsvraag lag als zodanig ook niet voor. Niettemin zijn *volume effects* in het kader van (de bewijslastverdeling bij) het *passing-on* verweer relevant, omdat *volume effects* causaal gezien onlosmakelijk verbonden zijn met het *passing-on* verweer. Immers, doorberekening van de *overcharge* zal doorgaans een rechtstreeks, drukkend effect hebben op de omzet en daarmee op de winst van de (directe) afnemer.

Het Duitse Bundesgerichtshof heeft in het ORWI-arrest van 28 juni 2011²³ dit onlosmakelijke verband tussen het *passing-on* verweer en *volume effects* onderkend en hieraan rechtsgevolgen verbonden. Onder Duits recht wordt het *passing-on* verweer gekwalificeerd als een beroep op *Vorteilsausgleich*. Het (niet algemeen gecodificeerde) leerstuk van *Vorteilsausgleich* vertoont, met inachtneming van de koerswijziging van de Hoge Raad en de nadruk die in TenneT/ABB wordt gelegd op de redelijkheid bij toerekening van voordeel, sterke gelijkens met de voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW.²⁴ In het ORWI-arrest oordeelde het Bundesgerichtshof dat de karteldeelne­mer in het kader van een beroep op *Vorteilsausgleich* moet aantonen dat het gestelde doorberekenen van de *overcharge* niet ook tot nadelige gevolgen heeft geleid voor de (directe) afnemer, in het bijzonder doordat sprake is van

winstderving door *volume effects*, die het beweerdelijke voordeel dat de afnemer heeft behaald door *passing-on* geheel of gedeeltelijk tenietdoet.²⁵

Omdat het *passing-on* verweer en de *volume effects* qua *condicio sine qua non onmiddellijk* met elkaar samenhangen, zijn er goede gronden om een beroep op *volume effects* niet te kwalificeren als een nieuwe vordering van de afnemer vanwege winstderving. Het ligt veeleer voor de hand om het beroep op *volume effects* te kwalificeren als gemotiveerde betwisting van de stelling van de karteldeelne­mer dat de afnemer zijn schade door *passing-on* (geheel of gedeeltelijk) – daadwerkelijk – heeft gemitigeerd. Wanneer de route van art. 6:100 BW wordt bewandeld, dan zou het beroep op *volume effects* kunnen worden gekwalificeerd als een gemotiveerde betwisting van de stelling dat de afnemer (in zoverre) door *passing-on* zijn voordeel heeft genoten. De uiteindelijke bewijslast zou dan blijven rusten op de karteldeelne­mer. Nu de Hoge Raad de bewijslastverdeling bij art. 6:100 BW en het schadebegrip (in ieder geval bij het *passing-on* verweer in kartelschadezaken) heeft gelijkgetrokken, en de stelplicht en bewijslast van het *passing-on* verweer (ook) binnen het schadebegrip zullen rusten op de karteldeelne­mer, ligt het in de rede dat ook in geval van een beoordeling langs de maatstaf van art. 6:95-97 BW de bewijslast voor *volume effects* niet verschuift naar de (directe) afnemer indien deze zich beroept op winstderving. Daarmee kan worden voorkomen dat er sprake is van *ondercompensatie*, waarmee recht wordt gedaan aan het feit dat het Europese recht een recht op compensatie voor winstderving uitdrukkelijk voorschrijft²⁶ en de Richtlijn juist bovenal de bedoeling heeft om volledige compensatie te bevorderen.²⁷

De Richtlijn lijkt geen verandering te brengen in de (huidige) bewijslastverdeling bij een beroep op *volume effects*. Art. 12 lid 3 van de Richtlijn bepaalt slechts dat het recht op schadevergoeding van de afnemer vanwege winstderving als gevolg van doorberekening van de *overcharge* onverlet wordt gelaten. Anders dan bij het *passing-on* verweer bepaalt de Richtlijn niets over de ter zake geldende bewijslastverdeling. De Duitse wetgever veronderstelt dat de regels uit het ORWI-arrest en

22. Zie Boonekamp & Valk 2016 voor commentaar op art. 6:97 BW.

23. BGH 28 juni 2011, KZR 75/10.

24. De uitkomst van *Vorteilsausgleich* wordt in de Duitse rechtspraak overigens in hoge mate bepaald door normatieve overwegingen. Magnus schrijft hierover: 'Today the general causation concept is further refined by normative considerations, in particular the protective purpose of the norm that has been infringed. (...) These are mainly equity and policy considerations which now govern the outcome of the *Vorteilsausgleichung*.' Zie U. Magnus, 'Vorteilsausgleichung' – A Typical German Institute of the Law of Damages?, in: U. Magnus & Chr. van Dijk, Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht (Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), nr. 3), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 8-9.

25. In r.o. 69 van het ORWI-arrest heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld: '(1) Um erfolgsversprechend eine Vorteilsausgleichung geltend zu machen, muss der beklagte Kartellteilnehmer zunächst anhand der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt (...) plausibel dazu vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht kommt. Weiter ist darzutun und gegebenenfalls nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist. Der Kartellteilnehmer hat auch darzulegen, wie sich gegebenenfalls eigene Wertschöpfungsanteile des weiterverkauften Abnehmers (...) auf den Vorteilsausgleich auswirken. Soweit sich Preiserhöhungen auf den eigenen Wertschöpfungsanteil des Weiterverkäufers beziehen, können sie nicht als kartellbedingt angesehen werden.'

26. Zie reeds HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan) en art. 3 lid 2 van de Richtlijn.

27. Zie art. 3 lid 1 en 2 van de Richtlijn.

de Richtlijn met elkaar in overeenstemming zijn.²⁸ In de memorie van toelichting bij de Nederlandse Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht is de wetgever niet ingegaan op het onlosmakelijke verband tussen *passing-on* en *volume effects* en de discussie over bewijslastverdeling die in het verlengde daarvan speelt. Bij de internetconsultatie die voorafging aan de implementatiewet van de Richtlijn zijn de *volume effects* evenmin aan de orde gesteld. Wellicht zal deze kwestie wel haar beslag krijgen in de schadestaat van TenneT/ABB. Wij zien dan ook uit naar TenneT/ABB II.

6 Afsluiting

De klachten in cassatie tegen het arrest van het hof worden door de Hoge Raad in zoverre gegrond bevonden, dat het bestreden oordeel aan de rechter in de schadestaatprocedure te weinig ruimte laat om in de omstandigheden van het geval te bepalen welke van beide benaderingen de voorkeur verdient (r.o. 4.5), en kan in zoverre niet in stand blijven. De gegrondheid van die klachten leidt er echter niet toe dat de beslissing van het hof om de zaak naar de schadestaatprocedure te verwijzen niet in stand kan blijven, reden waarom de Hoge Raad het cassatieberoep uiteindelijk verwerpt.

28. Zie het *Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 62-63: 'Der Einwand der Schadensabwälzung und die Voraussetzungen dieser Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzansprüchen wegen Verstößen gegen § 1 oder Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sind im Wesentlichen durch die sogenannte ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs geprägt (...). Da der Einwand der Schadensabwälzung bereits von der Rechtsprechung anerkannt ist, dient Satz 2 insoweit der Klarstellung, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass der Einwand auch bei anderen Verstößen gegen den ersten Teil dieses Gesetzes oder gegen Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zu berücksichtigen ist.' Over winstderving en *volume effects* merkt de Duitse wetgever in deze context op: 'Von der Einwendung nach Satz 2 bleiben entgangene Gewinne nach § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unberührt. Solche Gewinneinbußen treten typischerweise auf, wenn die Weitergabe einer kartellbedingten Preiserhöhung einen Rückgang der Nachfrage und damit einen verringerten Absatz zur Folge hat.'