

# Artikel

## Schadebegroting bij een doorberekeningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening

Prof. mr. A.L.M. Keirse en mr. dr. M. van Kogelenberg\*

### 1. Inleiding

Een onderneming die het slachtoffer is van een kartel en aan wie door een karteldeelnemer een te hoge prijs in rekening is gebracht, heeft recht op schadevergoeding. Deze aanspraak komt evenwel ter discussie te staan wanneer de benadeelde onderneming de meerkosten als gevolg van het kartel heeft doorberekend aan haar eigen klanten, de op haar volgende schakels in de (distributie)keten. Schadevergoeding brengt dan dubbel incasseren mee. Naar het recht van morgen is deze kwestie opgehelderd. Het Europese recht betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken en de toekomstige Nederlandse wetgeving ter implementatie daarvan spreken duidelijke taal: een kartelslachtoffer heeft recht op volledige schadevergoeding, maar dit mag niet leiden tot overcompensatie. Het Europese recht wil enerzijds tegengaan dat een kartelslachtoffer een vergoeding ontvangt voor schade die naar een derde partij is verlegd. Anderzijds wil dit recht voorkomen dat een karteldeelnemer die ook wordt aangesproken door indirecte afnemers in de keten, bijvoorbeeld consumenten, meermaals tot vergoeding van dezelfde schade wordt

veroordeeld. Dit betekent dat het zogenoemde doorberekeningsverweer toekenning verdient.

Naar aanleiding van een kartel dat zich decennia voor dit nieuwe recht heeft afgespeeld, heeft de Hoge Raad evenwel in zijn arrest *TenneT c.s./ABB c.s.* van 8 juli 2016 moeten oordelen over de vraag hoe dit doorberekeningsverweer naar Nederlands schadevergoedingsrecht juridisch-technisch kon en (conform toekomstig recht) kan worden gehonoreerd.<sup>1</sup> Volgens de Hoge Raad kon en kan dit verweer zowel in het kader van de schadebegroting als in het kader van de voordeelstoerekening worden beoordeeld. Ten aanzien van laatstgenoemd leerstuk komt de Hoge Raad hierbij expliciet terug op zijn eerdere rechtspraak over artikel 6:100 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hij draagt een nadrukkelijk bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening aan.

Het gevolg is dat dit arrest niet alleen in de praktijk van het (Europeesrechtelijke) mededingingsrecht, waar het debat over het doorberekeningsverweer de gemoederen reeds jaren hevig in beweging brengt,<sup>2</sup> maar ook in de

\* Prof. mr. Anne Keirse is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht. Zij is daarnaast (parttime) raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam. Mr. dr. M. van Kogelenberg is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT c.s./ABB c.s.*).  
2. Verwezen zij naar de conclusie van L.A.D. Keus bij het arrest HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT c.s./ABB c.s.*), ook voor verdere verwijzingen.

contractenrechtspraktijk onstuimige reacties uitlokt.<sup>3</sup> Mede door het geruchtmakende arrest Vos/TSN<sup>4</sup> is immers bij velen – onzes inziens ten onrechte<sup>5</sup> – het gevoel opgekomen dat twee keer vangen in het contractuele schadevergoedingsrecht is toegestaan doordat een succesvol beroep op voordeelstoerekening aan te strikte banden is gelegd.<sup>6</sup> Eerste reacties op het recente arrest TenneT c.s./ABB c.s. suggereren dat de Hoge Raad nu uitdrukkelijk – onder druk van het Europese recht – van deze lijn is afgestapt.<sup>7</sup> In het navolgende bespreken wij dat de soep echter niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend.

3. In het korte tijdsbestek tussen het wijzen van dit arrest TenneT c.s./ABB c.s. en het ter perse gaan van dit nummer van Contracteren heeft het arrest ten minste reeds een negental blogs uitgelokt. Zie bijvoorbeeld A. van Duijn, Voordeelstoerekening: Hoge Raad zwakt eisen aan 'eenzelfde gebeurtenis' af, <dirkzwagerasv.nl>, 13 juli 2016; A. van Duijn, Keuzevrijheid Feitenrechter: Doorberekeningsverweer als schade(omvang)verweer of als beroep op voordeelstoerekening, <dirkzwagerasv.nl>, 13 juli 2016; A. Rosielle, TenneT/ABB: toelichting Hoge Raad bij schadeberekening in kartelschadezaken, <www.boekel.com>, 15 juli 2016; S. Beesten & C.J. de Boer, Duivels dilemma voor rechter in private enforcement zaken?, <www.vandoorne.com/kennisdeling>, <www.dandoorne.com/kennisdeling/nieuws>, 26 juli 2016; S. van der Heul, Doorberekeningsverweer in kartelschadezaken, <dirkzwagerasv.nl>, 26 juli 2016; A.L.M. Keirse, In lijn met Europees schadevergoedingsrecht wendt de Hoge Raad overcompensatie af, blog.UCALL.nl, 4 augustus 2016; M. van Asperen, Directe schade of voordeelstoerekening? – bij een doorberekeningsverweer is de keuze aan de rechter, <cassatieblog.nl>, 18 augustus 2016; F. van der Woude, Hoe wetenschap de Hoge Raad verder helpt, <kvdl.nl/nieuws>, 18 augustus 2016; R. Wieringa, Het 'passing-on'-verweer: benaderen als schadeverweer of als voordeelstoerekening?, <schadeblog.nl>, 26 augustus 2016. Zie ook N. Groot, Het leed dat het doorberekeningsverweer heet, <www.akd.nl/b>, 14 juli 2015.
4. HR 10 juli 2009, NJ 2011/43 (Vos/TSN).
5. Zie A.L.M. Keirse, Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord, Contracteren 2009/4, p. 105-109; A.L.M. Keirse, Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II), NTBR 2011/23, p. 166-170; M. van Kogelenberg, Motive Matters! An Exploration of the notion of 'deliberate breach of contract' and its consequences for the application of remedies, Cambridge: Intersentia 2013, p. 109-110.
6. Zie T. Hartlief, Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht, WPNR (2010) 6829, p. 94; Jac. Hijma in zijn NJ-annotatie onder Vos/TSN, nr. 9; S.D. Lindenbergh, Over wat schade is..., WPNR (2010) 6867, p. 909. Zie onder meer ook D.A. Van der Kooij, Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN, MvV 2011/10, p. 249; J.H.M. Spanjaard, De internationale koop van een hijskraan: over rente en voordeelstoerekening, Contracteren 2016/1, p. 22-23.
7. Zo schrijft A. van Duijn in haar blog Voordeelstoerekening: Hoge Raad zwakt eisen aan 'eenzelfde gebeurtenis' af, <dirkzwagerasv.nl>, 13 juli 2016: 'Een geslaagd beroep op voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW leek sinds het arrest Vos/TSN uit 2009 vrijwel onmogelijk, doordat daarin het vereiste dat de schade en het voordeel uit "eenzelfde gebeurtenis" voortvloeien, strikt werd geïnterpreteerd. Nadat de Hoge Raad die eis in een effectenleasezaak uit 2011 al ruimer hanteerde, is de Hoge Raad daar thans in een arrest van 8 juli 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1483) helemaal van afgestapt.' In vergelijkbare zin oordeelt ook T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn recente Kroniek Vermogensrecht voor het NJB (NJB 2016/35) dat de benadering van de Hoge Raad in het onderhavige arrest 'enigszins verrassend' is en 'in strijd is met de eerdere omstrede uitspraak in Vos/TSN'. Tjong Tjin Tai vervolgt: 'De Hoge Raad vermeldt dan ook subtiel: "Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan 'eenzelfde gebeurtenis' bij voordeelstoerekening met toepassing van artikel 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug" (r.o. 4.4.3). Dit lijkt mij moeilijk anders te begrijpen dan als een terugkomen van TSN/Vos.'

In de volgende paragraaf schetsen wij eerst de achtergrond van het arrest TenneT c.s./ABB c.s. De zaak speelt zich af in de context van het Europese mededingingsrecht. Het betreft de nasleep van een internationaal kartel. Zogeheten *follow-on* kartelschadeprocedures zoals deze staan momenteel volop in de aandacht. Gefaciliteerd door ontwikkelingen van Europees recht is inmiddels een reeks van dit soort procedures aanhangig gemaakt. Bovendien is thans een wetsvoorstel aanhangig voor de Nederlandse implementatie van de Europese Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken.<sup>8</sup> Hoe deze ontwikkelingen het schadevergoedingsrecht bij schending van mededingingsrecht kleuren, bespreken wij hierna. Vervolgens zullen wij de blik verbreden en blootleggen dat de nood om overcompensatie af te wenden niet alleen in het kader van de mededinging in het Europese schadevergoedingsrecht besloten ligt, maar ook breder vragen oproept en moet worden betrokken in het algemene schadevergoedingsrechtelijke debat over toerekening, in het bijzonder voordeelstoerekening. Daarna zullen wij betogen dat hoewel de Hoge Raad 'om gaat' en de maatstaf voor voordeelstoerekening bijstelt, hieraan – anders dan eerste reacties willen doen geloven – geen (te) grote gevolgtrekkingen moeten worden verbonden. Wij besluiten deze bijdrage met de vaststelling dat de Hoge Raad onzes inziens niet zozeer grenzen verlegt, maar veeleer een verduidelijking biedt over de inbedding van het doorberekeningsverweer, alsmede het leerstuk van de voordeelstoerekening. Daarmee levert de Hoge Raad met dit arrest niet alleen een belangrijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling, maar geeft hij ook adequate handvatten voor de rechtspraktijk op deze terreinen.

## 2. Achtergrond: privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht

### 2.1 GGS kartel

Voor een goed begrip van de implicaties van het arrest TenneT c.s./ABB c.s. is het zaak eerst stil te staan bij de contextuele aanleiding voor deze zaak en de vraag naar (het bijstellen van) de maatstaf voor voordeelstoerekening. De setting is een internationaal kartel met een complexe structuur rondom de distributie van elektriciteit, dat zich in de loop van de jaren tachtig van de vorige eeuw tot begin deze eeuw ontvouwt. Meer in het bijzonder gaat het om een kartel rondom de levering en installatie van gasgeïsoleerd schakelmateriaal (GGs) – zwaar elektrisch materiaal dat wordt gebruikt in elektriciteitsonderstations om de energiestroom in elektriciteitsnetwerken te controleren –, reden waarom dit kartel bekend is geworden als het zogenoemde GGS-kartel, in het Engels als het *GIS cartel* (naar *Gas Insulated Switchgear*). Door kartelafspraken en marktverdeling coördi-

8. Kamerstukken II 2015/16, 34490.

neerden Japanse en Europese leveranciers van GGS aldus de toewijzing van GGS-projecten wereldwijd, met uitzondering van met name de VS en Canada. Aangenomen wordt dat de aangesproken partij in de onderhavige zaak, ABB c.s., in de periode van 15 april 1988 tot 2 maart 2004 deelgenomen heeft aan dit kartel, waarbij zij in dit verband een te hoge prijs in rekening heeft gebracht bij de verkoop en levering van GGS-installaties aan (onder meer) de eisende partij, TenneT c.s., een dochteronderneming van de Nederlandse Staat.<sup>9</sup>

Frappant is dat dit kartel tegen de lamp is gelopen doordat ABB c.s. zelf in 2004 hierover bij de Europese Commissie heeft geklikt. Daarop is een onderzoek gestart en bij beschikking van 24 januari 2007 heeft de Europese Commissie een mededingingsinbreuk vastgesteld door twintig rechtspersonen die behoren tot tien ondernemingen, waaronder ABB c.s. Zij heeft de karteldeelneemers – met uitzondering van ABB c.s. – boetes opgelegd, variërend van 1,35 miljoen tot ruim 396 miljoen euro, met een totaalbedrag aan boetes van bijna 750 miljoen euro.<sup>10</sup> Aan ABB c.s. is volledige boete-immuniteit verleend; door haar tip aan, medewerking met en clementieaanvraag bij de Europese Commissie heeft zij een boete van ruim 215 miljoen euro ontlopen.<sup>11</sup> Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat ABB c.s. door (een van de) kartelslachtoffers in een civiele procedure wordt betrokken en alsnog schadeclaims aan de broek krijgt. Dit brengt ons op de casus van TenneT c.s./ABB c.s.

## 2.2 De casus van TenneT c.s./ABB c.s.

In deze zaak vordert TenneT c.s. van ABB c.s. vergoeding van de schade, op te maken bij staat, die zij als gevolg van de mededingingsbeperkende kartelafspraken heeft geleden. TenneT c.s. heeft immers gedurende de kartelperiode, nadat zij daartoe een aanbesteding had gehouden, gasgeïsoleerd schakelmateriaal van ABB c.s. gekocht en geleverd gekregen ten behoeve van het schakelstation Eemshaven en daarvoor naar zij meent een hogere prijs betaald dan bij vrije mededinging het geval zou zijn geweest. TenneT c.s. begroot haar schade vooralsnog op een bedrag van bijna 30 miljoen euro, waarbij zij maatgevend acht hoeveel zij ABB c.s. voor het gekochte materiaal te veel heeft betaald, maar verzoekt

om verwijzing naar de schadestaatprocedure voor de concrete schadebegroting.

ABB c.s. verweert zich evenwel – voor zover in cassatie nog van belang<sup>12</sup> – door te stellen dat TenneT c.s. geen schade heeft geleden, althans veel minder dan wordt geclaimd. ABB c.s. voert aan dat TenneT c.s. de hogere kosten aan derden heeft kunnen doorberekenen door het hanteren van hogere elektriciteitsstarieven. Dit staat bekend als het doorberekeningsverweer of *passing-on* verweer. De precieze berekening van de prijsopslag enerzijds (oftewel de *overcharge*, waarbij wordt bedoeld op het verschil tussen hetgeen daadwerkelijk is betaald en hetgeen zonder kartelinbreuk zou zijn betaald) en de mate van doorberekening hiervan aan volgende schakels in de keten anderzijds, kan ook volgens ABB c.s. vooralsnog in het midden blijven en naar de schadestaatprocedure worden vooruitgeschoven. Echter, over de juridische uitgangspunten voor de schadeberekening wenst ABB c.s. wel een oordeel in de hoofdprocedure en dat is dan ook, zoals hierna in paragraaf 2.4 zal blijken, de inzet van de cassatieprocedure.

## 2.3 De Europeesrechtelijke tint van follow-on kartelschadeprocedures

Over zogenoemde *follow-on* kartelschadeprocedures zoals TenneT c.s./ABB c.s. is momenteel veel te doen.<sup>13</sup> Nu het hierbij gaat om de effectuering van afspraken die aan het EU-mededingingsrecht worden ontleend, wordt de ruimte die het nationale (schadevergoedings)recht hier heeft, sterk door ontwikkelingen in het Europese recht bepaald. Het is vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat eenieder het recht heeft om voor de nationale rechter vergoeding te vorderen van de volledige schade die hem door schending van EU-mededingingsrecht is berokkend.<sup>14</sup> Daar staat tegenover dat het EU-recht de nationale rechter niet belet te waken voor het risico dat bescherming van de door de EU-rechtsorde gewaarborgde rechten door dergelijk schadeverhaal uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.<sup>15</sup> De vaststelling van de schade door de nationale rechter dient, zolang een unierechte-

9. De mededingingsinbreuk door de onderneming ABB over de desbetreffende periode is door de Europese Commissie bij beschikking vastgesteld (Commissiebeschikking 24 januari 2007, zaak COMP/F/38.889 (Gas Insulated Switchgear)). De werkelijkheid is weerbarstiger. Opgemerkt zij allereerst dat de destijds handelende partijen (verkoper en koper van de GGS installaties) de rechtsvoorgangers zijn van de aangesproken ABB en TenneT. Bovendien betwist ABB haar rol in het kartel en in de eventuele opdrijving van de desbetreffende prijs. Zie de procedures in feitelijke instanties: Rb. 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, JOR 2013/129 m.nt. B.M. Katan; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, JOR 2014/265, m.nt. B.M. Katan en J.S. Kortmann.
10. Commissiebeschikking 24 januari 2007, zaak COMP/F/38.889 (Gas Insulated Switchgear). De samenvatting ter bekendmaking van de beschikking van 24 januari 2007 is gepubliceerd in het PbEU 2008, C 5, p. 7-10).
11. Op grond van de Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboetes en vermindering van geldboetes in kartelzaken, PbEU 2002, C 45, p. 3. Zie ook PbEU 2006, C 298.

12. In feitelijke instanties speelt in het bijzonder ook de kwestie van civielrechtelijke toerekening van mededingingsrechtelijke inbreuken en toerekening van kennis. Zie Rb. 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, JOR 2013/129, m.nt. B.M. Katan; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, JOR 2014/265, m.nt. B.M. Katan en J.S. Kortmann.
13. Zie onder meer A. Rosielle & M. Kuijper, TenneT/ABB – een richtinggevende uitspraak in Nederlandse follow-on procedures?, Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk 2013/5, p. 172-177; M. Kuijper & F. Leeflang, De richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht - gevolgen voor de praktijk, Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk 2014/3, p. 29-36; P.W. van Wijck & J.K. Winters, Pleiten, schikken of slikken; Een economische analyse van de Richtlijn inzake schadevorderingen bij inbreuken op het mededingingsrecht, M&M 2015/4, p. 141-152; M.E.A.M. Kouwenberg, Praktische aandachtspunten bij schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht, TAV 2016(1) 29.
14. HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, NJ 2002/43 (Courage en Crehan), r.o. 26; HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2012:685, NJ 2007/34 (Manfredi), r.o. 92-97.
15. HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, NJ 2002/43 (Courage en Crehan), r.o. 30.

lijke regeling (nog) ontbreekt, te geschieden volgens de criteria van het nationale recht. De europeesrechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid vereisen evenwel dat de criteria voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van aan Unierecht ontleende rechten, niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke zuiver nationaalrechtelijke vorderingen en dat deze criteria de vergoeding van de desbetreffende schade in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

De speelruimte van nationale schadevergoedingsbepalingen in dezen wordt inmiddels nog sterker begrensd door Richtlijn 2014/104/EU betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken (hierna: de Richtlijn).<sup>16</sup> Deze Richtlijn beoogt de handhaving van het EU-mededingingsrecht te garanderen door enerzijds de wisselwerking tussen de publiekrechtelijke en de civielrechtelijke handhaving daarvan te optimaliseren en door anderzijds te waarborgen dat degenen die benadeeld worden door inbreuken op het mededingingsrecht, hun recht op volledige schadevergoeding kunnen realiseren. Dit tegen de achtergrond van onderzoek waaruit bleek dat het recht inzake *follow-on* kartelschadeprocedures onderontwikkeld was en grote diversiteit toonde in de verschillende lidstaten.<sup>17</sup> Lidstaten wordt onder meer opgedragen om doeltreffende en gelijkwaardige maatregelen te treffen teneinde dit doel van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te effectueren. De Richtlijn bepaalt dat een inbreuk op het mededingingsrecht een aanspraak geeft op volledige vergoeding van schade, zodat de benadeelde in de positie wordt gebracht waarin deze zich zou hebben bevonden indien geen inbreuk was gemaakt. Volledige vergoeding uit hoofde van de Richtlijn mag evenwel uitdrukkelijk niet tot overcompensatie van kartelslachtoffers leiden.<sup>18</sup> Met zoveel woorden is bepaald dat de karteldeelneer, als verweerder in een *follow-on* schadevergoedingsprocedure, ter beperking van zijn schadevergoedingsplicht kan aanvoeren dat de eisende partij de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend aan volgende scha-

kels in de keten. Overwogen wordt dat wanneer een benadeelde partij het daadwerkelijke verlies heeft beperkt door het – volledig of ten dele – door te berekenen aan haar eigen afnemers, het aldus doorberekende verlies niet langer een nadeel vormt waarvoor de partij die dit heeft doorberekend, moet worden vergoed. Hieraan is toegevoegd dat de bewijslast dat de meerkosten zijn doorberekend op de voornoemde verweerder rust, die op zijn beurt van de eiser en/of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen.<sup>19</sup> Deze Richtlijn moet uiterlijk op 27 december 2016 in het nationale recht van de lidstaten zijn omgezet. In Nederland is daartoe het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht aanhangig.<sup>20</sup> De aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke richtlijnbevestigingen worden geïmplementeerd in een nieuw in te voegen afdeling 3B in titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, getiteld ‘Schending van het mededingingsrecht’. De bewijsrechtelijke bepalingen worden geïmplementeerd in een nieuw in te voegen afdeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), na artikel 843b Rv, onder de titel ‘Toegang tot bescheiden in zaken betreffende schending van mededingingsrecht’.<sup>21</sup>

Hoewel de onderhavige zaak TenneT c.s./ABB c.s. temporeel niet door de Richtlijn wordt bestreken – deelname aan het kartel speelde zich af vanaf eind jaren tachtig tot begin deze eeuw –, stelt de Hoge Raad voorop dat het wenselijk is om het op deze zaak toepasselijke Nederlandse recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de Richtlijn en het aanhangige wetsvoorstel tot implementatie daarvan. Overigens werd in de Nederlandse doctrine ook eerder al – vóór de totstandkoming van de Richtlijn – betoogd dat het doorberekeningsverweer naar Nederlands recht een geldig en succesvol verweer oplevert.<sup>22</sup> De Rechtbank Oost-Nederland ging hier evenwel niet in mee in de procedure in eerste aanleg tussen TenneT c.s. en ABB c.s. Het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep daarentegen wel, evenals de Hoge Raad, met uitdrukkelijke verwijzing naar het Europese recht en de (toen nog) ontwerp-Richtlijn. Over deze uitspraken in de volgende paragraaf meer.

#### 2.4 De uitspraak in TenneT c.s./ABB c.s.

De rechtbank verwerpt het doorberekeningsverweer van ABB c.s., wijst de vordering van TenneT c.s. toe en veroordeelt ABB c.s. tot vergoeding van schade aan TenneT c.s. op te maken bij staat. Volgens dit oordeel in eerste aanleg is hetgeen TenneT c.s. te veel heeft betaald maatgevend voor de schadebegroting, die in de

16. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU 2014, L 349, p. 1-19. Zie over deze richtlijn en de implicaties voor het Nederlandse recht onder andere E.J. Zippro & R. Meijer, Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken, MvV 2015, p. 114-126.
17. D. Waelbroeck, D. Slater & G. Even-Shoshan (red.), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules, comparative report, Brussel: Ashurst 2004, p. 1: ‘The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment.’ Voor Nederland is deze conclusie bevestigd in: M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat (red.), De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland. Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005, p. IX en 7. Zie ook Zippro & Meijer 2015, p. 114.
18. Overweging 13 en art. 3 en 12 Richtlijn.

19. Overweging 39 en art. 13 Richtlijn.
20. Kamerstukken II 2015/16, 34490, 2.
21. Een uitgebreide bespreking van dit wetsvoorstel gaat het bestek van dit artikel te buiten.
22. Zie de reactie van de Nederlandse regering op het Witboek van de Europese Commissie betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, p. 14; R.W.E. van Leuken, Zo. Nu eerst ... een passing-on verweer, WPNR 6734 (2007), p. 1030-1031.

schadestaatprocedure aan de orde komt. Vooruitlopend op deze schadestaatprocedure overweegt de rechtbank dat een eventueel beroep op voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW zal afstuiten op de redelijkheidstoets die in dit artikel besloten ligt. Daartoe overweegt de rechtbank dat het voordeel van TenneT c.s. als gevolg van het doorberekenen niet ten koste van ABB c.s. is behaald, maar ten koste van haar afnemers van de elektriciteit. Deze afnemers zullen de schade die ABB c.s. hun indirect heeft berokkend niet verhalen, terwijl TenneT c.s. de te verkrijgen schadevergoeding aan hen ten goede kan laten komen door vermindering van de toekomstige energieprijzen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden ziet dit anders en overweegt dat indien en voor zover van doorberekening door TenneT c.s. van de prijsopslag sprake zal blijken te zijn geweest, in zoverre van schade van TenneT c.s. geen sprake meer is. Zij is alsdan schadeloos gesteld door verhoging van haar prijzen in plaats van door toekenning van schadevergoeding. Desalniettemin bekrachtigt het hof het vonnis in eerste aanleg en de veroordeling van ABB c.s. tot betaling van schadevergoeding aan TenneT c.s., nader op te maken bij staat, blijft overeind staan. De twist over de wijze waarop het doorberekeningsverweer in de onderhavige zaak toepassing verdient, speelt immers eerst een rol in de fase van de schadestaatprocedure, terwijl ABB c.s. zich niet tegen de verwijzing daarnaar heeft verzet.

Aangezien TenneT c.s. en ABB c.s. beide in cassatie gaan, komt het niet direct tot deze schadestaatprocedure. Zowel het principale als het incidentele cassatieberoep ziet op de behandeling van het doorberekeningsverweer. Volgens TenneT c.s. miskent het hof dat het doorberekeningsverweer moet worden gekwalificeerd en behandeld als een beroep op voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW, ongeacht of in de vaststelling van de schade dan wel in de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding rekening wordt gehouden met een te verrekenen voordeel. Het hof zou er aan voorbijgaan dat ons recht enkel een saldering van voordeel en nadeel kent waarin rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. De omvang van de schadevergoeding zou met andere woorden voor TenneT c.s. hoger uitvallen als alle voorwaarden voor voordeelstoerekening zouden worden erkend. ABB c.s. wil daarentegen dat de Hoge Raad zich erover uitsprekt dat een naar redelijke verwachting optredende toekomstige doorberekening van de prijsopslag steeds dient te worden meegenomen, ofwel in de schadebegroting, ofwel in het kader van de voordeelstoerekening, en aldus een drukkend effect heeft op het recht op schadevergoeding. Centraal in cassatie staat aldus de volgende vraag:

‘De klachten stellen in de kern de vraag aan de orde of het doorberekeningsverweer van ABB c.s. moet worden beoordeeld als een onderdeel van de vraag in hoeverre TenneT c.s. schade hebben geleden als gevolg van de onrechtmatige handelwijze van ABB

c.s., of als een vraag van voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW).’<sup>23</sup>

De Hoge Raad kiest niet tussen beide, maar oordeelt dat de rechter met inachtneming van het partijdebat vrij is te bepalen welke van deze twee benaderingen hij volgt. De beoordeling van een doorberekeningsverweer kan worden betrokken op het schadebegrip, maar ook op de voordeelstoerekening:

‘Het maken van een keuze tussen de beide benaderingen is in zoverre niet van belang, dat door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenissen behaalde voordelen in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding moeten worden betrokken voor zover dat redelijk is.’<sup>24</sup>

Zoals in de volgende paragraaf wordt geduïd, gaat het om twee wijzen van benadering van het doorberekeningsverweer die niet wezenlijk van elkaar verschillen.<sup>25</sup> Stelplecht en bewijslast zijn evenmin doorslaggevend bij het maken van een keuze, aangezien de rechter daarvoor in beide benaderingen dezelfde regels kan hanteren. Weliswaar gelden in beginsel de gewone bewijsregels ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade, maar daarbij heeft de rechter ingevolge artikel 6:97 BW de vrijheid om de schade te begroten op de wijze die met de aard daarvan in overeenstemming is of om deze te schatten als de omvang daarvan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Dit geeft in de ogen van de Hoge Raad voldoende ruimte om, evenals het geval is in de benadering op de voet van artikel 6:100 BW, niet alleen de stelplecht, maar ook de bewijslast ten aanzien van de aan het doorberekeningsverweer ten grondslag gelegde feiten bij de aansprakelijke partij te leggen.<sup>26</sup> Dit past in de voetsporen van de Europese Richtlijn.<sup>27</sup> De slotsom is dat de veroordeling van ABB c.s. met verwijzing naar de schadestaatprocedure in stand blijft. Weliswaar corrigeert de Hoge Raad – naar aanleiding van gegrond bevonden cassatieklachten – het hof,<sup>28</sup> maar het principale cassatieberoep wordt verworpen omdat het niet kan leiden tot aanpassing van het dictum, terwijl het incidentele cassatieberoep, dat niet kan leiden tot cassatie, met toepassing van artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) wordt afgedaan. Dit betekent dat de rechter in de schadestaatprocedure die nu alsnog aan zet is (mits partijen deze schadestaatprocedure starten), bij de vaststelling van de te vergoeden schade de in dit arrest gegeven regels in zijn beoordeling moet betrekken en met inachtneming van de omstandigheden van het geval dient te bepalen of de

23. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.3.4.

24. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.4.2.

25. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.4.1.

26. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.4.4.

27. Art. 13 Richtlijn.

28. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.5.

weg van concrete schadebegroting dan wel het instrument van voordeelstoerekening de voorkeur verdient.

### 3. Inbedding in het nationale schadevergoedingsrecht

#### 3.1 Twee stromingen vloeien samen

Het (Nederlands) schadevergoedingsrecht draait om het bepalen van een adequate reactie op de wijziging in de positie van de benadeelde als gevolg van een normschending door de schadeveroorzaker. Het schadevergoedingsrecht heeft daarmee als opdracht de benadeelde partij zo veel mogelijk terug te brengen in de situatie waarin deze zonder de normschending zou hebben verkeerd. Dat betekent dat rechtens relevante schade, geleden in een rechtens erkend belang, die met de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis in voldoende causaal verband staat, volledig moet worden vergoed. Schade die niet geleden wordt en evenmin zal worden geleden, komt evenwel – wat daarvan ook de reden zij – niet voor vergoeding in aanmerking.

De gedachte achter het hier centraal gestelde doorberekeningsverweer is dat de omvang van het recht van een benadeelde op schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht vermindert, naargelang de benadeelde de schade aan derden heeft doorberekend. Zoals uit het voorgaande blijkt, is de discussie over de (on)toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer inmiddels verschoven naar de juridische inbedding daarvan. Buiten kijf staat dat het doorberekeningsverweer ook naar Nederlands recht, in navolging van het Europese recht, erkenning verdient in *follow-on* kartel-schadeprocedures. Dat zal ook met zoveel woorden worden neergelegd in de in te voeren afdeling 6.3.3B BW ter implementatie van de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke bepalingen uit de Richtlijn. Ontwerpartikel 6:193p BW implementeert de hier relevante eerste volzin van artikel 13 van de Richtlijn en luidt als volgt:

‘Een partij kan het verweer voeren dat de benadeelde de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten heeft doorberekend.’<sup>29</sup>

In het licht van het actuele, felle debat over het doorberekeningsverweer is er in reactie op de internetconsultatie van het voorontwerp op aangedrongen deze regeling nader uit te werken. De memorie van toelichting merkt op dat hieraan geen gevolg wordt gegeven, gezien het uitgangspunt dat het wetsvoorstel geen bepalingen bevat die verder gaan dan voor de implementatie van de Richtlijn noodzakelijk is.<sup>30</sup>

Wat betreft deze uitwerking, althans inbedding van het doorberekeningsverweer, zijn twee stromingen te onderscheiden die de Hoge Raad nu samen laat vloeien. De

meerderheidsopvatting is dat het doorberekeningsverweer direct de vaststelling van de schade betreft.<sup>31</sup> Daarbij wordt de omvang van de schade binnen de kaders van de artikelen 6:95–6:97 BW bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze werkelijk is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Het verdisconteren van de prijsopslag in de aan derden in rekening te brengen prijzen doet het negatieve effect op de daadwerkelijke vermogenspositie tenietgaan. Er is dan geen rechtens relevante schade meer, tenzij door de doorberekening bijkomende schade (zoals omzetschade) is geleden.

Daartegenover staat de mening, die in dit geschil ook door TenneT wordt aangehangen, dat het doorberekeningsverweer moet worden aangemerkt en behandeld als een beroep op voordeelstoerekening zoals neergelegd in artikel 6:100 BW.<sup>32</sup> Daarbij gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Deze tweede benadering ziet niet op het vaststellen van de omvang van de schade, maar op het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding door de toegebrachte schade, te weten de nadelen van de prijsopslag, weg te strepen tegen de met het doorberekenen behaalde voordelen.

De discussie tussen de aanhangers van beide stromingen wordt gevoed door de veronderstelling dat het kan uitmaken welke benadering wordt gevolgd. Aan een succesvol beroep op voordeelstoerekening zouden meer juridische barrières voorafgaan. De Hoge Raad logenstrafte deze veronderstelling. Een prijsopslag die aan anderen wordt doorberekend, is te benaderen als schade die is verlegd en waarvan in het vermogen van de benadeelde geen nadeel (meer) wordt ondervonden, ofwel als voordeel dat bij de verplichting tot betaling van schadevergoeding moet worden verrekend met de eigenlijke prijsopslag (het nadeel). De door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde baten behoren met andere woorden in beide benaderingen mee te worden genomen in de toe te kennen schadevergoeding, althans voor zover dat redelijk is, in het ene geval in de fase van het vaststellen van de schade, in het andere geval in de fase van het vaststellen van de schadevergoeding. Welke benadering ook gekozen wordt, uiteindelijk gaat het erom dat 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

31. Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?, WPNR (2008) 6772, p. 769-777; Zippro & Meijer 2015, p. 114-126. Voor verdere verwijzingen zie de conclusie van L.A.D. Keus bij het arrest HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), nrs. 2.14-2.20.

32. Zie bijvoorbeeld A. Oude Elferink & B. Braat, De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels, NtER 2014/7, p. 216-231; B.T.M. van der Wiel, Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht, NJB 2009, p. 724-731. Voor verdere verwijzingen zie de conclusie van L.A.D. Keus bij het arrest HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), nrs. 2.21-2.24.

29. Kamerstukken II 2015/16, 34490, 2, p. 3.

30. Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3, p. 17.

gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend. Het effect daarvan is dat de vergoeding voor feitelijk verlies in elk stadium van de toeleveringsketen niet meer bedraagt dan de schade die de prijsopslag in dat stadium heeft berokkend. Dit is precies zoals door de Richtlijn wordt vereist. Het komt daarmee aan op de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf.

### 3.2 Bijgestelde maatstaf voor voordeels-toerekening

De Hoge Raad stelt het leerstuk van de voordeelstoerekening aldus op dezelfde lijn als die van de directe schadebenadering. Het gaat om de lijn van het causaliteitsdenken zoals dat in het schadevergoedingsrecht centraal staat. Aan de hand van de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf legt de Hoge Raad ook bloot welke vereisten (nog) gelden voor een succesvol beroep op voordeelstoerekening:

‘Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade (vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40). Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in artikel 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade.’

Twee stappen zijn dus nodig om te beoordelen of een beroep op voordeelstoerekening slaagt en de omvang van de schadevergoedingsplicht doet verminderen. Eerst moet worden vastgesteld dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non* bestaat. Zou zonder de normschending het voordeel zijn uitgebleven? Daarna volgt de tweede stap. De beperking via het vereiste van *sine qua non* gaat niet ver genoeg; een tweede normatieve toets is nodig om de kring van voordelen in te perken. Niet alle voordelen die in *sine qua non*-verband met de normschending staan, zijn met andere woorden toerekenbaar. Naar de maatstaf van artikel 6:98 BW dient het ook redelijk te zijn dat de desbetreffende voordelen in mindering worden gebracht op de te vergoeden schade. Zijn beide stappen gezet, dan is de beoordeling rond. Voor zover in eerdere jurisprudentie strengere eisen zijn gesteld, komen deze te vervallen:

‘Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan “eenzelfde gebeurtenis” bij voordeelstoerekening met toepassing van artikel 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.’

Het sleutelbegrip dat algemeen gesproken de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de dader afbakt, te weten toerekening naar redelijkheid, doet ook hier aldus dienst.

## 4. Toerekening van voordelen of van nadelen, wat kan het schelen?

### 4.1 De noodzaak van artikel 6:100 BW

Het zojuist besproken tweesporenbeleid dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest heeft uiteengezet – het doorberekenningsverweer kan zowel via de directe schadebenadering als via de voordeelstoerekening worden ingebed, al naar gelang de omstandigheden en de door partijen aangevoerde stellingen –, betekent niet alleen een doorbraak in het debat over de inbedding van het doorberekenningsverweer als zodanig, maar heeft eveneens implicaties voor het algemene schadevergoedingsrecht, dus ook buiten de mededingingsrechtelijke context. De nood om overcompensatie af te wenden ligt immers niet alleen in het kader van de mededinging in het Europese schadevergoedingsrecht besloten, maar roept ook breder vragen op en moet worden betrokken in het algemene schadevergoedingsrechtelijke debat over toerekening, in het bijzonder voordeelstoerekening.

Ten eerste rijst de vraag of een aparte bepaling over voordeelstoerekening wel strikt noodzakelijk is, nu de Hoge Raad lijkt te oordelen dat de verdiscontering van voordelen ook via het schadebegrip kan plaatsvinden. Met andere woorden, men zou bepaalde voordelen via de maatstaven van de artikelen 6:95-6:97 BW reeds in het schadebegrip kunnen meenemen. Dit is vanuit rechtsvergelijkend perspectief niet zo'n gekke gedachte. Nederland is een vreemde eend in de bijt ten opzichte van omringende landen, waar men een vergelijkbare bepaling zoals artikel 6:100 BW niet kent.<sup>33</sup> Verrekening van voordelen wordt dan via het schadebegrip en concrete schadebegroting opgelost.<sup>34</sup> Ook de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 6:100 BW kan een duit in het zakje doen. In de toelichting is immers in het midden gelaten of de noodzakelijkheid van voordeelstoerekening reeds in het begrip schade opgesloten ligt. Waar het om gaat is dát de desbetreffende voordelen worden

33. Zie U. Magnus (red.), *Unification of tort law: damages*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 203. De *European Group on Tort Law* wijdt er in *Principles of European Tort Law* er wel aan apart artikel aan, te weten art. 10:103: ‘When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.’

34. Parl. Gesch. Boek 6, T.M., p. 348. Zie voor het Duitse recht, waar het beginsel van voordeelstoerekening in de praktijk toepassing vindt en gebaseerd wordt op verscheidene regels van schadevergoedingsrecht: 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 2015, p. 7.

verdisconteerd bij de te vergoeden schade. Hoe dat in concrete gevallen dient te geschieden is een vraag waarover op het moment van concipiëring van de bepaling ‘de wetenschap nog niet tot klaarheid was gekomen’.<sup>35</sup> Daarom heeft de wetgever met de redactie van artikel 6:100 BW expliciet de rechtspraak de nodige vrijheid gelaten.<sup>36</sup>

Niettemin valt er volgens ons veel voor te zeggen om het verrekenen van genoten voordelen apart te blijven benoemen, ook ná het wijzen van het besproken arrest. Voor deze stelling kunnen verscheidene argumenten worden aangevoerd. Om te beginnen geeft de Hoge Raad, door uitgebreid stil te staan bij beide benaderingen en juist nog eens extra aandacht te besteden aan de voordeelstoerekening, geen aanwijzingen voor een verminderd belang van dit leerstuk.

Een tweede aanknopingspunt is het gegeven dat het oordeel van de Hoge Raad vorm krijgt in een specifiek mededingingsrechtelijke context. De Hoge Raad merkt hierover op:

‘Voor de beoordeling van een doorberekeningsverweer zijn dus twee benaderingen denkbaar. Zoals voortvloeit uit hetgeen hierna wordt overwogen, gaat het om twee benaderingswijzen die niet wezenlijk van elkaar verschillen.’<sup>37</sup>

De samenloop van de twee benaderingen vindt plaats in mededingingsrechtelijke context en wordt expliciet toegespitst op het doorberekeningsverweer. Of een dergelijke benadering – als die al zou impliceren dat voordeelstoerekening als afzonderlijk leerstuk weinig toegevoegde waarde heeft – nu in haar geheel doorgetrokken mag worden naar het schadevergoedingsrecht als zodanig, kan derhalve ernstig worden betwijfeld.

Kenmerkend voor de onderhavige context is dat het gaat om schade die verlegd is naar anderen en die vervolgens alsnog verhaald kan worden door die anderen die deze schade wel in hun eigen portemonnee voelen. De Richtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan waarborgen immers dat ook indirecte afnemers een aanspraak op schadevergoeding jegens de karteldeelnemers geldend kunnen maken.<sup>38</sup> Om deze aanspraak niet illusoir te maken, kent het Europese recht indirecte afnemers – voor wie het in de regel lastig zal zijn om hun schade te bewijzen – een beroep op een bewijsvermoeden toe.<sup>39</sup> Heeft een indirecte afnemer goederen of diensten verworven die (deels) het voorwerp zijn van een vastgestelde inbreuk op het mededingingsrecht die tot meerkosten voor de directe afnemer heeft geleid, dan wordt vermoed dat de indirecte afnemer daarmee het bewijs van doorberekening aan hem heeft geleverd en is het aan de karteldeelnemer om te bewijzen dat de indirecte afne-

mer geen schade heeft geleden.<sup>40</sup> Het is in de context van *follow-on* kartelschadeprocedures derhalve geboden om het feitelijk verlies te begroten per stadium van de doorleveringsketen.<sup>41</sup> Het Europese recht geeft de Nederlandse rechter hier geen ruimte om anders te oordelen, en ook dat is kenmerkend voor de onderhavige context. Teneinde overcompensatie te voorkomen mag de toe te kennen schadevergoeding aan een partij in de toeleveringsketen niet meer bedragen dan de schade die de meerkosten haar feitelijk hebben berokkend, doordat zij extra kosten heeft betaald die zij niet heeft doorberekend. Het doorberekende verlies is in de bewoordingen van de Richtlijn geen nadeel waarvoor de partij die dit heeft doorberekend, hoeft te worden vergoed; sterker nog, voor dit doorberekende verlies mag zij zelfs niet worden vergoed.<sup>42</sup> In niet mis te verstane bewoordingen legt het Europese recht dit op:

‘1. Teneinde de volle werking van het recht op volledige vergoeding in de zin van artikel 3 te waarborgen, zorgen de lidstaten ervoor dat, overeenkomstig de voorschriften in dit hoofdstuk, vergoeding van de schade kan worden gevorderd door een ieder die schade heeft geleden, ongeacht of het directe of indirecte afnemers van een inbreukpleger betreft, en dat voorkomen wordt dat de eiser een schadevergoeding wordt toegekend die groter is dan de schade die de inbreuk op het mededingingsrecht hem heeft berokkend, en omgekeerd dat de inbreukpleger zich aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken.

2. Ter voorkoming van overcompensatie stellen de lidstaten passende procedurevoorschriften vast teneinde te waarborgen dat de vergoeding voor feitelijk verlies op elk niveau van de toeleveringsketen niet meer bedraagt dan de schade die de meerkosten in dat stadium heeft berokkend.

(...)

5. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale rechterlijke instantie de bevoegdheid heeft om te ramen welk deel van de meerkosten werd doorberekend, zulks in overeenstemming met de nationale procedures.’<sup>43</sup>

Om te voorkomen dat karteldeelnemers meermaals tot vergoeding van dezelfde schade worden veroordeeld, moet in elke fase van de keten ter vergoeding van feitelijk verlies niet meer worden toegekend dan vergoeding van de schade die de prijsopslag in de desbetreffende fase daadwerkelijk heeft berokkend. Het doorberekeningsaspect raakt daarmee de kern van de vraag wat rechtens relevante schade is ofwel de vraag hoeveel schade voor vergoeding in aanmerking moet komen.

Daarbij komt dat het bestaan van een aparte regeling van voordeelstoerekening betekent dat het schadebegrip

35. Parl. Gesch. Boek 6, T.M., p. 348.

36. Parl. Gesch. Boek 6, T.M., p. 348.

37. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT c.s./ABB c.s.), r.o. 4.4.1.

38. Art. 12 Richtlijn.

39. Art. 14 Richtlijn.

40. Aldus ontwerpartikel 6:193q van het Nederlandse wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn, Kamerstukken II 2015/16, 34490, 2.

41. Dit is ook met zoveel woorden neergelegd in art. 12 Richtlijn.

42. Overweging 39 en art. 12 Richtlijn.

43. Art. 12 Richtlijn.



– dat zoals bekend niet wettelijk of door de Hoge Raad is gedefinieerd<sup>44</sup> – iets zuiverder kan worden omschreven als kortweg een ‘vermindering (in vermogen)’ of ‘nadeel’. Voordeelstoerekening is vanuit deze visie een kwestie die thuishoort op het terrein van het bepalen van de omvang van de schadevergoeding, evenals bijvoorbeeld de eigen schuldregeling van artikel 6:101 BW.<sup>45</sup> Naast het leerstuk van eigen schuld toont ook de rechterlijke matiging, zoals neergelegd in artikel 6:109 BW, het verschil aan tussen het vaststellen van de schade enerzijds en het vaststellen van de schadevergoeding anderzijds. Beide artikelen vormen uitzonderingen op het principe dat de aansprakelijke persoon de toerekenbare schade in volle omvang aan de benadeelde dient te vergoeden.

Tot slot, en zeker zo belangrijk, vinden wij ook steun voor het verdedigen van voordeelstoerekening als apart leerstuk bij de Hoge Raad zelf in rechtsoverweging 4.4.5 van het onderhavige arrest. Weliswaar geeft hij daar de rechter de vrijheid om met inachtneming van het partijdebat zelf te bepalen welke van de twee benaderingen hij volgt bij de beoordeling van een doorberekeningsverweer als het onderhavige, maar daarbij geeft hij wel uitdrukkelijk als vingerwijzing mee dat in beide benaderingen controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden (onder wie de hogere rechter) hoe de rechter in een concreet geval aan de in artikel 6:98 BW besloten maatstaf toepassing geeft. Daaruit kan onzes inziens worden afgeleid dat de rechter wel duidelijk moet blijven maken of hij kiest voor de directe schadebenadering of voor de voordeelstoerekening.

#### 4.2 Voordeelstoerekening opnieuw in de verf gezet

De tweede vraag die rijst is waarop de Hoge Raad nu precies is teruggekomen waar het de uitwerking van de regeling van de voordeelstoerekening betreft. Volgens ons heeft de Hoge Raad dogmatisch helderheid willen scheppen in de toepassing van artikel 6:100 BW. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat twee stappen dienen te worden onderscheiden waar het de toepassing van de voordeelstoerekening betreft. Eerst dient te worden bepaald of sprake is van *condicio sine qua non* tussen de normschending en de gestelde voordelen. Deze toets is objectief, descriptief en dichotoom; een *sina qua non*-verband kan men slechts aan- of afwezig achten, *tertium non datur*. De tweede horde is de redelijkheidstoets; het dient redelijk te zijn de voordelen toe te rekenen en daarom te verrekenen. Onzes inziens komt de Hoge Raad uitsluitend van eerdere uitspraken terug voor zover die de mogelijkheid openlieten dat het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ uit artikel 6:100 BW een

zwaardere toets – al dan niet normatief gekleurd – inhield. Dit verdient een nadere toelichting.

De wettelijke regeling inzake voordeelstoerekening is neergelegd in artikel 6:100 BW. Deze bepaling luidt als volgt:

‘Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.’

De Hoge Raad is niet optimaal eenduidig geweest in de toepassing van artikel 6:100 BW, met name niet waar het de uitleg van het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ betreft. De parlementaire geschiedenis biedt op dit punt ook weinig tot geen houvast.

Het leek erop dat de Hoge Raad het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ tamelijk strikt wenste te interpreteren en aldus veel ruimte aan de feitenrechter wilde laten om een beroep op voordeelstoerekening af te wijzen. Een van de arresten waaruit dit blijkt, is het arrest De Preter/Van Uitert.<sup>46</sup> Het gaat daarin kort gezegd om een koper van een verhuurd appartementencomplex die te laat afneemt en vervolgens de verkoper die aanspraak maakt op betaling van wettelijke rente over de periode dat de koper in verzuim is, tegenwerpt dat de verkoper in de tussentijd de huurinkomsten is blijven incasseren. Als ook de wettelijke rente zou worden toegewezen, zou de verkoper dubbel profiteren. Het hof honoreert dit verweer en past voordeelstoerekening toe, maar de Hoge Raad casseert. De Hoge Raad stelt voorop dat artikel 6:119 BW ertoe strekt de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren op de wettelijke rente. Deze strekking verzet zich ertegen dat die gefixeerde schadevergoeding wordt verminderd met het bedrag van een voordeel dat aan de schuldeiser toevalt als gevolg van de gebeurtenis die de schuldenaar tot schadevergoeding verplicht. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat het nadeel en het voordeel in dit geval niet uit dezelfde gebeurtenis voortvloeien:

‘In het onderhavige geval kan bovendien toepassing van de regel van artikel 6:100 niet leiden tot het resultaat waartoe het Hof is gekomen. De gebeurtenis waaruit voor De Preter het voordeel van voortgezette ontvangst van huurpenningen voortvloeide – te weten de niet-nakoming door Van Uitert van haar afnameverplichting – is immers niet dezelfde gebeurtenis als die welke de oorzaak is van de schade waarvan De Preter vergoeding vordert, namelijk de vertraging in de betaling van de koopprijs.’<sup>47</sup>

Ook aan het eerdergenoemde arrest Vos/TSN is in de literatuur de gevolgtrekking verbonden dat de Hoge

44. Uiteraard voorzien art. 6:95-6:97 BW het schadebegrip wel van een invulling (meest algemeen: vermogensschade en ander nadeel), maar dat is iets anders dan een definitie van het schadebegrip zelf. Zie bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel I (Mon. BW B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 31.

45. Dit is de heersende leer, zoals blijkt uit art. 6:100 BW zelf, maar ook uit de parlementaire geschiedenis. Zie Parl. Gesch, Boek 6, T.M., p. 348.

46. HR 11 februari 2000, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert).

47. HR 11 februari 2000, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert), r.o. 3.5.

Raad een (te) strikte leer hanteert.<sup>48</sup> In dit arrest gaat het om een duurovereenkomst, waarbij TSN voor een periode van vijf jaar het wagenpark van Vos zou onderhouden. Na bijna twee jaar zegt Vos het contract op. TSN vordert vervolgens ontbinding wegens wanprestatie en een vergoeding van het positief contractsbelang ter hoogte van de gedeerde winst over de resterende duur van het contract. Het voor deze bijdrage van belang zijnde verweer van Vos was nu dat TSN als gevolg van het terugtrekken door Vos voldoende capaciteit beschikbaar krijgt om andere opdrachten te aanvaarden en daarmee winst te maken. Die winst zou onder de noemer van voordeelstoerekening moeten worden afgetrokken van het bedrag aan gedeerde winst die TSN misloopt in het contract met Vos. De Hoge Raad gaat daar niet in mee:

‘Voor voordeelstoerekening is aanleiding als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel heeft opgeleverd (artikel 6:100 BW). In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de – op de tekortkoming van Vos gebaseerde – ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit “een zelfde gebeurtenis” in de zin van artikel 6:100 BW.’<sup>49</sup>

In het arrest Van der Heijden/Dexia,<sup>50</sup> waarover hierna meer, geeft de Hoge Raad zelf expliciet aan dat in zijn rechtspraak besloten ligt dat aan het vereiste van eenzelfde gebeurtenis strikt de hand moet worden gehouden. Vermeldenswaardig is ook dat Bakels, een van de raadsheren die zowel het arrest Vos/TSN als het arrest TenneT c.s./ABB c.s. mede gewezen heeft, in zijn monografie over ontbinding van overeenkomsten schrijft dat de Hoge Raad in contractuele context een strenge uitleg geeft aan de in artikel 6:100 BW gestelde voorwaarde dat schade en voordeel voortvloeien ‘uit eenzelfde gebeurtenis’.<sup>51</sup> Overigens schrijft hij daar ook dat Vos/TSN terecht bekritiseerd is, dat er niet te veel in dat arrest moet worden ingelezen en dat men zich kan afvragen of de uitleg die de jurisprudentie geeft aan het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ niet te streng is.

Daartegenover staat echter dat meer recent soepeler met het criterium ‘eenzelfde gebeurtenis’ lijkt te worden omgesprongen. Illustratief is de uitspraak Van der Heijden/Dexia, waarin de Hoge Raad oordeelt:

48. Zie o.a. Hartlief 2010, p. 92-96; C.E. Drion, Elk nadeel heeft z'n voordeel?, NJB 2009/1779; R.M. Tjittes & E. van Wechem, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2010/772, p. 918; J. Hijma in zijn noot in de NJ onder het arrest (NJ 2011/43); F.B. Bakels, Ontbinding van overeenkomsten (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011, nr. 88; Lindenberg 2010, p. 909.

49. HR 10 juli 2009, NJ 2011/43 (Vos/TSN), r.o. 3.7.

50. HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.3.4.

51. Bakels 2011, nr. 88.

‘Bij de beoordeling van de klachten moet worden vooropgesteld dat artikel 6:100 de strekking heeft bij de begroting van de omvang van de schade die de benadeelde heeft geleden, voor zover dat redelijk is rekening te houden met eventuele voordelen die voortvloeien uit de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. Door opnemings van de maatstaf van “een zelfde gebeurtenis” in de wet wordt de eis gesteld dat zowel het genoten voordeel als de geleden schade een zodanig verband hebben met de feiten waarop de aansprakelijkheid berust, dat het gerechtvaardigd is dat het genoten voordeel bij het begroten van de schade wordt verdisconteerd. In de rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat aan dit vereiste strikt de hand moet worden gehouden, doch opmerking verdient dat de wetgever aan de rechter bij zijn oordeel wanneer plaats is voor voordeelstoerekening, de nodige vrijheid heeft toegekend (Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 348).’<sup>52</sup>

Weliswaar stelt de Hoge Raad hier nog voorop dat aan het vereiste van dezelfde gebeurtenis strikt de hand moet worden gehouden, maar vervolgens volgt een flexibele toepassing daarvan. De Hoge Raad accepteert namelijk het oordeel van het hof, dat het aangaan van verschillende overeenkomsten van effectenlease binnen een bepaalde periode tegen de achtergrond van het telkenmale schenden door een bank van haar zorgplichten, als dezelfde gebeurtenis kan worden aangemerkt:

‘Het gaat hier om een situatie waarin Dexia jarenlang en op grote schaal bepaalde financiële producten, met als kenmerk dat met geleend geld in effecten wordt belegd, aan het publiek heeft aangeboden. (...)

Er is geen goede reden te aanvaarden dat degene die als gevolg van dit telkenmale tekortschieten van Dexia ervoor kiest achtereenvolgens een aantal soortgelijke effectenleasetransacties aan te gaan, moet worden gecompenseerd voor daarbij geleden verlies zonder dat daarbij acht wordt geslagen op de door hem bij een deel van die transacties behaalde winst, zulks op de enkele grond dat sprake is van afzonderlijke transacties. Dit klemt temeer nu dit geval niet wezenlijk verschilt van het geval dat een afnemer – als gevolg van het hier aan de orde zijnde tekortschieten van Dexia – een enkele overeenkomst sluit die een aantal effectenleasetransacties omvat waarvan sommige met verlies en andere met winst worden afgesloten, in welk geval zonder meer voldaan zou zijn aan het vereiste van “een zelfde gebeurtenis” van art. 6:100.’<sup>53</sup>

Tussen partijen in deze zaak zijn acht effectenleaseovereenkomsten gesloten. Met de eerste drie is winst behaald en met de laatste vijf is verlies geleden. De acht overeenkomsten worden door de Hoge Raad gepresen-

52. HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.3.4.

53. HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.3.5-4.3.6.

teerd als een samenhangend geheel van telkens soortgelijke transacties. Het gevolg is dat de uit de eerste drie transacties genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, kunnen worden verrekend bij de begroting van de omvang van de schade die uit de latere vijf transacties voortvloeit:

‘In de rov. 4.27–4.29 van het hof – weergegeven hiervoor in 3.3.2 – ligt besloten dat het in een geval als het onderhavige in feite gaat om een zodanig samenhangend geheel van telkens soortgelijke transacties in een bepaalde periode waarbij Dexia telkens is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende bijzondere zorgplichten, dat zulks in haar verhouding tot dezelfde afnemer aangemerkt kan worden als “een zelfde gebeurtenis” in de zin van art. 6:100 die zowel schade (bij verliesgevende transacties) als voordeel (bij winstgevende transacties) teweegbrengt, hetgeen meebrengt dat de genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de begroting van de omvang van de schade. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk.’<sup>54</sup>

De Hoge Raad en naar verluidt ook lagere rechters<sup>55</sup> lijken enigszins terug te komen van een al te strikte interpretatie van het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’, maar dan wel zonder expliciet afstand te nemen van eerder gedane uitspraken. Van Dijk illustreert dat in uitspraken inzake voordeelstoerekening sprake is van zogenoemd verhullend motiveren, waarmee hij bedoelt dat vaak een ‘machtswoord’ wordt uitgesproken.<sup>56</sup> Door te oordelen dat een bepaald voordeel nu eenmaal niet voortvloeit uit dezelfde gebeurtenis als waaruit de schade is voortgevloeid, zonder een precies criterium daarvoor te hanteren, sluipen er normatieve elementen in het hanteren van deze eis, die daarin volgens Van Dijk niet thuishoren. Hij pleit er daarom voor om het vereiste van dezelfde gebeurtenis strikt objectief te houden en in deze eis niet meer te lezen dan een causaliteitseis in de vorm van het *condicio sine qua non*-verband. Een meer normatieve afweging kan dan nog steeds plaatsvinden, maar dan onder de noemer van de redelijkheidstoets.<sup>57</sup>

De Hoge Raad volgt nu een vergelijkbaar pad in zijn arrest TenneT c.s./ ABB c.s. Hij schept onzes inziens helderheid in de onderlinge verhouding tussen de voorwaarden die gesteld worden aan een succesvol beroep op voordeelstoerekening. Vereist is allereerst dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgeko-

men. Vervolgens moet met inachtneming van de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf worden getoetst of het redelijk is dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Dit duidt op een causale invulling van het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’. Alleen voordelen die in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij redelijkerwijs als een gevolg van dezelfde gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend, komen voor aftrek op de schadevergoeding in aanmerking. Andersom geldt immers eveneens dat alleen die nadelen die in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij redelijkerwijs als een gevolg van dezelfde gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend, voor vergoeding in aanmerking komen. Toerekening naar redelijkheid van voordelen is de pendant van de toerekening naar redelijkheid van nadelen. Met de nadrukkelijke verwijzing naar artikel 6:98 BW geeft de Hoge Raad naar onze mening als aanwijzing dat de gezichtspunten die van belang zijn voor de vraag of bepaalde schadeposten wel of niet kunnen worden toegerekend aan de schadeveroorzaker (aard van de aansprakelijkheid, aard van de schade, voorzienbaarheid, mate van verwijtbaarheid, enzovoort), ook van belang kunnen zijn voor de vraag welke voordelen wel of niet moeten worden meegewogen in het kader van artikel 6:100 BW. Met consistentie tussen de verschillende leerstukken van afdeling 6.1.10 BW is het recht gediend.

Deze lezing van de relevante overweging van de Hoge Raad betekent dat hij onzes inziens weliswaar ruimer is gaan denken over het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’, maar niet dat de regeling van de voordeelstoerekening zélf is verruimd. De normatieve afweging zal immers nog steeds plaatsvinden onder de noemer van de redelijkheidstoets, die ook uitdrukkelijk in het wetsartikel besloten ligt. Wel heeft er met dit arrest een verhelderende herschikking plaatsgevonden binnen artikel 6:100 BW.

### 4.3 Betekenis van de bijgestelde maatstaf voor andere gevallen

De lijn uit de vorige paragraaf doortrekkend concluderen wij dat het oordeel van de Hoge Raad in deze mededingingskwestie niet met zich brengt dat zogenoemde overcompensatie in andere gevallen vanaf nu via de voordeelstoerekening zal worden tegengehouden.<sup>58</sup> Als bijvoorbeeld een koper een gekochte zaak niet afneemt, zal hij de verkoper in beginsel niet ter beperking van zijn vergoedingsplicht kunnen tegenwerpen dat de verkoper, doordat hij een alternatieve verkoop heeft gesloten of zou moeten sluiten, winst heeft gemaakt of zou moeten maken.<sup>59</sup> In op Vos/TSN gelijkende gevallen

54. HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.3.6.

55. Zie GS Schadevergoeding, art. 6:100 BW, aant. 4.1.2. (Lindenbergh).

56. 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 2015, p. 30.

57. Van Dijk 2015, p. 36.

58. Anders: A. van Duijn in haar blog Voordeelstoerekening: Hoge Raad zwakt eisen aan ‘eenzelfde gebeurtenis’ af, <dirkzwagerasv.nl>, 13 juli 2016; Tjong Tjin Tai 2016. Zie nader voetnoot 9.

59. Zie HR 18 november 1937, NJ 1938/269, m.nt. Meijers; HR 26 april 2002, NJ 2004/210. Vergelijk ook A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade, Deventer: Kluwer 2003, p. 181-185; Bakels 2011, nr. 88.

zal de aanspraak op schadevergoeding evenmin hoeven af te ketsen. In dergelijke gevallen vindt immers nog een cruciale handeling plaats tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het verkrijgen van ‘voordeel’. De wederpartij zal immers zelf op zoek moeten gaan naar nieuwe, winstgevende contracten, en dat had hij ook kunnen doen als er geen normschending zou hebben plaatsgehad. Dat is iets anders dan dat de wederpartij (zoals TenneT c.s.) haar prijzen voor bestaande partners of klanten zonder meer verhoogt om het geleden verlies af te wentelen.

Van belang is, zoals gezegd, dat de schadeveroorzakende partij in het besproken arrest nog altijd een schadeclaim tegemoet kan zien en wel van de klanten van TenneT c.s. De schade is in dit geval verplaatst van de contractspartner van de schadeveroorzaker naar de uiteindelijke afnemers. Dat geldt niet voor de situatie in een Vos/TSN-geval. Jegens de nieuwe handelspartners van TSN heeft Vos niet onrechtmatig gehandeld en zij hebben geen schade ondervonden van het handelen van Vos. Dus een honorering van het verweer van voordeeltorekening zou inderdaad betekenen dat Vos in dat geval geen claim meer tegemoet ziet. Het kan niet zo zijn dat een partij gestimuleerd wordt om wanprestatie te plegen doordat zij – leunend op de inspanningen van haar wederpartij – een beroep op voordeeltorekening kan doen. Het beginsel van trouw aan het gegeven woord alsmede de door de Hoge Raad geformuleerde breed gedragen opvatting dat men rekening heeft te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, staan daaraan in de weg.<sup>60</sup> Een schuldenaar die toerekenbaar tekortschiet, kan niet onder zijn schadevergoedingsplicht uitkomen door erop te wijzen dat er meer vis in de zee is en de schuldeiser zijn heil elders heeft gevonden. Hij dient integendeel het positieve contractbelang te vergoeden.

Dit laatste maakt onzes inziens het verschil. Pleegt de schuldenaar wanprestatie door hetgeen hij de schuldeiser heeft toegezegd niet na te komen, dan heeft de schuldeiser recht op het positieve contractbelang. Dan moet de schuldeiser met andere woorden zo veel mogelijk in de situatie worden gebracht waarin hij zou verkeren als de overeenkomst wel correct was nagekomen. Bepalend is hetgeen de schuldeiser toekomt, maar de schuldenaar ten onrechte niet heeft gepresteerd. De schuldeiser krijgt de (vervangings)waarde van hetgeen hem contractueel is toegezegd en waarop hij dus aanspraak heeft.

In geval van onrechtmatige daad is dit uitgangspunt anders. In dat geval er is geen positieve aanspraak geschonden die alsnog moet worden vergoed, maar is de schuldeiser een negatieve schade toegebracht die moet worden gecompenseerd. De benadeelde moet dan zo veel mogelijk in de situatie worden gebracht die er zon-

60. Zie onder veel meer HR 15 november 1957, NJ 1958 (Baris/Riezenkamp). Zie ook A.L.M. Keirse, Het contractenrecht van morgen: de uitwerkingen op het beginsel van de partijautonomie gepromoveerd tot regel, in: I. Samoy (red.), Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 286; Keirse 2009, p. 105-109; Van Kogelenberg 2013, p.160.

der normschending zou zijn geweest. Welnu, de vermogenspositie van diegenen die na normschending het nadeel volledig weten door te berekenen aan anderen, is niet anders dan die zonder normschending zou zijn geweest. Zij komen derhalve niets tekort.

Een goede aanpak bij het vaststellen en begroten van schade en schadevergoeding is het centraal stellen van de vraag wat een adequate reactie van het recht is op de wijziging van de positie van de schuldeiser die het gevolg is van een normschending door de schuldenaar. Daarbij moet goed voor het voetlicht worden gebracht hoe die wijziging eruitziet.

Het belang hiervan illustreren wij met een laatste, recent voorbeeld, te weten *Luxembourg/Habitat*.<sup>61</sup> In strijd met de tussen partijen gesloten franchiseovereenkomst belevt Habitat over een periode van ruim vier jaar Luxembourg niet. In dit verband vordert Luxembourg van Habitat vergoeding van haar gestelde winstderving van ruim viereenhalf ton. Habitat werpt echter met succes tegen dat Luxembourg de desbetreffende Habitat-producten in die vier jaar bij Cafom heeft betrokken, onder condities die voor haar niet ongunstiger zijn, met als gevolg dat van winstderving geen sprake is. Elementair is dat de tekortkoming van Habitat het gevolg is van de verkoop van haar recht op het merk ‘Habitat’ in de relevante geografische markten aan Cafom en dat deze verkoop de door Luxembourg gesloten vervangende overeenkomst met Cafom feitelijk en juridisch mogelijk maakt. De producten kunnen alleen van de merkhouder in de relevante geografische markt worden betrokken en dat is in eerste instantie Habitat, maar nadien is dat Cafom. Dit maakt dat in deze zaak geen relevante verschillen worden gezien tussen de feitelijke situatie met de tekortkoming (waarin Luxembourg Habitat-producten van Cafom betreft) en de hypothetische situatie zonder tekortkoming van Habitat (waarin Luxembourg Habitat-producten van Habitat zou betrekken).<sup>62</sup> Bijgevolg is onvoldoende komen vast te staan dat Luxembourg door de wanprestatie van Habitat schade heeft geleden, met als gevolg dat haar claim strandt. Het is evenwel zeer wel mogelijk dat de wanprestatie enige schade heeft meegebracht, maar de wijze waarop Luxembourg de zaak insteekt en in het bijzonder haar focus op de gestelde winstderving komen haar duur te staan.<sup>63</sup>

61. HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:2180 (*Luxembourg/Habitat*). Vergelijk ook HR 10 januari 2013, NJ 2013/48.

62. M.H. Wissink, in zijn conclusie bij HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:903 (*Luxembourg/Habitat*), 3.11.1.

63. Vergelijk HR 5 december 2008, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*); eiser in die zaak overvroeg eveneens met verwijzing naar het arrest Vos/TSN en ook hem kwam dat duur te staan. Zie nader A.L.M. Keirse, De boot gemist; aanspraak op vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten, *Contracteren* 2009/2, p. 37.

## 5. Tot besluit: geen grensverlegging, maar grensverduidelijking

Tot slot vatten wij onze bevindingen naar aanleiding van het voorgaande betoog kort samen. Ten eerste geeft de Hoge Raad onzes inziens in *TenneT c.s./ABB c.s.* blijk van een flexibele opstelling, zowel vanuit het perspectief van het Europese mededingings- en daarmee samenhangende schadevergoedingsrecht als vanuit het perspectief van het zuiver nationale schadevergoedingsrecht.

Om te beginnen heeft de Hoge Raad er onzes inziens goed aan gedaan de onderhavige kwestie – hoewel temporeel niet bestreken door de uitgevaardigde Europese Richtlijn en de nog aanhangige implementatiewetgeving te dier zake – zo te beoordelen dat deze in lijn met de genoemde regelgeving wordt uitgelegd. Regeren is vooruitzien en dat doet de Hoge Raad in dit arrest. De Hoge Raad hakt in dit arrest eigenlijk als vanzelfsprekend met het oog op de komende wetgeving de knoop door dat het doorberekeningsverweer als zodanig een valide verweer is. Of in de onderhavige kwestie dit verweer uiteindelijk feitelijk zal slagen en, zo ja, in welke mate, is echter niet aan de orde, omdat deze aangelegenheid pas in de schadestaatprocedure nader wordt behandeld. De stelplicht en bewijslast ter zake dit verweer rusten – eveneens in lijn met het Europese recht op dit punt – op de aansprakelijke partij (*ABB c.s.*).

Voorts geeft de Hoge Raad blijk van een flexibele geest door te oordelen dat de dogmatische inbedding van het doorberekeningsverweer zowel via de directe schadebenadering (art. 6:95–6:97 BW) als via de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) kan verlopen, afhankelijk van het partijdebat. Dat lijkt ons een praktische oplossing voor een kwestie die binnenkort hoe dan ook is afgedekt door specifieke Europeesrechtelijke regelgeving.

De vraag of het verrekenen van voordelen in andere gevallen dan deze (het doorberekeningsverweer) in het nationale schadevergoedingsrecht ook naar believen via de genoemde routes kan worden behandeld, is minder gemakkelijk te beantwoorden. Wij menen in ieder geval dat op basis van de onderhavige uitspraak niet kan worden gesteld dat de Hoge Raad het leerstuk van de voordeelstoerekening met als wettelijke basis artikel 6:100 BW als achterhaald of niet meer noodzakelijk heeft willen beschouwen; integendeel.

Resumerend heeft de Hoge Raad wat ons betreft helderheid geschapen ten aanzien van de toepassing van het leerstuk van voordeelstoerekening. De herschikking van de voorwaarden – een objectieve *condicio sine qua non*-toets enerzijds en, cumulatief, een normatieve redelijkheidstoets anderzijds – betekent een meer coherente toepassing van dit leerstuk, ook in het licht van het leerstuk toerekening van schade als zodanig (art. 6:98 BW). Deze herschikking verklaart ook de passage waarin de Hoge Raad terugkomt op eerdere rechtspraak, omdat

dat volgens ons uitsluitend kan betekenen dat de Hoge Raad nu duidelijk heeft willen maken dat het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ uit artikel 6:100 BW niets anders behelst dan een causaliteitstoets. Omdat de normatieve beoordeling niet verdwijnt of inhoudelijk aangepast is, maar verschuift naar de tweede stap (toerekening naar redelijkheid), verandert in die zin het leerstuk van de voordeelstoerekening inhoudelijk niet wezenlijk.

Wij menen dan ook dat de Hoge Raad niet noodzakelijk inhoudelijk terugkomt op bijvoorbeeld het arrest *Vos/TSN*. De context in die kwestie is volstrekt anders dan die in het arrest *TenneT c.s./ABB c.s.*, en die – meer contractuele – context maakt ook dat een andere uitleg van het leerstuk van voordeelstoerekening niet in lijn zou zijn met de beginselen van trouw aan het gegeven woord en het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Kortom, de Hoge Raad verlegt in dit arrest geen grenzen – noch ten aanzien van de inbedding van het doorberekeningsverweer, noch ten aanzien van het leerstuk van voordeelstoerekening –, maar verduidelijkt wel de wijze waarop met deze twee leerstukken dient te worden omgegaan. Wij menen dan ook dat de Hoge Raad met dit redelijk uitvoerig gemotiveerde arrest niet alleen de rechtsontwikkeling, maar ook de rechtspraak een goede dienst heeft bewezen.