



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het passing-on verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding

Zipro, E.J.

Citation

Zipro, E. J. (2007). Het passing-on verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding. *Bw-Krant Jaarboek*, 23, 187-207. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36711>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36711>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

11 | Het *passing-on* verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding

E.-J. Zippro[■]

1 INLEIDING

In deze bijdrage wordt niet het klassieke geval van samenloop van rechtsregels besproken waarbij op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtstelsel voor toepassing in aanmerking komen, maar staat de samenloop van vorderingen van verschillende partijen jegens dezelfde schadeveroorzaker centraal.¹ Een dergelijke vorm van samenloop kan zich voordoen bij de afwijzing van een beroep van de laedens op het zogenaamde *passing-on* verweer. Indien de gelaedeerde van een mededingingsovertreding zijn schade wil verhalen op de laedens vormt dit verweer bij het begroten van de schade veelal een probleem. Het *passing-on* verweer is het verweer dat de laedens kan voeren door te stellen dat de gedupeerde afnemer geen of nauwelijks schade heeft geleden omdat deze de hogere prijs die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft doorberekend aan zijn afnemers. Op deze wijze tracht de inbreukpleger te ontsnappen aan de betaling van een vergoeding voor de schade die door de directe afnemer is afgewenteld op de indirecte afnemers en de uiteindelijke consumenten.

Het belang van het *passing-on* verweer kan het best met behulp van een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat onderneming A wordt aangesproken door onderneming B wegens het feit dat onderneming B schade heeft geleden (namelijk het betalen van een supracompetitieve prijs) als gevolg van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A. Onderneming A kan nu als verweer voeren dat er niet of nauwelijks schade is geleden door onderneming B (directe afnemer). De hogere prijzen zijn immers door B doorberekend aan de derde partij C (indirecte afnemer). Dit zou kunnen betekenen dat de schadevergoeding die A aan B moet betalen, wordt vermindert met de hogere prijzen die B aan C heeft doorberekend. C heeft de hogere prijs vervolgens weer doorberekend aan D (de consument). Zowel B, C als D kunnen nadelige gevolgen ondervinden van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A.

■ E.-J. Zippro is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, nr. 1, p. 3, die in zijn monografie slechts aandacht besteedt aan de samenloop van wettelijke rechtsregels voor zover deze regels betrekking hebben op de rechtsrelatie tussen dezelfde partijen of op de rechtspositie van één rechtssubject.

Indien het *passing-on* verweer ontvankelijk is, kan de directe afnemer slechts de schade verhalen die niet is afgewenteld op de afnemers in het verdere verloop van de distributiekolom en op de consumenten. De schade zal alleen in zijn totaliteit worden vergoed indien alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) een actie tot verkrijging van schadevergoeding instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden.²

De vraag die ik in deze bijdrage tracht te beantwoorden, is de vraag of het *passing-on* verweer door de rechter dient te worden afgewezen en of, indien dit het geval is, de vorderingen van zowel de directe afnemers als de indirecte afnemers naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin kunnen samenlopen. Bij de beantwoording van deze vraag rijst tevens de vraag of een afwijzing van het *passing-on* verweer kan leiden tot een situatie waarbij de schadeveroorzakende onderneming meer schade moet vergoeden dan zij heeft veroorzaakt.

2 HET *PASSING-ON* VERWEER IN DE VERENIGDE STATEN

In de Verenigde Staten is het *passing-on* verweer in het algemeen uitgesloten. In *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.* heeft het *U.S. Supreme Court* besloten dat een gedaagde zich niet mag verweren tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de eiser de te hoge prijs heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn klanten.³ Het onderzoek naar de vraag hoeveel van de te hoge prijs de eiser precies heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn afnemers zou op ongerechtvaardigde wijze de procesvoering bemoeilijken en de effectiviteit van de private handhaving verminderen.⁴ Het *U.S. Supreme Court* overweegt:

‘We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this defense. A wide range of factors influence a company’s pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot

2 Zie ook R. van den Bergh, ‘Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking’, *M&M* 2006, p. 148.

3 *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968). Zie ook P.V.F. Bos, ‘Dode mus of legal eagle? Over modernisering van de toepassing van het Europees mededingingsrecht en Nederlands civielrechtelijke handhaving’, *NTBR* 2003, p. 318.

4 Bos 2003, p. 318. Het *U.S. Supreme Court* maakt wel een uitzondering: ‘We recognize that there might be situations – for instance, when an overcharged buyer has a pre-existing “cost-plus” contract, thus making it easy to prove that he has not been damaged – where the considerations requiring that the passing-on defense not be permitted in this case would not be present. We also recognize that where no differential can be proved between the price unlawfully charged and some price that the seller was required by law to charge, establishing damages might require a showing of loss of profits to the buyer.’

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

Het *U.S. Supreme Court* vervolgt:

'On the other hand, it is not unlikely that if the existence of the defense is generally confirmed, antitrust defendants will frequently seek to establish its applicability. Treble-damage actions would often require additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories.' [392 U.S. 481, 494]

Het *U.S. Supreme Court* besluit:

'In addition, if buyers are subjected to the passing-on defense, those who buy from them would also have to meet the challenge that they passed on the higher price to their customers. These ultimate consumers, in today's case the buyers of single pairs of shoes, would have only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action. In consequence, those who violate the antitrust laws by price fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality because no one was available who would bring suit against them. Treble-damage actions, the importance of which the Court has many times emphasized, would be substantially reduced in effectiveness.'

3 HET *PASSING-ON* VERWEER IN DUITSLAND

In Duitsland is het *passing-on* verweer uitgesloten bij wet. In de literatuur bestond reeds langer de overtuiging dat een beroep op het (defensieve) *passing-on* verweer naar Duits recht niet mogelijk was.⁵ De wetgever was het hiermee

5 Zie C. Miede, 'Modernisation and Enforcement Pluralism – The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB', Amsterdam Centre for Law & Economics 2005, p. 35 en de daar vermelde literatuur. Zie o.a. R. Hempel, 'Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle',

eens en introduceerde ter bevestiging nog een expliciet verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer in het 7^e amendement van de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Dat verbod op het *passing-on* verweer werd door de Duitse regering in een van de latere concepten weer geschrapt, omdat het overbodig zou zijn nu het een feit van algemene bekendheid was dat naar Duits recht geen beroep kon worden gedaan op het *passing-on* verweer.⁶

Tijdens de parlementaire behandeling van het 7^e amendement op de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* besloot het *Landgericht Mannheim* echter dat inbreukmakers op het mededingingsrecht niet aansprakelijk zijn jegens directe afnemers ingeval de directe afnemers de hogere prijzen hadden doorberekend aan de indirecte afnemers.⁷ De schade kon volgens het *Landgericht* niet worden berekend door een vergelijking te maken tussen de betaalde prijs en de prijs die zou zijn betaald zonder de kartelafpraak. Alle voordelen die waren verkregen als gevolg van het doorverkopen moesten worden meegenomen. Deze uitspraak werd overgenomen door het *Oberlandesgericht Karlsruhe*.⁸

De wetgever was het niet eens met de uitspraken van het *Landgericht Mannheim* en het *Oberlandesgericht Karlsruhe* en introduceerde alsnog een wettelijk verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer. In de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Par. 33, abs. 3) is bepaald dat schadevergoeding niet mag worden uitgesloten wegens het feit dat goederen of diensten zijn doorverkocht.⁹ De bepaling luidt als volgt:

‘Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.’

Wirtschaft und Wettbewerb 2004, p. 364; F.W. Bulst, ‘Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 2201; F.W. Bulst, ‘Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle: Unbeabsichtigte Rechtsschutzbeschränkungen durch die Hintertür?’, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2004, p. 63; Ulrich Immenga & Ernst Joachim Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, Munich: Beck-Verlag 2001, paragraaf 33, no. 40.

6 *Bundestagsdrucksache* nr. 15/3640, 54. Zie Miede 2005, p. 35.

7 LG Mannheim, 106 *GRUR* 182 (2004).

8 OLG Karlsruhe, 57 *NJW* 2243, 2244 (2004).

9 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *Bundesgesetzblatt* 2005, deel I, p. 1954-1969.

Deze bepaling sluit de mogelijkheid dat eventuele voordelen als gevolg van het doorberekenen van de schade worden meegenomen niet geheel uit.¹⁰ De rechter heeft nog enige speelruimte om tot een zekere compensatie te komen indien dat niet meer dan redelijk is.

4 HET *PASSING-ON* VERWEER IN NEDERLAND

4.1 Abstract of concreet?

In Nederland bestaat een dergelijke rechterlijke of wettelijke uitsluiting van het *passing-on* verweer niet. De rechter zal de schade als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels in beginsel concreet begroten. Bij het bepalen van schade zal de rechter in beginsel uitgaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde van een mededingingsinbreuk verkeert, inclusief de omstandigheden die zich voordoen na het intreden van de schade. De laedens zou bij de hantering van een concreet schadebegrip met succes een beroep kunnen doen op het *passing-on* verweer. Bos heeft daarom gepleit voor de hantering van de abstracte of objectieve wijze van berekening van de schade.¹¹ Bij het bepalen van schade wordt dan niet uitgegaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert, maar wordt van enkele van die omstandigheden geabstraheerd.¹² Het verschil in de hantering van een concreet of abstract schadebegrip is voor de uitkomst van de beoordeling van het *passing-on* verweer groot.¹³

Bij de hantering van een concreet schadebegrip zal het *passing-on* verweer alleen zonder problemen kunnen worden bestreden indien sprake is van een monopolist. Monopolisten zullen namelijk de prijs van een product op een dusdanig niveau brengen dat de prijs niet verder verhoogd kan worden zonder

10 Zie W. Wurmnest, 'A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition', *German Law Journal* 2005, p. 1184.

11 Bos 2003, p. 318.

12 A.R. Bloembergen & S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 36, p. 51.

13 Het Engelse Kolenstakingsarrest (HR 18 november 1937, NJ 1938, 269 m.nt. EMM) maakt het verschil tussen een abstracte en concrete berekening van schade duidelijk. In deze zaak werd een vorm van abstracte schadeberekening voor het geval van niet-nakoming van een leveringsplicht aanvaard. De Hoge Raad oordeelt dat de schade, welke de koper door de wanprestatie van de verkoper leed, het verschil tussen de marktprijs en de koopprijs is. Daarbij doet de prijs waarvoor de koper mocht hebben doorverkocht niet ter zake. Het feit dat de koper enig voordeel door vrijstelling van de levering of anderszins mocht hebben genoten, gaat de eerste verkoper niet aan en zou geen rechtstreeks uitvloeisel van de wanprestatie zijn. Zie over het verschil tussen de hantering van een concreet of abstract schadebegrip ook Bloembergen & Lindenbergh 2001, nr. 36, p. 51.

dat de afzet fors achteruit gaat. Een monopolist zal dan ook niet snel de te hoge prijs kunnen doorberekenen (*passing-on*) aan de afnemers.

De wettelijke basis voor de abstracte schadeberekening is te vinden in artikel 6:97 BW. De rechter krijgt de vrijheid tot het hanteren van de abstracte schadeberekening, mits deze wijze van begroting in overeenstemming is met de aard van de schade. Bij de abstracte wijze van berekening van schade wordt niet geheel geabstraheerd van de concrete werkelijkheid, maar wordt bij de bepaling van de schade een zekere afstand genomen van bepaalde concrete omstandigheden waarin de gelaedeerde verkeert. Zo is het, in tegenstelling tot de concrete of subjectieve wijze van schadevaststelling, bij de abstracte schadevaststelling niet relevant of de afnemer de goederen of diensten al dan niet heeft doorverkocht. Het doet als gevolg daarvan ook niet ter zake of de afnemer van de goederen of diensten de te hoge aanschafprijzen die hij heeft betaald heeft verdisconteerd in zijn verkoopprijs en op deze wijze de hogere aanschafprijzen heeft doorberekend aan zijn afnemers. De schade bij hantering van de abstracte schadeberekening is het verschil tussen de prijs die bij een situatie van normale mededinging tot stand zou zijn gekomen en de overeengekomen, kunstmatig hooggehouden, prijs.¹⁴

Voordeel van een abstracte wijze van schadevaststelling is de doelmatigheid, die in de meeste gevallen gecombineerd wordt met een redelijk resultaat.¹⁵ Principieel bezwaar is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.¹⁶

4.2 Voordeelstoerekening

Bij toepassing van de abstracte schadeberekening kan het *passing-on* verweer van de laedens effectief worden bestreden door de gelaedeerde. Een eventueel beroep van de laedens op voordeelstoerekening in de zin van artikel 6:100 BW dient bij de hantering van de abstracte schadeberekening te worden afgewezen. Dit artikel bepaalt dat ingeval een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is.

Tegen het beroep van de laedens op voordeelstoerekening kan worden ingebracht dat er geen sprake is van 'een zelfde gebeurtenis', nu het voordeel

14 Zie over de abstracte wijze van schadevaststelling ook Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 417.

15 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 35.

16 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418. Hartkamp wijst er tevens op dat de methode niet consequent wordt toegepast, in die zin dat de daarmee berekende schade als een minimum wordt beschouwd. Indien de schuldeiser kan aantonen dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden (concreet berekende) schade vorderen.

(het doorberekenen van de kunstmatig hoge prijs aan de afnemers) niet automatisch voortvloeit uit het nadeel (het betalen van een kunstmatig hoge prijs). De directe afnemer moet zelf actief besluiten de te hoge prijs al dan niet gedeeltelijk door te berekenen aan de volgende afnemers. Mocht al worden aangenomen dat het gaat om dezelfde gebeurtenis, dan verzet de strekking van de abstracte schadeberekening zich ertegen dat de schadevergoeding met toepassing van de regel van artikel 6:100 BW wordt verminderd met het voordeel dat aan de schuldeiser toevalt als gevolg van de gebeurtenis die de schuldenaar tot schadevergoeding verplicht.¹⁷ Het zal tevens niet redelijk zijn het concrete voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening te brengen.

Bloembergen heeft er in het kader van de voordeelstoerekening in zijn dissertatie al op gewezen dat het afwentelen van schade via het in rekening brengen van hogere prijzen aan het publiek een omstandigheid is waar de aansprakelijke persoon buiten behoort te staan.¹⁸

4.3 Winstafdracht

Winstafdracht in de zin van artikel 6:104 BW biedt nog een alternatieve wijze van abstracte schadeberekening waardoor de laedens niet gedwongen is de omvang van zijn concrete schade aannemelijk te maken.¹⁹ Met een beroep op winstafdracht wordt het *passing-on* verweer ook geëlimineerd. Winstafdracht zal de verkrijging van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht echter niet vergemakkelijken. Het is bij de complexere gevallen, zoals inbreuken op het mededingingsrecht, moeilijk om de behaalde winst te berekenen. Daarvoor is een aantal reeds door Haak en VerLoren van Themaat beschreven oorzaken aan te wijzen.²⁰

17 Vgl. HR 14 januari 2005, *RodW* 2005, 12 (Ahold/Staat), r.o. 3.5.4; HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uiter), r.o. 3.5. Zie de conclusie voor en de noot onder HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 en HR 15 januari 1965, *NJ* 1965, 197 m.nt. GJS. Vgl. P.J. Verdam, *Voordeelsaftrek bij schadevergoeding*, Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1959, p. 181; Bloembergen 1965, nr. 37; P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Ontwikkelingen op het gebied van voordeelstoerekening', *WPNR* 1983, p. 53-57 en 74-79 en A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 196 e.v.

18 Bloembergen 1965, nr. 230. Zie ook Verdam 1959, p. 156.

19 Zie over winstafdracht o.a. C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 15-19; M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2002; J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, nr. 192-270; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 109-119; J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Deventer: Kluwer 1992, nr. 28-40, p. 53-72. Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, overweging 4, derde alinea.

20 M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005, p. 56-59.

Ten eerste zijn bij kartels meerdere ondernemingen betrokken. Partijen bij een kartelafsprake zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die als gevolg van de kartelinbreuk is ontstaan. Het is de vraag of de hoofdelijke aansprakelijkheid ook geldt indien de schade wordt begroot op de winst die door het kartel als geheel is ontvangen.

Ten tweede kan het aantal gelaedeerden groot zijn. Indien er meerdere gelaedeerden zijn, zou het logisch zijn dat de winst wordt verdeeld onder de gelaedeerden aan de hand van ieders aandeel in de schade.²¹ De noodzakelijke verdeling van de winst onder de gelaedeerden heeft als gevolg dat alsnog de schade moet worden berekend, zodat winstafdracht niet eenvoudiger is dan een reguliere berekening van de schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht.

Ten derde is de winst zonder de overtreding moeilijk van te stellen nu daar economisch complexe problemen een rol spelen, zoals de mate van prijselasticiteit.

Ten vierde kunnen meerdere procedures over dezelfde mededingingsovertreding bij verschillende rechtbanken aanhangig zijn. Behoort de rechter waarbij de zaak aanhangig is gemaakt rekening te houden met eventuele andere gelaedeerden die nog een vordering tot winstafdracht kunnen instellen op een later tijdstip? Indien er van wordt uitgegaan dat de mededingingsinbreuk jegens iedere gelaedeerde is gepleegd en dat met de mededingingsinbreuk slechts een totale winst is behaald, zou het resultaat kunnen zijn dat de laedens het voordeel meerdere keren zou moeten afdragen. Het is zeer de vraag of de wetgever dat bedoeld heeft. De laedens dient aannemelijk te maken dat het aandeel van de gelaedeerde in de schade minder dan het geheel bedraagt en dat de winst reeds geheel of gedeeltelijk is afgedragen. Dient de rechter in een dergelijk geval de schade op een deel van de winst te begroten of op de concreet geleden schade?

4.4 Effectiviteit en rechtvaardigheid

Indien de Nederlandse rechter rekening houdt met het *passing-on* verweer, wordt de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (bij het huidige gebrek aan mogelijkheden tot collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding) aanzienlijk gecompliceerder en naar alle waarschijnlijkheid ook minder effectief. De toenemende gecompliceerdheid van de actie tot schadevergoeding zal de eerste drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen, de lagere schadevergoeding die het gevolg zal zijn van een geslaagd beroep op het *passing-on* verweer (of het geheel ontbreken van een schadevergoeding) zal de tweede drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen. Bij

21 Vgl. de situatie bij artikel 43 lid 3 ROW.

het huidige gebrek aan mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding is het dan ook ongewenst dat de rechter dit verweermiddel bij de uiteindelijke hoogte van de schadevergoeding een rol laat spelen. De abstracte schadeberekening heeft vanuit het oogpunt van een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de voorkeur, zolang er nog geen wettelijk verbod bestaat op het toelaten van het *passing-on* verweer.

Tegenstanders van het hanteren van een abstracte schadeberekening zullen aanvoeren dat het feit dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belemmerd wordt door de hantering van een concrete schadeberekening geen rol hoort te spelen bij de keuze voor een concrete dan wel abstracte wijze van schadeberekening.²² Deze tegenstanders hebben wel een argument, afhankelijk van de vraag hoe het begrip schade wordt gedefinieerd. Het is een vreemde situatie als schadevergoeding wordt verkregen door de directe afnemer, terwijl de directe afnemer per saldo niet tot nauwelijks schade heeft geleden nu de hogere prijs door hem is doorberekend aan de indirecte afnemers. Het mogelijk maken van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding is een rechtvaardiger oplossing, die, ook vanuit het systeem van de wet gereedeneerd, beter valt te verdedigen. De prikkel bij de indirecte verkrijgers (consumenten) om een actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht door de laedens is veel groter indien de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie bestaat. Een verbod op het *passing-on* verweer is in dat geval ook niet meer nodig omdat de uiteindelijke schadelijders (de consumenten) een effectief middel tot hun beschikking hebben om de schade te kunnen verhalen. De schadevergoeding wordt op deze wijze verkregen door de gelaedeerden die de schade ook daadwerkelijk hebben geleden. De directe afnemer zou in dat geval alleen nog zijn gederfde winst kunnen vorderen als gevolg van een mogelijke afname van de omzet die is veroorzaakt door de hantering van een hogere prijs.

4.5 EU-conforme uitleg van artikel 6:97 BW

Zolang het voor consumenten niet mogelijk is om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te verkrijgen, is het mijns inziens goed verdedigbaar dat de nationale rechter op grond van het beginsel van de gemeenschapsrouw, zoals neergelegd in artikel 10 EG, voor de effectieve handhaving van

22 Zo is zaaksbeschadiging het belangrijkste geval waarin de schade abstract wordt berekend en is de abstracte schadeberekening in de rechtspraak afgewezen bij onder andere een vordering tot vergoeding van gederfde winst. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418; T. Hartlief, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), Deventer: Kluwer 2003, nr. 208.

het Europees (mededingings)recht bij het *passing-on* verweer moet uitgaan van een abstract schadebegrip.²³ De hantering van een concreet schadebegrip zou bij het aanvoeren van een *passing-on* verweer de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.²⁴ Artikel 6:97 BW behoort dan ook EU-conform te worden uitgelegd door de nationale rechter als *juge de droit commun*. Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk te verhalen op de laedens, kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval namelijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn.

Hantering van een concreet schadebegrip zou ook nog in strijd kunnen worden geacht met het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.²⁵ Op grond van dit beginsel moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontlenen aan het gemeenschapsrecht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen.²⁶ De gedupeerde afnemers zullen bij hantering van een concreet schadebegrip de rechten en aanspraken die zij ontlenen aan het gemeenschapsrecht niet daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Het is echter niet altijd duidelijk of het HvJ EG alleen toetst aan het effectiviteitsbeginsel of aan het verdergaande beginsel van een effectieve rechtsbescherming.

5 INDIRECTE ACTIES

5.1 Algemeen

De vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen vormt de tegenhanger van de vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer. Onder de indirecte afnemer versta ik de afnemer die niet rechtstreeks van de inbreukmaker op het mededingingsrecht afneemt maar van een tussenpersoon. De indirecte afnemer heeft schade

23 Dit zal alleen anders kunnen zijn bij een zuivere monopolist, nu een monopolist de optimale prijs niet verder kan verhogen zonder dat de afzet zal verminderen.

24 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (Comet), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (Palmisani), *Jur.* I-4025, r.o. 27.

25 Vgl. J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 338-339.

26 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), *Jur.* 1986, p. 1651. Zie voor de invloed van het beginsel op het gebied van sancties HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (Von Colson), *Jur.* 1984, p. 1891. Zie ook HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89 (Vlassopoulou), *Jur.* 1991, p. I-2357. HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (Factortame), *Jur.* 1990, p. I-2433. Zie ook reeds ver voor de invoering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal), *Jur.* 1978, p. 629.

geleden wegens het feit dat de tussenpersoon het als gevolg van de mededingingsinbreuk teveel betaalde aan hem heeft doorberekend.

De indirecte afnemer heeft geen vordering op de tussenpersoon nu het doorberekenen van het teveel betaalde geen onrechtmatige daad van de tussenpersoon jegens de indirecte afnemer vormt. Tussen de indirecte afnemer en de tussenpersoon bestaat verder een geldige overeenkomst die de grondslag vormt voor de betaling. De vraag doet zich nu voor of de indirecte afnemer wel een vordering op grond van onrechtmatige daad heeft jegens de inbreukmaker op de mededingingsregels. Indien het *passing-on* verweer van de laedens wordt verworpen, zou een bevestigend antwoord op deze vraag er toe kunnen leiden dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade wordt aangesproken. Zowel de directe afnemer als de indirecte afnemer kunnen in dat geval een vordering instellen. Naast het feit dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade kan worden aangesproken, is het ook mogelijk dat de laedens meer schade moet vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt.

Haak en VerLoren van Themaat signaleren deze mogelijkheid ook in hun onderzoek en illustreren dit treffend met een voorbeeld betreffende een kartelafsprak tussen vitamineproducenten.²⁷ In hun voorbeeld gaat als gevolg van het kartel de prijs van de benodigde grondstof per pil met 100% omhoog van 1 naar 2. De pillenproducenten die de duurdere grondstoffen moeten kopen verhogen hun verkoopprijzen ook met 100% van 2 naar 4. Vervolgens verhogen de detailhandelaren die de duurdere pillen van de pillenproducenten moeten kopen de prijzen ook met 100% van 4 naar 8. De schade die de consument nu heeft geleden kan worden begroot op het verschil tussen de consumentenprijs vóór de kartelinbreuk en de consumentenprijs na de kartelinbreuk. De schade zou dan $8 - 4 = 4$ zijn. Aan de andere kant bedraagt echter de verhoging van de prijs door het kartel maar 1. Bij een schadebegroting die gebaseerd zou zijn op winstafdracht zou maar 1 behoeven te worden afgedragen. In deze situatie zou de laedens, bij toewijzing van de vorderingen van de indirecte afnemers, meer schade moeten vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt. De laedens zou wel kunnen tegenwerpen dat de prijsverhogingen die zich later in het proces voordoen niet op grond van het sluiten van de kartelovereenkomst aan hem kunnen worden toegerekend.

5.2 Relativiteit

De relativiteitsleer zou aan een indirecte actie in de weg kunnen staan. Volgens artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de bena-

27 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 77-78.

deelde die heeft geleden. De vordering van de indirecte gelaedeerde tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht moet dan ook worden afgewezen wanneer de mededingingsbepaling (de geschonden norm) niet strekt ter bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde is geleden of wanneer de soort schade of de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming valt.

De relativiteitsleer behoort in het algemeen geen belemmering te vormen voor een indirecte actie. Ik zie niet in waarom de geschonden mededingingsregels niet zouden strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde (vaak de consument) is of wordt geleden.²⁸ Het doel van de Europese mededingingsregels lijkt steeds meer gericht op het verhogen van de welvaart door middel van de bescherming van de belangen van consumenten. De bescherming van de consument is zelfs uit het derde lid van artikel 81 EG af te leiden door de voorwaarde dat 'een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de *gebruikers* (in de Engelstalige versie wordt het woord *consumers* gebruikt) ten goede komt.'

De mededingingsregels strekken, naast tot bescherming van de consument, ook tot bescherming van de concurrent. In de zaak *Courage/Crehan* heeft het HvJ EG geoordeeld dat zelfs een onderneming die contractspartij is bij een verboden overeenkomst, onder voorwaarden recht heeft op schadevergoeding, met name in het geval dat de onderneming zich in een zwakke positie bevond ten opzichte van de gedaagde ten tijde van de contractsluiting.²⁹

De Mededingingswet beoogt ook de belangen van concurrenten en leveranciers te beschermen. De Minister van Economische Zaken verwoordde het als volgt:³⁰

'Tevens kunnen ondernemingen die in strijd handelen met het verbod van mededingingsafspraken of het verbod van misbruik van een economische machtspositie, geconfronteerd worden met eisen, bijvoorbeeld van concurrenten, leveranciers, afnemers of consumenten, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.'

Uit de parlementaire geschiedenis kan dus worden afgeleid dat de Mededingingswet strekt tot bescherming van de zojuist genoemde benadeelden. Dat

28 In Duitsland lijkt men daar anders over te denken. Alleen in geval de inbreuk op de mededingingsregels is gericht tegen de eiser bestaat er in Duitsland een recht op schadevergoeding. Zie artikel 823-II BGB en artikel 33 GWB. Een inbreuk op de mededingingsregels is mijns inziens uiteindelijk gericht tegen zowel directe als indirecte afnemers. Niet valt in te zien waarom indirecte afnemers niet beschermd zouden behoren te worden op grond van het relativiteitsvereiste. Zie over de situatie in Duitsland ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75-77 en de ook in hun rapport gesignaleerde rechtspraak KZR 11/04 LG Mannheim – 7 O 326/02 (GRUR 2004, 182) en OLG Karlsruhe – 6 U 183/03 (WuW/E DE-R 1229). Het is de vraag hoe het *Bundesgerichtshof* denkt over de vordering van indirecte afnemers.

29 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jur.* 2001, I-6297.

30 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 53.

de Mededingingswet, naast tot bescherming van de consument, ook strekt tot bescherming van de concurrent blijkt nog duidelijker uit het feit dat de Mededingingswet zoveel mogelijk in de pas loopt met het Europees mededingingsrecht. Europeesrechtelijke precedenten werken in de regel direct door in het Nederlands mededingingsrecht. Nu het Europees mededingingsrecht mede strekt tot bescherming van de concurrent strekt ook het Nederlands mededingingsrecht in beginsel mede tot bescherming van de concurrent.

Haak en VerLoren van Themaat zijn van mening dat eventuele schade die wordt opgelopen door tussenhandelaren niet wordt beschermd door de mededingingsregels.³¹ Dit kan echter niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Veelal worden tussenhandelaren als directe afnemers wel degelijk beschermd door de mededingingsregels. Dit is alleen anders in het door Haak en VerLoren van Themaat gegeven voorbeeld van de schade die tussenhandelaren lijden door de afspraak die een groep fabrikanten heeft gemaakt om voortaan rechtstreeks aan de detaillist te zullen leveren en de groothandel uit te sluiten.³² In dat geval kan een gezonde mededinging meebrengen dat tussenhandelaren zullen verdwijnen. Mochten de geschonden mededingingsregels niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde(n) is geleden dan zou nog een beroep kunnen worden gedaan op schending van de zorgvuldigheidsnorm (een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt). Het enkele feit van wetsovertreding (kartelverbod of verbod op het maken van misbruik van een machtspositie) zal, ook al strekt het overtreden voorschrift niet ter bescherming tegen de schade, steeds meewegen bij het oordeel over de vraag of een betamelijkheidsregel is geschonden waar de benadeelde wel bescherming aan kan ontfen (de correctie Langemeijer).³³

5.3 Indirecte acties in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is het op federaal niveau alleen voor directe kopers mogelijk de overtreder van het mededingingsrecht in rechte aan te spreken.³⁴ De indirecte actie is in de Verenigde Staten op federaal niveau door het *U.S. Supreme Court* verworpen.³⁵ Wel heeft het *U.S. Supreme Court* toegestaan dat het op grond van het niet-federale mededingingsrecht van de afzonderlijke deelstaten mogelijk kan zijn dat indirecte kopers de overtreder van het mede-

31 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.

32 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.

33 Zie HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (Tandartsen).

34 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

35 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

dingingsrecht kunnen aanspreken.³⁶ In een aantal deelstaten in de VS is aparte wetgeving ingevoerd om een indirecte actie mogelijk te maken. In deze staten kan door zowel directe als indirecte kopers een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld.

Het op federaal niveau verbieden van de indirecte actie is, gelet op het federale verbod van het *passing-on* verweer (en als gevolg daarvan de mogelijkheid dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade zou kunnen worden aangesproken) een verdedigbare beslissing van het *U.S. Supreme Court*. Enerzijds kan de laedens jegens de directe afnemer geen beroep doen op het *passing-on* verweer, anderzijds heeft de laedens geen last van vorderingen tot schadevergoeding van indirecte afnemers zodat hij niet voor dezelfde schade kan worden aangesproken door zowel de directe als de indirecte afnemers.

6 HET *PASSING-ON* VERWEER, INDIRECTE ACTIES EN HET GEMEENSCHAPSRECHT

6.1 Het *passing-on* verweer en het Gemeenschapsrecht

In de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA EG kan geen direct antwoord worden gevonden op de vraag hoe om te gaan met het *passing-on* verweer. Desalniettemin overweegt het HvJ EG in *Courage/Crehan* als volgt (paragraaf 30):³⁷

‘Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie met name arresten van 4 oktober 1979, *Ireks-Arkady/Raad en Commissie*, 238/78, Jurispr. blz. 2955, punt 14; 27 februari 1980, *Just*, 68/79, Jurispr. blz. 501, punt 26, en 21 september 2000, *Michailidis*, C-441/98 en C-442/98, Jurispr. blz. I-7145, punt 31).’

De belangrijkste reden voor het bestaan van het *passing-on* verweer in de jurisprudentie van het HvJ EG is het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking van de eiser. Dit is echter niet per definitie het geval, omdat de doorberekening van de hogere prijs ook tot een verminderde afzet kan leiden als gevolg van de hogere prijs. De econoom Hellwig noemt het *passing-on* verweer zelfs irrelevant om tot een juiste beoordeling van de schade te komen, wegens het feit dat de potentiële winst van het *passing-on* verweer wordt

36 *California v ARC America Corp*, 490 U.S. 93 (1989); Zie ook W.H. Page, ‘The limits of state indirect purchaser suits: Class certification in the shadow of Illinois Brick’, *Antitrust Law Journal* 1999, p. 1-39; W.H. Page, ‘Class Certification in the Microsoft indirect purchaser litigation’, *Journal of Competition Law and Economics* 2005, p. 303-338; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75.

37 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*).

tenietgedaan door het verlies dat ontstaat als gevolg van de afnemende vraag veroorzaakt door de hogere 'downstream' prijs.³⁸

Het HvJ EG heeft nooit geoordeeld dat er op grond van het Europees recht een recht op het *passing-on* verweer bestaat. Een dergelijk recht bestaat ook niet op grond van het Europees recht. Het HvJ EG heeft enkel en alleen bepaald dat het Europees recht een nationale regel, op grond waarvan ongerechtvaardigde verrijking kan worden voorkomen, niet uitsluit.³⁹ Er kan dan ook alleen van een verweer op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden gesproken in gevallen waarbij ten eerste het doorberekenen van de te hoge prijs wordt bewezen en daarnaast wordt bewezen dat er zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoet.⁴⁰

Het werkdocument behorende bij het Groenboek van de Commissie laat een ontwikkeling in de rechtspraak van het HvJ EG zien, waarbij het aannemen van het ontbreken van een causaal verband tussen het doorberekenen van de te hoge prijs en de ongerechtvaardigde verrijking van de eiser zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld tot het punt waarop een dergelijke aanname van causaal verband zo ongefundeerd is, dat het in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Zo overweegt het HvJ EG in *Weber* (overweging 117):⁴¹

'Uit het voorgaande volgt dat het (...) doelmatigheidsbeginsel zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling of bestuurspraktijk die de uitoefening van door de communautaire rechtsorde toegekende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt door op basis van het enkele feit dat de belasting op derden is afgewenteld, een vermoeden van ongerechtvaardigde verrijking te creëren.'

6.2 Indirecte acties en het Gemeenschapsrecht

Hebben zowel directe als indirecte afnemers recht om een actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht? Uit de rechtspraak van het HvJ EG in *Courage/Crehan* lijkt te kunnen worden afgeleid dat zowel directe als indirecte afnemers geacht moeten worden een vordering tot schadevergoeding te kunnen instellen. Het HvJ EG overweegt:⁴²

38 Martin Hellwig, *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective*, Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2006.

39 Zie ook de A-G Slynn in zijn conclusie onder HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 and 378/85 (*Les Fils de Jules Bianco en J Girard Fils v Directeur général des douanes et droits indirects*).

40 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 188.

41 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-147/01 (*Weber's Wine World*).

42 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), paragraaf 23 en 24. Cursivering toegevoegd EJZ.

‘In de derde plaats heeft het Hof reeds geoordeeld, dat de artikelen 85, lid 1, van het Verdrag en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven (zie arresten van 30 januari 1974, BRT en SABAM, BRT I”, 127/73, Jurispr. blz. 51, punt 16, en 18 maart 1997, Guérin automobiles/Commissie, C-282/95 P, Jurispr. blz. I-1503, punt 39). Uit bovenstaande overwegingen volgt, dat *elke* particulier zich in rechte op schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling.’

Op grond van het feit dat het HvJ EG beslist dat *elke* particulier zich in rechte op schending van het kartelverbod kan beroepen, kan worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens (aangenomen dat er schade is geleden en dat sprake is van causaal verband).

Het aan alle partijen bieden van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen brengt uiteraard de nodige problemen met zich mee. Zo wordt er in het werkdocument behorende bij het Groenboek op gewezen dat het moeilijk is de mate van *passing-on* te berekenen, dat het voor de potentiële eiser niet stimulerend is om een actie in te stellen nu er bij een succesvolle actie minder schadevergoeding toegewezen zal worden (schadevergoeding zal namelijk moeten worden verdeeld tussen de verschillende afnemers in de afnameketen) en dat er sprake is van hogere transactiekosten als gevolg van de toename van het aantal zaken en de toename van de complexiteit van zaken die het gevolg zijn van dezelfde mededingingsinbreuk.⁴³

7 DOOR DE COMMISSIE VOORGESTELDE OPTIES BETREFFENDE HET *PASSING-ON* VERWEER EN DE PROCESBEVOEGDHEID VAN INDIRECTE AFNEMERS

In het Groenboek ‘Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels’ stelt de Commissie in paragraaf 2.4 de vragen:

‘Moeten er voorschriften zijn betreffende de ontvankelijkheid en de werking van de ‘*passing-on defence*’? Zo ja, welke soort voorschriften? Moeten indirecte afnemers procesbevoegdheid hebben?’

De Commissie heeft in het Groenboek vier opties aangedragen voor de beantwoording van deze vragen. In het werkdocument (*Commission Staff Working Paper*) behorende bij het Groenboek verduidelijkt de Commissie de voorgestelde opties. De Commissie heeft bij de beantwoording van de vragen gezocht

43 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 193.

naar een afweging tussen rechtvaardigheid (alle gelaedeerden hebben recht op de vergoeding van de schade die door hen is geleden) en efficiëntie.⁴⁴

In de eerste optie (optie 21) is het *passing-on* verweer een 'ontvankelijk' verweer en kunnen zowel de directe als de indirecte afnemers de inbreukmaker dagvaarden. In dit systeem krijgt elke gelaedeerde compensatie voor de door hem geleden schade. Nadeel van deze optie is dat het risico bestaat dat de directe afnemer geen (of weinig) schadevergoeding krijgt toegewezen, omdat de inbreukmaker tegen hem het *passing-on* verweer kan invoeren. Daarnaast wijst de Commissie op het feit dat het risico bestaat dat de schade van indirecte afnemers ook niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. De mate van doorberekening van de te hoge prijs aan de verschillende afnemers in de keten zal moeten worden vastgesteld. De Commissie wijst er dan ook op dat in dit verband bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast. Bij dit model is het van belang dat de eindafnemers (consumenten) de mogelijkheid hebben om met behulp van een collectieve actie een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen.⁴⁵ Een groot deel van de schade zal anders blijven liggen bij de eindafnemers, wegens de rationele desinteresse of rationele apathie van de gelaedeerden.⁴⁶

In de tweede optie (optie 22) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen alleen directe afnemers de inbreukmaker dagvaarden. Deze optie is in de ogen van de Commissie gunstiger voor directe afnemers omdat de procedure niet zal worden bemoeilijkt door de problemen in verband met het *passing-on* verweer. Bovendien heeft de directe afnemer over het algemeen een betere toegang tot de bewijsmiddelen die noodzakelijk zijn om de mededingingsinbreuk te bewijzen en de geleden schade aan te tonen. De effecten van een mededingingsinbreuk zijn nu eenmaal moeilijk(er) te meten naarmate men verder van de inbreukpleger en de directe afnemer komt af te zitten.⁴⁷ Een systeem waarbij de directe afnemers de gehele schade kunnen vorderen zal vanuit het oogpunt van een effectieve handhaving en preventie (afschrikwekkende werking) de voorkeur hebben.⁴⁸ Nadeel is dat de indirecte afnemers hun schade niet vergoed kunnen krijgen. In het werkdokument behorende bij het Groenboek wordt, indien de directe afnemer actief is in een concurrerende markt, nog de mogelijkheid geopperd dat hij door de marktdynamiek gedwongen wordt de eventuele ongerechtvaardigde verrijking door te geven

44 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 194-195.

45 Vgl. het werkdokument behorende bij het Groenboek, nr. 196.

46 Zie over rationele desinteresse I.N. Tzankova, *Strooischade: een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005 en I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007. Zie over rationele apathie R. van den Bergh, 'Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking', *M&M* 2006, p. 148 e.v.

47 Zie het werkdokument behorende bij het Groenboek, nr. 197.

48 Vgl. het werkdokument behorende bij het Groenboek, nr. 197.

aan de volgende niveaus in de distributieketen.⁴⁹ Daarnaast denkt de Commissie aan een uitzondering voor (groepen van) consumenten, die dan weer wel een actie zouden moeten hebben.⁵⁰ Dit lijkt mij echter tegenstrijdig met de keuze voor deze optie.

In de derde optie (optie 23) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker dagvaarden. Hoewel door de niet-ontvankelijkheid van het *passing-on* verweer schadevorderingen voor verzoekers minder omslachtig worden, brengt deze optie de mogelijkheid met zich dat de verweerder wordt veroordeeld tot betaling van meerdere schadevergoedingen, omdat zowel indirecte als directe afnemers schadevorderingen kunnen instellen. Een voordeel van deze optie is dat er een grote afschrikwekkende werking vanuit gaat jegens de potentiële overtredders van het mededingingsrecht. Bovendien hebben zowel de direct als de indirecte afnemers een prikkel om schadevergoeding te eisen.⁵¹

De vierde optie (optie 24) bestaat uit een procedure in twee fasen waarbij het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk is. In een eerste fase is het *passing-on* verweer verboden en kan de inbreukmaker door elke gelaedeerde worden gedagvaard voor het totale bedrag aan schade. In een tweede fase wordt de schadevergoeding verdeeld tussen alle partijen die schade hebben geleden. Deze optie is volgens de Commissie technisch moeilijk, maar heeft naar het oordeel van de Commissie het voordeel dat alle gelaedeerden een billijke schadevergoeding krijgen. Bovendien dient de inbreukmaker alle geleden schade te vergoeden. De inbreukmaker kan niet profiteren van het feit dat door de afnemers geen schadevergoedingsactie wordt ingesteld indien de kosten niet opwegen tegen de baten.

8 STANDPUNT VAN DE NEDERLANDSE REGERING

De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij optie 21, volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.⁵² De regering neemt daarbij kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoeding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers ook niet wordt vergoed omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. In het Groenboek wijst de Commissie er in dit

49 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 198.

50 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 199.

51 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 200.

52 Deze reactie van de Nederlandse regering op het Groenboek kan volgens haar niet als definitief standpunt worden gezien. Zie Nederlandse reactie op het Groenboek, p. 1.

verband ook op dat bij deze optie bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast. Het voordeel van deze optie is in de ogen van de Nederlandse regering dat er geen sprake kan zijn van over-compensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor de berekening van de schadevergoeding. De regering gaat, naast aan de reeds door de Commissie onder de aandacht gebrachte bewijsproblemen betreffende de schade, bij haar keuze voorbij aan het feit dat voor indirecte afnemers de kosten van het procederen vaak niet opwegen tegen de schade die is geleden in een individueel geval.

Optie 22 kan volgens de Nederlandse regering leiden tot een oneerlijke situatie nu indirecte kopers geen schade kunnen vorderen indien het *passing-on* verweer wordt uitgesloten en alleen directe afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden. De Nederlandse regering is bevreesd dat de door de rechter toegekende schadevergoeding hoger uitvalt dan de daadwerkelijk geleden schade.

Optie 23 (uitsluiting van het *passing-on* verweer en het uitbreiden van acties tot de indirecte afnemers) brengt volgens de Nederlandse regering het gevaar van een stapeling van acties met zich mee en daarmee het gevaar van overbelasting van het gerechtelijk apparaat. Daarnaast kan volgens de Nederlandse regering stapeling van vorderingen leiden tot betaling door de overtreder van bedragen die groter zijn dan de daadwerkelijk geleden schade en zijn beide gevolgen niet wenselijk.

Optie 24 (de twee stappen procedure) acht de Nederlandse regering onwenselijk nu deze optie geen recht doet aan het uitgangspunt dat een schadevergoeding enkel strekt ter compensatie van daadwerkelijk geleden schade.

9 CONCLUSIE

In Nederland heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan over de vraag of de laedens een succesvol beroep kan doen op het *passing-on* verweer bij schadevergoedingsacties op grond van schending van het mededingingsrecht. Een beroep op het *passing-on* verweer kan worden uitgesloten door hantering van de abstracte schadebegroting. Principieel bezwaar tegen abstracte schadebegroting is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.

Zolang een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet mogelijk is, is het echter goed verdedigbaar dat de nationale rechter bij de beoordeling van het *passing-on* verweer op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw voor de effectieve handhaving van het Europees (mededingings)recht moet uitgaan van een abstract schadebegrip. De hantering van een concreet schadebegrip zal, indien de laedens een beroep doet op het *passing-on* verweer, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde

verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.⁵³ Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk te verhalen op de laedens kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval niet meer nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn. Hantering van een concreet schadebegrip zou ook nog in strijd kunnen worden geacht met het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.

Uit het systeem van de wet vloeit voort dat naar Nederlands recht een indirecte actie mogelijk is, al heeft de Hoge Raad hierover nog geen expliciete uitspraak gedaan. Niet valt in te zien waarom de Hoge Raad in navolging van het *U.S. Supreme Court* indirecte acties zou verbieden. Het verbieden van indirecte acties gaat voorbij aan het recht om een procedure te mogen instellen indien schade is geleden.⁵⁴ Uit de rechtspraak van het HvJ EG in *Courage/Crehan* kan ook worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens. Bovendien doet zich bij uitsluiting van de indirecte actie het gevaar voor dat de overtreder en de directe afnemer tot een afspraak komen om de geleden schade te compenseren, terwijl de indirecte afnemer met de schade blijft zitten, bij gebrek aan een mogelijkheid om een indirecte actie in te stellen.⁵⁵

Ingeval de rechter de schade die als gevolg van een mededingingsinbreuk door de directe afnemer is geleden, abstract zou begroten, zou het kunnen voorkomen dat de laedens de schade meerdere keren moet vergoeden. De laedens zou zowel aan de directe afnemer als aan de indirecte afnemer schadevergoeding moeten betalen.

In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' biedt de Commissie een keuze uit een viertal opties betreffende het *passing-on* verweer en de positie van indirecte afnemers. De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij de optie volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.

Het voordeel van deze optie is dat er geen sprake kan zijn van overcompensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor

53 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (*Comet*), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (*Palmisani*), *Jur.* I-4025, r.o. 27.

54 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het groenboek van de Commissie, paragraaf 2.4, p. 10.

55 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het groenboek van de Commissie, paragraaf 2.4, p. 10.

de berekening van de schadevergoeding. Aan de keuze voor deze optie zijn echter ook veel nadelen verbonden. Alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) zullen namelijk een actie tot verkrijging van schadevergoeding moeten instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden. De regering neemt kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoeding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. Het berekenen van de omvang van de schade in elke fase van de distributieketen zal (te) ingewikkeld zijn en bovendien (te) kostbaar. Daar komt nog bij dat de schade op lagere niveaus in de distributieketen sterk gespreid is en de kosten van een procedure tot verkrijging van schadevergoeding dus veel hoger zijn dan de te verwachten opbrengsten.

Op grond van het effectiviteitsbeginsel dient een beroep op het *passing-on* verweer te worden afgewezen. Dit brengt niet automatisch met zich mee dat alleen directe afnemers een bedrag ontvangen dat hoger kan zijn dan de werkelijk geleden schade (de schade die per saldo overblijft nadat de supra-competitieve prijs is doorberekend aan de afnemers in het verdere verloop van de distributieketen), terwijl indirecte afnemers geen schadevergoeding kunnen vorderen. Bij uitsluiting van het *passing-on* verweer behoren indirecte afnemers de mogelijkheid te blijven houden om een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding moeten naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin samenlopen. Dit zal kunnen leiden tot een schadevergoeding die hoger is dan de reële schade, maar in de afweging tussen efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid behoort de laedens die last te dragen.