

Doorgeschoven kartelschade: schadeberekening of voordeelstoerekening?

Prof.mr. W.H. van Boom

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *RvdW* 2016, 950 (*TenneT Tso BV en Saranne BV / ABB BV en ABB Ltd*)

Feiten en verloop van de procedure

In deze procedure vordert netbeheerder TenneT schadevergoeding van ABB.¹ Het gaat om een oude zaak van de levering van technisch materiaal voor de bouw van een hoogspanningsschakelstation te Eemshaven. In 1993 had namelijk de rechtsvoorganger van TenneT tegen betaling van omgerekend ruim € 39 miljoen de installatie van gasgeïsoleerd schakelmateriaal laten verzorgen door de rechtsvoorganger van ABB BV. Wat TenneT destijds niet wist, was dat ABB onderdeel uitmaakte van een verboden kartel.

Een kartel is een ‘complex van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen’ tussen ondernemingen in een bepaalde sector die elkaars concurrent behoren te zijn; kartelafspraken kunnen bijvoorbeeld gericht zijn op prijsopdrijving of verdeling van de markt. Het effect daarvan is veelal dat afnemers, zonder het te weten, meer betalen voor de producten of diensten die zij afnemen van de karteldeelnemers dan wanneer deze ondernemingen gewoon op eerlijke wijze de competitie met elkaar zouden aangaan. Kartels zijn dus in de regel schadelijk voor de mededinging en daarom zijn ze verboden op Europees en nationaal niveau.²

Als de Europese Commissie in 2007 vaststelt dat ABB tussen 1998 en 2004 samen met andere ondernemingen onderdeel uitmaakte van het verboden kartel, bezint TenneT zich op verhaal van de prijsopslag. Door het kartel zijn

namelijk, zo redeneert TenneT, prijzen in rekening gebracht die hoger waren dan wanneer geen sprake was geweest van een kartel. In die denkbeeldige situatie zou de gewone competitie tussen aanbieders van schakelmateriaal namelijk tot lagere, normale prijzen hebben geleid en zouden dus ook de prijzen in het contract met TenneT lager zijn uitgevallen. Het verschil tussen die denkbeeldige prijs en de werkelijke prijs is de onrechtmatige prijsopslag, en die levert vermogensschade op in de zin van artikel 6:95 BW.

TenneT vangt de onderhavige procedure aan tegen ABB en vordert uit hoofde van onrechtmatige daad vergoeding van die schade. Het zou om vele miljoenen euro's gaan.

De berekening van dit soort schade is niet eenvoudig. Wanneer het, zoals bij prijsopslag, gaat om onzichtbare beschadiging van het vermogen, waarbij de benadeelde op andere wijze in zijn vermogen wordt aangetast dan door inbreuk op lichamelijke integriteit of eigendom, moet men de feitelijke marktomstandigheden met kartel zo goed en zo kwaad als dat kan, vergelijken met een hypothetische markt zonder kartel. Die vergelijking zal tot economische schaderapportages leiden die met aannames en bandbreedtes werken. Preciezer wordt het zelden. Gelukkig eist de wet geen exacte wetenschap; artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld dan wordt deze omvang *geschat*.

1 Ik beseft dat in werkelijkheid sprake was van meerdere procespartijen: TenneT TSO BV en Saranne BV als eisende partijen en ABB BV en ABB Ltd (Zwitserland) als gedaagden. Het was de

Nederlandse BV ABB die het contract sloot met de voorganger van TenneT en de gelieerde Zwitserse ABB Ltd die voor de kartelinbreuk is beboet (en vervolgens immuniteit is verleend door de Euro-

pese Commissie). Voor deze annotatie spreek ik steeds korthedshalve van TenneT en ABB.

2 Zie art. 101 VWEU (voorheen: art. 81 EG-Verdrag) resp. art. 6 Mededingingswet.

ABB verweert zich echter, onder meer met de stelling dat TenneT op haar beurt de schade heeft doorgeschoven naar haar eigen afnemers (via de elektriciteitsprijs) en dus per saldo geen schade heeft geleden. Dit verweer van ABB noemt men wel het *passing-on*-verweer, het doorberekeningsverweer. De rechtbank verwerpt het *passing-on*-verweer, waarbij hij overweegt dat de doorberekening nog niet kan zijn voltooid, want de centrale is nog niet afgeschreven en een netbeheerder kan bovendien inmiddels niet meer zelf zijn tarieven bepalen. Maar afgezien daarvan oordeelt de rechtbank dat hoe dan ook overeind blijft staan dat er schade is geleden in de zin van een te hoge prijs. Voor zover ABB een beroep doet op voordeeltorekening in de zin van artikel 6:100 BW oordeelt de rechtbank dat het voordeel dat TenneT behaald zou hebben (namelijk het doorberekenen van het nadeel), niet ten koste van ABB maar ten koste van de afnemers van TenneT is genoten, zodat het niet redelijk is dit voordeel af te trekken van de schade.³

In appel griefft ABB tegen deze beslissing. Het hof oordeelt kort gezegd dat in de schadestaatprocedure die nog volgen zal, maar moet blijken of en in hoeverre sprake is geweest van doorberekening door TenneT. Als doorberekening komt vast te staan, aldus het hof, is in zoverre geen sprake meer van schade en is zij door eigenhandige verhoging van de prijzen in plaats van door toekenning van schadevergoeding schadeloos gesteld. Het hof komt dus ook niet toe aan de vraag of sprake is van voordeeltorekening.⁴

In cassatie ligt de vraag voor: moet de doorberekening door de benadeelde van een onrechtmatige prijsopslag rechtstreeks bij de omvang van de schade in aanmerking worden genomen of moet het als voordeeltorekening in de zin van artikel 6:100 BW worden gezien?

De Hoge Raad vangt zijn overwegingen aan met een uiteenzetting van het Europeesrechtelijke kader voor de beoordeling van schadevergoedingsacties bij kartelschade:

‘4.3.1 Volgens Unierecht moet eenieder vergoeding kunnen vorderen van de schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, en is dit geen beletsel voor de nationale rechter om erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (HvJEU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, NJ 2002/43, punten 26 en 30 (Courage en Crehan)). De vaststelling van de schade door de Nederlandse rechter geschiedt bij gebreke van een Unierechtelijke regeling naar Nederlands recht, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel (vgl. HvJEU 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2012:685, NJ 2007/34, punten 92-97 (Manfredi)).

4.3.2 Op grond van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU 2014, L 349/1-19 (hierna: de Richtlijn) dient in geval van schade door een inbreuk op het mededingingsrecht volledige vergoeding van die schade te kunnen worden gevorderd en verkregen. Art. 3 lid 2 Richtlijn bepaalt onder meer dat

een volledige vergoeding een persoon die schade heeft geleden, in de positie brengt waarin die persoon zich zou hebben bevonden indien geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt. Volgens art. 3 lid 3 Richtlijn mag volledige vergoeding uit hoofde van de Richtlijn niet leiden tot overcompensatie. Art. 13 Richtlijn bepaalt dat de verweerder in een schadevergoedingsgeding als verweer kan aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend, en dat de bewijslast dat de meerkosten zijn doorberekend, rust op de verweerder, die van de eiser en/of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen.

4.3.3 De Richtlijn moet uiterlijk op 27 december 2016 in nationaal recht zijn omgezet (art. 21 lid 1 Richtlijn). Op 7 juni 2016 is daartoe het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht aan de Tweede Kamer aangeboden (Kamerstukken II 2015-2016, 34490, nr. 2). Aan omzettingsmaatregelen mag geen terugwerkende kracht worden gegeven (art. 22 lid 1 Richtlijn).

4.3.4 Hoewel de Richtlijn temporeel niet het onderhavige geval bestrijkt en het beoordelingskader dus wordt gevormd door het Nederlandse recht – met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel zoals hiervoor in 4.3.1 vermeld – is het wenselijk om dat recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de Richtlijn en het hiervoor in 4.3.3 vermelde wetsvoorstel.’

Deze overwegingen kan men als volgt parafraseren. Het Unierecht vergt dat de benadeelde schadevergoeding kan vorderen van de kartellisten, dat het schadevergoedingsrecht niet (punitief) overcompenseert en evenmin ondercompenseert en dus dat als de aangesproken kartellist kan bewijzen dat de benadeelde de prijsopslag heeft doorberekend, dit meegewogen wordt bij de vaststelling van de schadevergoedingsvordering.⁵ Het is wenselijk dat Afdeling 6.1.10 BW zoveel als mogelijk in deze richting uitgelegd en toegepast wordt, ook waar dat strikt genomen nog niet werd vereist door het Europese recht.

Daarna zoomt de Hoge Raad in op de voorliggende 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 voordeeltorekening (art. 6:100 BW).’

Het antwoord op die vraag is verrassend eenvoudig:

‘4.4.1 Een doorberekeningsverweer komt in het algemeen neer op de stelling dat de omvang van het recht van een benadeelde op schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht is verminderd naar gelang de benadeelde de schade aan derden heeft doorberekend.

Die stelling kan in beginsel worden betrokken zowel op het schadebegrip waarin de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (art. 6:95-6:97 BW), als op de voordeeltorekening (art. 6:100 BW). Voor de beoordeling van een doorberekeningsverweer zijn dus twee benaderingen denkbaar. Zoals voortvloeit uit hetgeen hierna wordt overwogen, gaat het om twee benaderingwijzen die niet wezenlijk van elkaar verschillen.

3 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, r.o. 4.30-4.32.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.32-3.34.

5 Zie voor dit laatste punt art. 6:193p BW (Wetsvoorstel 34 490 ter implementatie van richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht 2014/104/EU), dat luidt: ‘Een partij kan

het verweer voeren dat de benadeelde de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten heeft doorberekend.’

4.4.2 Het maken van een keuze tussen de beide benaderingen is in zoverre niet van belang, dat door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde voordelen in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding moeten worden betrokken voor zover dat redelijk is. Dat beide benaderingen mogelijk zijn, strookt met de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:100 BW (Parl. Gesch. Boek 6, T.M., p. 348), waarin in het midden is gelaten of “de noodzakelijkheid van voordeelstoerekening reeds in het begrip schade opgesloten ligt”, “daar het in ieder geval gewenst is, dat de negatieve factor, die bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking behoort te worden genomen, in de wet vermeld wordt. Over de vraag hoe in concrete gevallen de voordeelstoerekening moet plaats vinden, is de wetenschap nog niet tot klaarheid gekomen. (...) Daarom laat de redactie van deze bepaling aan de rechtspraak de nodige vrijheid.”

Het gaat in de ogen van de Hoge Raad dus om twee benaderingswijzen die niet wezenlijk van elkaar verschillen. Dat oordeel moet doorwerken in de stelplicht en bewijslastverdeling bij beide benaderingswijzen:

‘4.4.4 Bij het maken van een keuze tussen de hiervoor in 4.4.1 vermelde benaderingen zijn de stelplicht en bewijslast niet doorslaggevend, aangezien de rechter daarvoor in beide benaderingen dezelfde regels kan hanteren. Ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade gelden weliswaar in beginsel de gewone bewijsregels, maar daarbij is de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH2162, NJ 2014/2001, rov. 4.11.3).

Dit geeft voldoende ruimte om, evenals het geval is in de benadering op de voet van art. 6:100 BW, niet alleen de stelplicht, maar ook de bewijslast ten aanzien van de aan het doorberekeningsverweer ten grondslag gelegde feiten bij de aansprakelijke partij te leggen (zie ook hetgeen hiervoor in 4.3.2 is overwogen over de bewijslast onder de Richtlijn).’

Wat betreft de wijze waarop artikel 6:100 BW moet worden toegepast, overweegt de Hoge Raad:

‘4.4.3 Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 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 art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade.

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

Dit leidt ertoe dat het om het even is of de rechter langs de band van de schadeberekening of voordeelstoerekening tot een oordeel komt, zolang hij zich maar rekenschap geeft van de stappen die daarbij moeten worden gezet:

‘4.4.5 Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter met inachtneming van het partijdebat vrij is te bepalen welke van de twee eerderbedoelde benaderingen hij volgt bij de beoordeling van een doorberekeningsverweer als het onderhavige. Daarbij is van belang dat in beide benaderingen de wijze waarop de rechter toepassing geeft aan de in art. 6:98 BW besloten maatstaf, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter. In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.

4.4.6 Gelet op het bovenstaande maakt het ook voor het voldoen aan de hiervoor in 4.3.4 bedoelde verenigbaarheid van het Nederlandse recht met Unierechtelijke voorschriften geen verschil welke van de beide benaderingen wordt gevolgd.’

De slotsom is dat de rechter die zich nu moet buigen over de schadestaat, tevens moet beoordelen welke van beide benaderingen de voorkeur verdient: schadeberekening of voordeelstoerekening.

Noot⁶

Hoewel er zeker ook andere aspecten aan het arrest *TenneT/ABB* te onderkennen zijn, besteed ik hier slechts aandacht aan de verhouding tussen schadeberekening en voordeelstoerekening in het licht van het doorberekeningsverweer.⁷

Het doorberekeningsverweer

Om met dat laatste te beginnen: over het doorberekeningsverweer is in binnen- maar vooral buitenland veel geschreven.⁸ Er wordt door sommigen wel gesteld dat het een verweer is dat niet of niet altijd gevoerd zou moeten mogen worden, omdat het er voornamelijk toe dient om kartelclaims te laten verzanden. Als namelijk de direct benadeelde niet of niet volledig vergoeding van de schade kan vorderen, dan neemt de kans toe dat het nooit tot enige vergoeding komt. Met een beetje geluk heeft de benadeelde de schade namelijk op zijn beurt aan meerdere afnemers doorgeleid, en als de schade zodoende verstrooid is over vele eindgebruikers (consumenten), dan is de kans klein dat zij elk afzonderlijk met succes tot aansprakelijkstelling overgaan.⁹ In veel rechtsstelsels zijn de kosten en risico's van verlies van de procedure daarvoor te hoog, zeker als geen effectieve *class action* bestaat.¹⁰ Dit brengt sommigen als gezegd ertoe om te bepleiten dat het doorberekeningsverweer verworpen zou moeten worden. Hiertegenover staan echter zij die benadrukken dat het schadevergoedingsrecht erop gericht moet zijn om alleen

6 Met dank aan Siewert Lindenbergh en Bart Krans voor commentaar op een eerdere versie.

7 Over bijv. de Europeesrechtelijke aspecten J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, ‘TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht’, *MvV* 2016, afl. 10,

p. 265-266 e.v.

8 Voor een eerste ingang bijv. E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391 e.v.

9 Zo reeds A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer:

Kluwer 1965, p. 331-332.

10 Over *class action* bij mededingingsinbreuk bijv. S.E. Keske, *Group Litigation in European Competition Law – A Law and Economics Perspective* (diss. Rotterdam), Antwerpen: Intersentia 2010.

de werkelijk geleden schade van de benadeelde, niet meer en niet minder, te vergoeden. Zou men het doorberekeningsverweer niet toestaan, zo stellen zij, dan zou het een verrijking van de benadeelde opleveren. Hij krijgt dan namelijk meer vergoed dan hij per saldo aan schade heeft geleden.¹¹

Verwerping van het doorberekeningsverweer past goed in een visie op het schadevergoedingsrecht als instrument van rechtshandhaving en van prikkeling tot wetsnaleving. Het past minder goed in de klassieke gedachte dat het schadevergoedingsrecht er alleen maar toe dient om het vermogen van de benadeelde zoveel als mogelijk te brengen in de staat waarin het zou verkeren, de onrechtmatige gedraging weggedacht.¹² Welke van deze twee tegengestelde standpunten de betere papieren heeft, zal ik hier niet uitgebreid bespreken, maar de instrumentele visie vind ik vooralsnog aantrekkelijker dan de klassieke gedachte.¹³ Het gaat mij hier om de vraag hoe inpassing in het wettelijk systeem kan plaatsvinden.

Zou de rechter het doorberekeningsverweer willen blokkeren, dan dienen zich verschillende manieren aan om dat te bereiken. Zo zou de rechter kunnen oordelen dat de omvang van de schade naar objectieve maatstaven dient te worden begroot naar het moment waarop zij wordt geleden en dat de doorberekening een omstandigheid is die zich pas kan hebben voorgedaan nadat de schade zich al in het vermogen van de benadeelde heeft genesteld.¹⁴ Er zijn aanknopingspunten in de rechtspraak te vinden voor de juistheid van dat begrotingsmoment, maar er zijn ook tegenovergestelde aanknopingspunten.¹⁵

Een andere manier zou die van 'abstracte schadeberekening' zijn. Dat is een wat schimmig juridisch fenomeen, maar het komt erop neer dat de rechter soms bepaalde omstandigheden buiten beschouwing dient te laten bij het begroten van de schade.¹⁶ De gevallen waarin die abstractie dient te worden toegepast, zijn niet in de wet te vinden. Een aantal uitspraken van de Hoge Raad geeft enige richting aan het fenomeen, maar van een uitgekristalliseerd leerstuk kan niet worden gesproken.¹⁷ Men kan hooguit in algemene zin stellen dat *als* het volgens de Hoge Raad normatief gezien passend is om van bepaalde omstandigheden te abstraheren bij de schadeberekening, de rechter dit moet doen.

Na *TenneT/ABB* moge duidelijk zijn dat naar geldend Nederlands recht de rechter het doorberekeningsverweer, indien feitelijk juist, moet honoreren. Daarvoor is allereerst vereist dat de aansprakelijke stelt en bij voldoende gemotiveerde betwisting door de benadeelde ook bewijst dat (1) 'feitelijk' sprake is van doorberekening en (2) deze doorberekening zich niet zou hebben voorgedaan als er geen kartelinbreuk was gepleegd (het *condicio sine qua non*-verband).¹⁸ Vervolgens is het (3) aan de rechter om, in het licht van het partijdebat, te kiezen voor een van twee wegen: ofwel de rechter beoordeelt of de doorberekening van de schade doorwerkt in de bepaling van de omvang van de schade, ofwel hij beoordeelt of de doorberekening moet worden beschouwd als voordeel dat toegerekend moet worden aan de schadeveroorzakende gebeurtenis.

Voordeelstoerekening in twee stappen

Kijken we nader naar de tweede weg, die van de voordeels-toerekening. De grondslag is neergelegd in artikel 6:100 BW, dat bepaalt:

'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.'

Uit de wettekst volgt dat sprake moet zijn van 'een zelfde gebeurtenis' die naast schade ook voordeel heeft opgeleverd voor de benadeelde. Dat is de eerste stap van een *condicio sine qua non*-verband. Als aan dat vereiste is voldaan, dan kan het voordeel 'in rekening worden gebracht' (verrekening of toerekening) voor zover dit redelijk is. Het 'in rekening brengen' is in wezen salderen van voordelen en nadelen. De *redelijkheid* bepaalt of en in hoeverre het voordeel toegerekend kan worden aan dezelfde gebeurtenis als die welke de schade veroorzaakte. De redelijkheidstoets is dus de tweede stap en in dat kader dient, zo geeft de Hoge Raad aan, de maatstaf van artikel 6:98 BW *per analogiam* te worden toegepast. Dat betekent dat voor toerekening van voordeel slechts het voordeel in aanmerking komt dat in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat het voordeel hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden

11 Zie voor de verschillende standpunten bijv. de verwijzingen bij Zippo 2009.

12 Over die spanning bijv. W.H. van Boom, 'Effectue- rend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982 e.v.

13 Ik verwijs naar de in de vorige noot genoemde publicatie en de uitgebreidere versie daarvan: *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2006.

14 M. Hebly & S. Lindenbergh, 'Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht', in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Schadebegroting en tijdsverloop* (preadviezen 2016), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 309 spreken in dit verband van een *ex ante*- versus een *ex post*-benadering.

15 Vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:

BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*): '(...) dat de omvang van de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Gebeurtenissen van later datum kunnen onder omstandigheden evenwel meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt. Voormeld beginsel laat bovendien onverlet dat uit gebeurtenissen van later datum soms gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de situatie die bestond op het tijdstip waarop de schade werd geleden.' Daarover bijv. Hebly & Lindenbergh 2016, p. 323.

16 Over abstracte schadeberekening bijv. S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: S.D. Lindenbergh & A.C.H. Franken (red.), *Abstracte schadeberekening* (preadviezen

VASR), Deventer: Kluwer 2013, p. 1 e.v.

17 Vgl. daarover in dit verband E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 398.

18 Ik heb het woord 'feitelijk' met opzet tussen aanhalingstekens geplaatst. Het is geen bewijs van feiten in de fysieke wereld zoals een gebroken been of gebroken vaas, maar van geldstromen, omzetten, winsten en marges die wel of niet afwijken van de hypothetische situatie zonder kartel. Het bewijs van doorberekening zal in veel gevallen gelegen zijn in economische rapportages met assumpties als invoer en bandbreedtes als uitvoer. Dat zijn ook feiten voor het schadevergoedingsrecht, maar de aard van het bewijs is misschien iets minder onmiddellijk.

toegerekend. Deze toerekening in twee stappen is een kopie van wat normaal gesproken ook gebeurt bij toerekening van nadelen: ook daar toetst men eerst of de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis de schade teweeg heeft gebracht (*condicio sine qua non*-verband) en daarna toetst men of het gevolg in redelijkheid aan die gebeurtenis kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW.¹⁹

Het is goed dat de Hoge Raad deze twee stappen duidelijk scheidt. In het verleden heeft hij zich in dit verband wel eens onzuiver en zelfs verhullend uitgedrukt: daar waar hij soms leek te refereren aan de eerste stap, *condicio sine qua non*-verband, had hij in werkelijkheid de tweede stap in gedachten.²⁰ Op die ongelukkige arresten wordt, zo vermoed ik, gedoeld met de zin:

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

Aldus begrepen komt de Hoge Raad bijvoorbeeld terug van de formulering uit *Van Straaten / Brandts en Scharis* (2002), waar als maatstaf werd gehanteerd of het voordeel ‘in voldoende causaal verband’ staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis, waarna de rechter vervolgens ‘vrij’ is om bepaalde voordelen niet in rekening te brengen indien hem dat niet redelijk voorkomt.²¹

Ook lijkt de Hoge Raad te zijn teruggekomen van de formulering die werd gebezigd in *Vos / TSN* (2009). Daar ging het om een overeenkomst op grond waarvan TSN zich tegenover Vos verplichtte om voor de duur van vijf jaren de opleggers van Vos te onderhouden en repareren.²² Vos pleegde vervolgens wanprestatie en TSN verkreeg ontbinding en schadevergoeding. Daarbij werd zijn winstderving als uitgangspunt genomen: als Vos gewoon opleggers was blijven aanleveren en de facturen die daarop zouden zijn gevolgd, had voldaan, dan zou TSN over de vijf jaren een winst hebben gerealiseerd ter grootte van een kleine € 600.000. Vos stelde echter dat van deze winst nog een bedrag afgetrokken moest worden: omdat TSN andere opdrachten had aangenomen en daarmee vervangende om-

zet en dus winst heeft gerealiseerd, moesten die winsten *ofwel* afgetrokken worden van de gestelde winstderving (dus in de fase van schadebegroting) *ofwel* als voordeel worden toegerekend in de zin van artikel 6:100 BW.

De Hoge Raad verwerpt beide standpunten. Allereerst oordeelt hij dat het hof juist had geoordeeld door te beslissen dat de winst, als na de ontbinding aan TSN opgekomen voordeel, niet van invloed was op de omvang van de door TSN als gevolg van de ontbinding geleden schade. Vervolgens verwerpt hij het beroep op voordeeltorekening met de redenering:

‘(dat) TSN schade (heeft) geleden door de – op de tekortkoming van Vos gebaseerde – ontbinding, en voordeel (heeft) 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 art. 6:100 BW.’

Die formulering zal de Hoge Raad denkkelijk niet nog een keer gebruiken, al was het maar omdat de wijze waarop men ‘een zelfde gebeurtenis’ toepast, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden. Ik denk (hoop) overigens niet dat de uitkomst in *Vos / TSN* radicaal anders geweest zou zijn onder de nu aanvaarde maatstaf. Aannemelijker (juister) lijkt mij dat de rechter zo mogelijk zou hebben geoordeeld dat, ook als men wil aannemen dat er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen enerzijds de tekortkoming van Vos (en de daaropvolgende ontbinding) en anderzijds de winst die TSN vervolgens maakte uit overeenkomsten die hij kon sluiten door de vrijkomende capaciteit,²³ het genoten voordeel gezien de aard van de aansprakelijkheid niet als een gevolg van de tekortkoming kan worden toegerekend. Die aard is namelijk contractuele aansprakelijkheid en daarbij weegt dat winstverwachting voor de crediteur deel uitmaakt van de kern van de beloofde prestatie; het reduceren van die kern door voordeeltorekening zou hem niet alleen ontnemen waar hij contractueel recht op heeft maar zou bovendien een bonus op wanprestatie zijn.²⁴

19 Ik laat allerlei complicaties ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband buiten beschouwing.

20 Zie hierna. In de oudere literatuur deden zich ook allerlei varianten voor; zie bijv. de behandeling van de oudere literatuur bij A.T. Bolt, *Voordeeltorekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 189 e.v. De laatste tijd werd gewezen op de onzuiverheid van de vermenging van de causale en normatieve toerekeningsfasen; bijv. S.D. Lindenbergh, ‘Over wat schade is ... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat’, *WPNR* 2010, afl. 6867, p. 909, A.J. Rijsterborgh, ‘“Een zelfde gebeurtenis” in art. 6:100 BW’, *AV&S* 2012/6, p. 59 e.v. en Chr. Van Dijk, ‘Voordeeltorekening’, in: U. Magnus & Chr. Van Dijk, *Voordeeltorekening naar Duits en Nederlands recht* (preadvies VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 41.

21 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, *NJ* 2002/122 (*Van Straaten / Brandts en Scharis*). Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/101

onderschrijven deze maatstaf. Zij merken in dat verband op dat in art. 6:100 BW de verwijzing naar de redelijkheid is opgenomen, terwijl deze niet in art. 6:98 BW is te vinden. Dat zou in hun ogen een extra maatstaf opleveren: ook (1) als er *conditio sine qua non* is en (2) het voordeel mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van het voordeel, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend, kan de rechter toch (3) oordelen dat het niet redelijk is om het voordeel in rekening te brengen. Deze drietrapsraket veronderstelt dat in art. 6:98 BW de redelijkheid geen rol speelt; dat lijkt me voor betwisting vatbaar. Hoe dan ook: de Hoge Raad houdt het terecht simpel door te oordelen dat de redelijkheid wel een rol speelt in het kader van art. 6:98 BW en dus ook in het kader van art. 6:100 BW. Het redelijkheidsoordeel dient overigens wel te zijn onderbouwd met een controleerbare motivering.

22 HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, *NJ* 2009/43 (*Vos / TSN*).

23 Overigens meen ik dat de eventuele omstandigheid dat TSN de winst uit de later gesloten overeenkomsten met derden ook had *kunnen*

maken wanneer de overeenkomst met Vos in stand was gebleven, en dat het *condicio sine qua non*-verband daarom wellicht geen noodzakelijk verband was, niet relevant is in de thans door de Hoge Raad aanvaarde tweestaptoetsing. Die noodzakelijkheidstoets werd in de literatuur wel verdedigd, maar is m.i. *de iure constituto* achterhaald. Het gaat er immers niet om of TSN naast het vervullen van haar contractuele verplichtingen tegenover Vos nog capaciteit had om met derden te contracteren, maar om de vraag of, de wanprestatie van Vos weggedacht, die capaciteit benut zou zijn geweest.

24 Ik geef toe: de meningen hierover zijn verdeeld. Ik verwijs voor de standpunten van voor- en tegenstanders van de uitkomst van *Vos / TSN* naar Hijma in zijn noot onder het arrest (*NJ* 2011/43), T. Hartlief, ‘Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht’, *WPNR* 2010, afl. 6829, p. 92 e.v., Lindenbergh 2010, W.H. van Boom, ‘Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid’, *NTBR* 2011, afl. 4, p. 163 e.v., A.L.M. Keirse, ‘Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II)’, *NTBR* 2011, afl. 4, p. 166 e.v.

Enge en ruime uitleg van ‘dezelfde gebeurtenis’

Nog een laatste opmerking. Ik begrijp het arrest van de Hoge Raad zo dat het begrip ‘een zelfde gebeurtenis’ in artikel 6:100 BW moet worden begrepen als *condicio sine qua non*: de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis moet zowel *condicio sine qua non* zijn voor de schade als voor het voordeel. Daarmee hebben evenwel nog niet alle uitspraken van de Hoge Raad over artikel 6:100 BW een plaats gekregen, want in het verleden heeft hij soms een ruime en soms een ronduit enge uitleg gegeven aan dat begrip ‘een zelfde gebeurtenis’. Een voorbeeld van de enge uitleg biedt het arrest *De Preter/Van Uitert* (2000) en van een ruime uitleg was sprake in *Van der Heijden/Dexia* (2011).

In *De Preter/Van Uitert* (2000) betrof het de schade van een verkoper van een registergoed.²⁵ De koper weigerde af te nemen en betaalde bovendien de koopsom niet. De verkoper vorderde bij wijze van schadevergoeding de wettelijke rente over de vertraging in de betaling van de koopsom, waartegen de koper zich verweerde met een beroep op voordeelstoerekening: door de weigering om af te nemen had de verkoper langer huurinkomsten uit het registergoed genoten. Die inkomsten zou hij niet hebben genoten als de koper het registergoed had afgenomen. De Hoge Raad overweegt onder meer dat het niet om dezelfde gebeurtenis gaat: de gebeurtenis waaruit voor de verkoper het voordeel van voortgezette ontvangst van huurpenningen voortvloeide, was de niet-nakoming door de koper van zijn afnameverplichting, terwijl de gebeurtenis die de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd de vertraging in de betaling van de koopprijs betreft.

In *Van der Heijden/Dexia* (2011) kiest de Hoge Raad voor een ruim begrip ‘een zelfde gebeurtenis’.²⁶ Het ging in die zaak om een aantal aandelenleasecontracten, waarvan sommige winst opleverden voor Van der Heijden en andere verlies. Van der Heijden stelde Dexia aansprakelijk voor de schade die hij had geleden op de verliesgevende contracten. De winstgevende contracten liet hij buiten beschouwing. Dat schoot het hof in het verkeerde keelgat: als men schadevergoeding vordert van een financiële dienstverlener vanwege de schending van een zorgplicht bij het verkopen van risicovolle producten, dan gaat het niet aan om alleen de contracten voor te leggen waar de kwade kansen zich hebben verwezenlijkt zonder ook te kijken naar de contracten waar de goede kansen zich hebben gemanifesteerd. Dat zou *cherry picking* zijn, in de woorden van Vranken.²⁷ Door het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’

op te rekken, kan de rechter dit voorkomen. Het wordt dan namelijk mogelijk om het genoten voordeel in het ene contract toe te rekenen aan de schadeveroorzakende gebeurtenis in het andere contract: men gooit gewoon alle contracten op één hoop en noemt die hoop ‘de gebeurtenis’. De Hoge Raad accordeert die zienswijze:

‘In ‘s hofs overwegingen 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 nakoming van haar bijzondere zorgplichten, dat zulks in haar verhouding tot dezelfde afnemer aangemerkt kan worden als “een zelfde gebeurtenis” in de zin van art. 6:100 BW die zowel schade (bij verliesgevende transacties) als voordeel (bij winstgevende transactie) teweegbrengt, hetgeen meebrengt dat genoten voordelen, zoor zover redelijk, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de begroting van de omvang van de schade. Dit oordeel is niet onjuist en evenmin onbegrijpelijk.’

Hoe men ook denkt over de oorbaarheid van *cherry picking*, ik hoop dat de Hoge Raad nog eens in de gelegenheid wordt gesteld om te verklaren dat waar in eerdere uitspraken een ruimere betekenis is toegekend aan ‘een zelfde gebeurtenis’ dan ‘één en dezelfde gebeurtenis’, de Hoge Raad daarvan terugkomt. Het is immers beter, om met Van Dijk te spreken, om normatieve oordelen bij de beoordeling van een casus over voordeelstoerekening niet te verstoppen in de toets van ‘een zelfde gebeurtenis’.²⁸ Waar het bij *Van der Heijden/Dexia* om draait, is dat de Hoge Raad niet van *cherry picking* houdt. Zeg dan: het is in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om als benadeelde van een patroon van identieke zorgplichtschendingen dat het onaanvaardbaar grote risico van schade in het leven heeft geroepen, alleen de nadelen in rekening te willen brengen bij de veroorzaker zonder daarbij ook de voordelen van die schendingen te betrekken.

Afsluiting

Het arrest *TenneT/ABB* moet worden toegejuicht: het ruimt onzuiver geformuleerde rechtspraak uit het verleden op en het beoogt een bijdrage te leveren aan het simpel houden van schadevergoedingsrecht. En als we dan toch aan het opruimen zijn, stel ik voor dat we niet alleen schadetoerekening en voordeelstoerekening synchroniseren, maar ook de schadebeperkingsplicht in hetzelfde stramien proberen te weven. ■

25 HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*).

26 HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (*Van der Heijden/Dexia*).

27 J.B.M. Vranken, noot onder NJ 2013/40. Dat de Hoge Raad niet houdt van *cherry picking*, werd overigens al eerder duidelijk, namelijk in HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320,

NJ 2010/67 (*Nabbe/Staalbankiers*), waarin het leerstuk van relativiteit werd gebruikt om het verbod op *cherry picking* te handhaven.

28 Van Dijk 2015, p. 31.