

EUR Research Information Portal

Privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht - een overkoepelende analyse van de werking van prikkels

Publication status and date:

Published: 17/05/2023

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Weber, F. (2023). Privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht - een overkoepelende analyse van de werking van prikkels. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 25-46.

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

EEN OVERKOEPELENDE ANALYSE VAN DE WERKING VAN PRIKKELS

Franziska WEBER

*Hoogleraar rechtseconomie Erasmus Universiteit Rotterdam**

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is al jaren een onderwerp van betekenis. Dit artikel bevat een analyse van een aantal artikelen uit Richtlijn 2014/104/EU (en de daarop gebaseerde nationale wetgeving) die enkele discutabele gedragsprikkel voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voortbrengen. Volledige vergoeding – het doel van de Europese richtlijn – is met de hulpmiddelen die de richtlijn biedt onwaarschijnlijk. Aandacht ontbreekt vooral voor de schadecomponenten volume-effect en deadweight loss, wat leidt tot verscheidene daaruit voortvloeiende problemen.

* Deze tekst is de schriftelijke versie van mijn inaugurele lezing als TPR-Wisselleerstoelhouder 2021-22 aan de KU Leuven. Graag spreek ik mijn waardering uit naar het *Tijdschrift voor Privaatrecht* voor mijn Wisselleerstoelhouderschap en de KU Leuven voor haar gastvrijheid, met een bijzonder dankwoord aan Prof. Bernard Tilleman en Prof. Wouter Devroe. Dank gaat ook naar Theo Post voor de taalcorrecties. Ik bedank de anonieme recensenten. De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 5 januari 2023.

INHOUD

I.	<i>INLEIDING (1-5)</i>	27
II.	<i>ECONOMISCH KADER (6-10)</i>	29
III.	<i>JURIDISCH KADER (11-17)</i>	30
	<i>A. MEERPRIJS (12)</i>	30
	<i>B. PASS-ON (13-14)</i>	31
	<i>C. VOLUME-EFFECT (15)</i>	31
	<i>D. DWL (16-17)</i>	32
IV.	<i>DE WERKING VAN PRIKKELS (18-30)</i>	33
	<i>A. INZICHTEN MET BETREKKING TOT EISERS (19-24)</i>	33
	§ 1. MEERPRIJS EN DOORBEREKENDE MEERPRIJS (20-22)	33
	§ 2. VOLUME-EFFECT (23)	36
	§ 3. DWL (24)	37
	<i>B. INZICHTEN MET BETREKKING TOT GEDAAGDEN (25-29)</i>	37
	§ 1. DOORBEREKENINGSVERWEER (26-29)	37
	<i>C. OVERKOEPELEND BESCHOUWD (30)</i>	40
V.	<i>BESLUIT (31-33)</i>	41

I. INLEIDING

1. Rechtseconomen houden zich bezig met het analyseren van prikkels of de werking van prikkels¹. Ze kijken naar gedragsprikkels die door het recht worden voortgebracht om te bepalen of het recht goed werkt of juist niet: of het gedrag dat de wetgever wil realiseren ook daadwerkelijk plaatsvindt. Bij positieve rechtseconomische analyses is dus de vraag: hoe gedragen we ons echt²?

2. Dit artikel bevat een analyse van een aantal artikelen uit Richtlijn 2014/104/EU³ (en de daarop gebaseerde nationale wetgeving⁴) die enkele discutabele gedragsprikkels voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voortbrengen. De analyse die hierna volgt veronderstelt, om te beginnen, rationaliteit als basisaanname. Volgens de rationelekeuzetheorie maken eisers en gedaagden een kosten-batenanalyse om te bepalen of ze actie ondernemen, waarbij ze uit verschillende alternatieven altijd de optie kiezen die het meeste nut oplevert⁵. Deze theorie volgen ligt voor de hand omdat bij gerechtelijke procedures over mededingingsrecht de commerciële belangen van ondernemingen centraal staan. Een belangrijke belemmering voor de vraag of eisers en gedaagden actie ondernemen, is ‘rationele apathie’⁶: gedrag zal slechts vertoond worden als de kosten van een actor voor gewenst gedrag lager zijn dan de baten, anders zien we ‘apathie’. In dergelijke situaties zijn de prikkels ontoereikend. Juist zulke situaties worden in het kader van dit artikel onder de loep genomen. Bovendien is het aannemelijk dat een aantal verklaringen vanuit *behavioural law and economics* van toepassing zijn op het gedrag dat we zien of verwachten te zien⁷.

¹ H.-B. SCHÄFER en C. OTT, *Economic Analysis of Civil Law* (Cheltenham, UK; Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing 2022), 102 e.v.

² Voor het onderscheid tussen positieve en normatieve analyses, A.M. PACCES en L. VISSCHER, “Law and economics: methodology”, in B. van Klink en S. Taekema, *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law* (Tübingen: Mohr Siebeck 2011), (85) 89 e.v.

³ 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, *Pb.L.* 5 december 2014, afl. 349, 1-19 = <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj> (richtlijn). Los vermelde artikelen hebben altijd betrekking op de richtlijn.

⁴ Zie voor een overzicht: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/NIM/?uri=celex:32014L0104>.

⁵ A.M. PACCES en L. VISSCHER, in B. van Klink en S. Taekema, *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, (85) 92.

⁶ R. VAN DEN BERGH, “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, 20 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2013), (1) 14.

⁷ Voor een inleiding, zie D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (New York: Farrar Straus and Giroux 2011).

3. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is al jaren een onderwerp van betekenis⁸. Een belangrijke uiting daarvan is de richtlijn uit 2014, die een aantal details over de privaatrechtelijke handhaving afbakent. In deze bijdrage zullen vooral de toekomst en voorspellingen daarover aan bod komen: hoewel de richtlijn al wat ouder is, wordt in de vonnissen die we tot nu toe hebben gezien namelijk vooral het recht van vóór de richtlijn toegepast⁹. Uiteraard is er naast privaatrechtelijke handhaving ook de lange traditie van publiekrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht¹⁰. Dit artikel is echter beperkt tot vragen over ‘(schade)vergoeding’ en daarvoor is publiekrechtelijke handhaving in haar actuele vorm weinig nuttig. Daarom is deze bijdrage beperkt tot privaatrechtelijke handhaving.

4. Om te bepalen wat wenselijke prikkels zijn, is een doelstelling vereist. Die geeft de richtlijn in artikel 3 door volledige (schade)vergoeding van alle slachtoffers als hoofddoel te noemen¹¹. Hieronder zal bijgevolg geanalyseerd worden of de juiste prikkels voor actoren (procespartijen, maar ook bijvoorbeeld betrokken deskundigen of rechters) ingesteld worden om daadwerkelijk volledige vergoeding te bereiken. Het gaat dus niet om het doel afschrikking – een populair uitgangspunt onder rechtseconomen¹² – en de vraag of we van tevoren de juiste prikkels kunnen geven zodat een inbreuk op het mededingingsrecht wordt voorkomen. Desalniettemin heeft het natuurlijk wel invloed op de *ex ante*-prikkels voor een inbreukpleger (kartel enz.), namelijk of door handhaving kan worden gegarandeerd dat er achteraf volledig, substantieel minder of überhaupt niets vergoed dient te worden.

⁸ Sinds HvJ 20 september 2001, ECLI:EU:C:2001:465, *Courage*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-453/99, gevolgd door HvJ 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:461, *Manfredi*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-295/04. Dit artikel bespreekt een aantal problemen betreffende de werking van prikkels bij de opzet van privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht. Er worden voorbeelden uit een aantal lidstaten gegeven waaronder België. De voorbeelden komen allemaal uit landen vanuit de *civil law*-traditie. Er zijn sommige interessante verschillen in hun burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht die in de loop van het artikel zullen worden getoond. Een uitgebreide analyse van het Duitse, Nederlandse en Spaanse kartelrecht is te vinden in F. WEBER, *Der Kartellschaden – Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Mengeneffekte entlang einer Kartellabsatzkette* (Tübingen: Mohr Siebeck 2021).

⁹ Zie art. 22. Dat klopt voor materieel recht; het procesrecht is al sinds 2016 in principe van toepassing. Hier valt vooral te denken aan het uitgebreide *disclosure*-systeem dat door de richtlijn in art. 5 e.v. nieuw is ingevoerd. Voorbeelden uit Spanje, waar de nieuwe regels al gebruikt worden, zijn: Audiencia Provincial de Valencia 4 december 2019, ECLI: ES:APV:2019:3717A, F.D. aant. 7; Audiencia Provincial de Barcelona 24 april 2019, ECLI: ES:APB:2019:2012A.

¹⁰ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1-25.

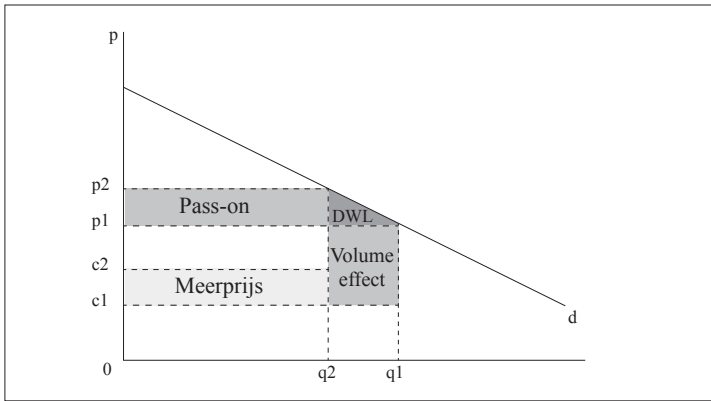
¹¹ Art. 3 (1): “De lidstaten zorgen ervoor dat iedere natuurlijk persoon of rechtspersoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht, de mogelijkheid heeft volledige vergoeding van die schade te vorderen en te verkrijgen”.

¹² R. VAN DEN BERGH, “Enforcement”, in R. van den Bergh, P.D. Camesasca en A. Giannaccari, *Comparative Competition Law and Economics* (Cheltenham, UK; Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing 2017), (382) 397 e.v.

5. Tevens dient te worden vermeld dat de analyse voor de eenvoud beperkt blijft tot kartels en tot toeleveringsketens waarin een product wordt doorverkocht (en niet tussendoor ook nog wordt verwerkt).

II. ECONOMISCH KADER

6. Er zijn – dit kunnen we afleiden uit economische inzichten over de werking van markten – verscheidene schadecomponenten die in het mededingingsrecht van belang zijn, waarvan er voor dit artikel vier in het bijzonder relevant zijn, namelijk deze die in de toeleveringsketen van toepassing zijn¹³.



Zoals de afbeelding laat zien, betalen afnemers van een kartel een ‘meerprijs’, waardoor de kosten voor het product c_2 bedragen in plaats van c_1 ¹⁴. Normaliter rekenen zij die meerprijs door (dan hebben we het over ‘pass-on’), waardoor hun schade weer wordt verminderd¹⁵. Prijs p_1 wordt verhoogd naar p_2 . Maar vanwege de doorberekening – dus de verhoging van de eigen prijzen – zullen de afnemers minder producten verkopen (in plaats van q_1 wordt slechts het aantal q_2 verkocht), wat normaal gesproken tot winstderving leidt: het zogenaamde ‘volume-effect’ moet dus aan de berekening worden toegevoegd¹⁶.

¹³ Afbeelding: RBB ECONOMICS en G.P. CUATRECASAS, Study on the Passing-On of Overcharges. *Final Report* (Europese Commissie 2016), 10, gebaseerd op F. Verboven en T. van Dijk, “Cartel damages claims and the passing-on defense”, *57 Journal of Industrial Economics* 2009, (457) 462 e.v.

¹⁴ ‘d’ staat bovendien voor *demand*, dus vraag – die daalt naarmate de prijs stijgt.

¹⁵ R. INDERST en S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen* (Düsseldorf: Handelsblatt Fachmedien 2018), 315.

¹⁶ B. DURAND en I. WILLIAMS, “The importance of accounting for passing-on when calculating damages that result from infringements of Competition Law”, *ERA Forum* 2017, (79) 85.

7. Om volledige vergoeding van de directe afnemers te verwezenlijken, moet dus de berekening ‘meerprijs – *pass-on* + volume-effect’ worden gemaakt¹⁷.

8. Bijzondere aandacht verdient bovendien het einde van de keten: daar ontstaat het welvaartsverlies (*deadweight loss* = DWL). Als we naar de uiteindelijke verbruikers/eindconsumenten kijken, wordt duidelijk dat zij degenen zijn die uiteindelijk minder producten kopen. Dit leidt tot een nutsverlies voor degenen die vanwege de verhoogde prijs geen product(en) meer kunnen kopen en wordt daarom het ‘*lost consumption effect*’ genoemd. De afname van het aantal transacties moet in principe vanuit het einde van de keten worden bekeken en bepaalt de mogelijke winstderving langs de hele keten.

9. Om volledige vergoeding van de eindconsumenten te realiseren, moet dus de berekening ‘doorberekende meerprijs, dus het gedeelte van de originele meerprijs dat de consumenten bereikt¹⁸ + DWL’ worden uitgevoerd.

10. Economische inzichten laten zien dat een kartel normaal gesproken tot al deze schadecomponenten in de toeleveringsketen leidt (en daarbuiten trouwens ook nog tot meer schade¹⁹). De berekening is ook voor economen een uitdaging, voor sommige componenten meer dan voor andere. Daarmee rijst de vraag: wordt het doel – volledige vergoeding voor alle afnemers in de toeleveringsketen – daadwerkelijk bereikt met de regels die de Europese wetgever heeft geïntroduceerd? Met behulp van een economische analyse kunnen we hierop een genuanceerd antwoord geven.

III. JURIDISCH KADER

11. Wat zegt de richtlijn concreet over deze componenten?

A. MEERPRIJS

12. Voor de meerprijs voert de richtlijn in artikel 17.2 een (weerlegbaar) vermoeden in dat een kartel tot schade leidt, ten gunste van de directe afnemers. Over de hoogte van deze schade wordt gezwegen. Voor het feit dat een kartel bestaat kan in *follow-on-procedures* naar de definitieve inbreukbeslissing

¹⁷ Mededeling van de Commissie, *Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd* (2019/C 267/07), aant. 69 e.v.; R. NOBLE en R. LAUER, “Pass-on and volume effects in private damages actions: An economic perspective”, 4 *Competition Law & Policy Debate* 2018, (30) 36.

¹⁸ Dat kan alles zijn, of slechts een deel.

¹⁹ Denk aan *umbrella effects* (beschermde prijzen).

van een nationale mededingingsautoriteit of een beroepsinstantie worden verwezen.

B. PASS-ON

13. *Pass-on* is vanuit twee perspectieven belangrijk. Enerzijds bestaat de mogelijkheid om het als een zwaard te gebruiken (d.i. een aanspraak op schadevergoeding vanwege de doorberekende meerprijs ingesteld door de indirecte afnemers/eindconsumenten). In een dergelijke situatie profiteren eisers van een (weerlegbaar) vermoeden dat een doorberekening heeft plaatsgevonden op grond van artikel 14.2, hoewel de richtlijn zwijgt over de hoogte ervan²⁰. Artikel 14.2 koppelt het vermoeden aan drie voorwaarden, namelijk dat:

- a) de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt;
- b) de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder, en
- c) de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft afgenomen waarop de inbreuk op het mededingingsrecht betrekking had, dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt.

Bij het niet voldoen aan die voorwaarden ligt de volledige bewijslast voor *pass-on* bij de indirecte afnemers/eindconsumenten. Bovendien is de formulering wat de weerlegbaarheid betreft minder veeleisend dan artikel 17.2: de verweerder moet het niet of niet volledig doorberekenen van de meerprijs alleen “ten genoegen van de rechter aannemelijk” maken²¹.

14. Ten tweede is het mogelijk om *pass-on* als verweer op te werpen (d.w.z. door de inbreukplegers tegen de eisende partij): het doorberekeningsverweer (*passing-on defence*). Hier draagt de gedaagde de volledige bewijslast, zie artikel 13.

C. VOLUME-EFFECT

15. Over het volume-effect vermeldt de richtlijn niets in het bijzonder, behalve dat de bewijslast volgens het gewone systeem van de

²⁰ Een minderheidsopvatting gaat uit van een vermoeden van een volledige *pass-on*: C. KERSTING en N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft* (Düsseldorf: Düsseldorfse Rechtswissenschaftliche Schriften 2015), 51.

²¹ S. THOMAS, “Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht”, 180 *ZHR* 2016, (45) 59. De formulering bij art. 17.2 luidt: “De inbreukpleger heeft het recht dit vermoeden *te weerleggen*”.

bewijslastverdeling bij de eiser komt te liggen (zie art. 12.3²²)²³. Wel bestaat er een tegenstroming die artikel 17.2 – waaruit het vermoeden van de meerprijs volgt – breed interpreteert en onder de term ‘schade’ ook het volume-effect rekent²⁴. Het (weerlegbaar) vermoeden wordt dus ook op het volume-effect toegepast. Maar als deze lijn wordt gevolgd, kan schade eigenlijk alles omvatten en zitten er überhaupt geen beperkingen aan – denk aan schade voor werknemers die door een kartel en de bijbehorende verlaagde productie hun baan verliezen, of aandeelhouders. Mijns inziens gaat het bij het vermoeden uit artikel 17.2 alleen om de meerprijs en houdt de richtlijn zich wat betreft het faciliteren van bewijs van het volume-effect in principe afzijdig²⁵.

D. DWL

16. *Deadweight loss* (DWL) wordt in de tekst van de richtlijn niet genoemd. In de inleiding van het ontwerp van richtlijn wordt wel toegelicht dat zowel materiële als immateriële schade kan worden vergoed²⁶. Bovendien past vergoeding voor het DWL vanuit economisch perspectief binnen het idee van volledige vergoeding voor alle benadeelden. De richtlijn sluit het niet uit, maar eisers worden ook niet geholpen bij het verkrijgen van die vergoedingen.

17. In het algemeen volgt de richtlijn een systeem van twee stappen: (1) Was er überhaupt schade? (2) Indien ja, hoe hoog was die schade? Terwijl voor het ‘of’ wettelijke vermoedens van toepassing kunnen zijn, moet de hoogte in principe worden bewezen, maar onder bepaalde voorwaarden – zie artikel 17.1 of ook artikel 12.5²⁷ – moet de hoogte door de rechters kunnen worden geraamd. In hoeverre bewijs, raming of geen van beiden mogelijk zijn hangt sterk af van de beschikbaarheid van economische data over de schadecom-

²² Deze luidt: “Het recht van een benadeelde partij om in geval van winstderving door een volledige of gedeeltelijke doorrekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, wordt door dit hoofdstuk onverlet gelaten”.

²³ Zo ook de Mededeling van de Commissie, *Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd* (2019/C 267/07), aant. 21; anders alleen J.A. MÖHLMANN en M.R. FIDDER, “TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht”, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016, (262) 268; de richtlijn zwijgt over de bewijslastverdeling; voor kritiek op het voorstel voor de richtlijn en het ontbreken van aandacht voor het volume-effect, zie F.P. MAIER-RIGAUD, “Toward a European Directive on Damages Actions”, 10 *Journal of Competition Law & Economics* 2014, (341) 344 e.v.

²⁴ C. KERSTING, “Kartellschadensersatz: Haftungstatbestand – Bindungswirkung – Schadensabwälzung”, in C. Kersting en R. Podszun, *Die 9. GWB-Novelle* (München: C.H. Beck 2017), 135.

²⁵ Voor onderbouwing, zie F. WEBER, *Der Kartellschaden*, 147 e.v.: r.o. 47, zijn basis in het Oxera-report, zijn oriëntatie op het Duitse recht enz.

²⁶ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM/2013/0404 def – 2013/0185 (COD), 15.

²⁷ Hier gaat het om *pass-on*. Verdere verwijzingen in art. 16 en r.o. 41 en 42.

ponenten. De richtlijn – en dat is nieuw voor alle Europese lidstaten die de *civil law*-traditie volgen – maakt een verbeterde toegang tot bewijsmateriaal mogelijk²⁸. Een dergelijke toegang is in principe voordelig om informatie te verkrijgen waarover partijen niet zelf beschikken. Dat geldt voor alle schadecomponenten. De richtlijn schijnt het trouwens niet nodig te achten dat collectieve procedures worden ingevoerd²⁹, waardoor deze analyse in beginsel beperkt blijft tot prikkels voor individuele aanspraken op schadevergoeding.

IV. DE WERKING VAN PRIKKELS

18. Eerst wordt een aantal algemene inzichten per schadecomponent besproken. Vervolgens wordt een aantal overkoepelende voorspellingen verwoord die te maken hebben met het bereiken van volledige vergoeding in kartelprocedures.

A. INZICHTEN MET BETREKKING TOT EISERS

19. Ten eerste zullen de eisers behandeld worden: directe en indirecte afnemers en eindconsumenten.

§ 1. MEERPRIJS EN DOORBEREKENDE MEERPRIJS

20. Ten eerste wordt op verschillende niveaus van de toeleveringsketen te veel voor het product betaald. Bij de meerprijs valt op dat de schade zich kan spreiden: hoe lager in de keten de eisers zitten, hoe meer de rationele apathie dus naar alle waarschijnlijkheid toeneemt. Dat laatste geldt vooral ook voor eindconsumenten³⁰. Om die procespartijen met de juiste prikkels te kunnen motiveren om een eis in te dienen, is het dus nodig om voor lage kosten te zorgen. De vermoedens – artikel 17.2 voor de directe afnemers en artikel 14.2 voor de indirecte afnemers – zijn stappen in de juiste richting. Maar het feit dat er geen bedrag aan de vermoedens is gekoppeld, valt tegen. Hoe nuttig is een abstract vermoeden voor de eisers echt? In Duitsland en Spanje zou een dergelijk abstract vermoeden maar een beperkte helpende hand

²⁸ Zie art. 5 e.v.

²⁹ R.o. 13.

³⁰ Het aantal eindconsumenten is vaak een veelvoud van het aantal tussenhandelaars en elke eindconsument zal dus slechts een kleine fractie van de totale schade lijden. Rationele apathie op lage niveaus van de toeleveringsketen komt bijvoorbeeld in de Duitse rechtspraak vaak aan de orde als het erom gaat het *passing-on*-verweer af te wijzen, zie BGH 23 september 2020 – KZR 4/19, <https://dejure.org/ext/24de3eb70dd40e76d408f0459d85a220>, aant. 51 e.v.; LG Dortmund 30 september 2020 – 8 O 115/14, <https://dejure.org/ext/c2693510244a68303317e696382f4453>, aant. 198 e.v.

kunnen bieden³¹ omdat de rechter bij het ontbreken van aanknopingspunten geen schatting kan maken. Als gevolg daarvan kan het resultaat ondanks het bestaan van een abstract vermoeden ‘nul’ zijn. In België – en deze doctrine is ook bijvoorbeeld in Duitsland terug te vinden³² – zou de verwachting wel zijn dat de rechter met een dergelijk abstract vermoeden op een positief bedrag uitkomt³³. Maar om deze verwachting echt te kunnen inlossen in de zin van volledige vergoeding, zullen goede aanknopingspunten nodig zijn, die door de eisers moeten worden aangeleverd. Het valt op dat Belgische rechters – als vaststaat dat er schade was – veel vrijheid hebben bij hun *ex aequo et bono*-schadebegroting. Bovendien komt de grondslag van de begroting niet noodzakelijkerwijs uitgebreid in het vonnis ter sprake³⁴.

21. Hoewel aanknopingspunten aanleveren voor eisers gemakkelijker is dan bewijzen, blijft het moeizaam. Momenteel – dit is natuurlijk oud recht, maar bijvoorbeeld Duitsland, Nederland en Spanje kenden ook al vóór de implementatie van de richtlijn constructies die op een weerlegbaar vermoeden lijken³⁵ – wordt duidelijk dat weinig rechters überhaupt de hoogte van de meerprijs bepalen: dit gebeurt bijna alleen in Spanje, waar die bedragen, voor bijvoorbeeld het vrachtwagenkartel, bij verschillende rechtbanken sterk variëren (5 % tot meer dan 20 %) ³⁶. Hoe is het te verklaren dat dit vooral in Spanje gebeurt? Een procedure wordt volgens Spaans burgerlijk proces-

³¹ In het Duitse recht: Zo acht het LG Stuttgart het mogelijk dat het resultaat van de schadestaat wegens de complexiteit van de markt uiteindelijk is dat de eiser geen schade heeft geleden in de vorm van een meerprijs, zie LG Stuttgart 12 december 2019 – 30 O 27/17, <https://dejure.org/ext/97faf57afc8929cbf9a662641149aa7a>, aant. 100.

In het Spaanse recht: Audiencia Provincial de Barcelona 13 januari 2020 (onuitg.), F.D. aant. 6.42. Zeer bekend is de uitsluiting van deze mogelijkheid in het Spaanse merkenrecht, waar een kwantificering in het licht van een vastgestelde inbreuk altijd moet resulteren in ten minste de waarde van 1 %, zie art. 43.5 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE-A-2001-23093.

³² C. KERSTING, “Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle”, *Versicherungsrecht* 2017, (581) 583f; C. KERSTING, in C. Kersting en R. Podszun, *Die 9. GWB-Novelle*, 142; moet worden afgewezen volgens R. Inderst en S. Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 155, 254 e.v., 278 en G. Mäsch, “§ 33a”, in W. Berg en G. Mäsch, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar* (Köln: Wolters Kluwer 2018), aant. 8.

³³ D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid, II, Schade en schadeloosstelling, in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, vol. XI* (Antwerpen: Kluwer 1999), 50 nr. 24; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, II* (Brussel: Bruylant 1964), 1062; L. GARZANITI en A. MÜLLER, “Wat verandert er met de omzetting van de Richtlijn schadevorderingen in België? – Een blik uit de praktijk”, *Competitio* 2018, (43) 44.

³⁴ Ondrb. Gent (afd. Kortrijk) 29 april 2022, nr. A/18/02226, nr. 82 e.v., onuitg.; Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, (162) 179: 20.000 euro; kritisch daarover M. VERHULST, “Billijkheid als deus ex machina bij moeilijke schadebegroting? Toepassing op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht”, *TBBR* 2019, (107) 129.

³⁵ In het Duitse recht: *Anscheinsbeweis* of *tatsächliche Vermutung*; in het Spaanse recht: *ex re ipsa*; in het Nederlandse recht: rechterlijk vermoeden.

³⁶ Juzgado de lo Mercantil N^o. 3 de Valencia 13 maart 2019, ECLI:ES:JMV:2019:187, F.D. aant. 5.58; Juzgado de lo Mercantil N^o. 3 de Valencia 7 mei 2019, ECLI:ES:JMV:2019:222, F.D. aant. 7.90; Juzgado de lo Mercantil N^o. 1 de Bilbao 3 april 2019, ECLI:ES:JMBI:2019:547, F.D. aant. 5; Juzgado de lo Mercantil N^o. 1 de Pontevedra 30 augustus 2019, ECLI:ES:JMPO:2019:975, F.D. aant. 4; Juzgado de lo Mercantil N^o. 3 de Valencia 30 december 2019, ECLI:ES:JMV:2019:1265, F.D. aant. 75; F. WEBER, *Der Kartellschaden*, 575 met verdere bronnen.

recht traditioneel niet onderverdeeld in hoofdzaak en schadestaat. Daarom kunnen Spaanse rechters een begroting niet vermijden door het opsplitsen van procedures; iets waar bijvoorbeeld de Duitse rechters voorlopig wel de voorkeur aan lijken te geven³⁷. In sommige vonnissen zijn ook hulpconstructies te vinden: in Duitsland gebeurt dat via contractuele schadeclausules³⁸. Een aantal lidstaten hebben het vermoeden op 10 % of 20 % gesteld³⁹. Voor België is het (weerlegbaar) vermoeden echter een nieuw fenomeen. Traditioneel waren rechters in kartelzaken terughoudend en bestond er ook geen feitelijk vermoeden (‘normale gang van zaken’) met betrekking tot kartelschade⁴⁰. Het zou wenselijk zijn om na te denken over hoe aan rechters meer middelen dan alleen een abstract vermoeden kunnen worden gegeven: een abstract vermoeden is voor zowel rechters als eisers van geringe toegevoegde waarde⁴¹. Een Belgische rechter die in 2022 de meerprijs in het vrachtwagenkartel heeft begroot, kwam uit op 7,5 %⁴². Dit is gebeurd zonder deskundige en zonder veel uitleg over aanknopingspunten, maar de rechtbank werkt nu wel met het feitelijke vermoeden dat een kartel tot schade leidt.

22. Met betrekking tot de informatie-asymmetrie valt het volgende op: wat de directe afnemer voor zijn bewijs of het aanleveren van aanknopingspunten voor een schatting van de meerprijs nodig heeft, is informatie die de verweerder bezit, namelijk over de vraag hoeveel hoger de kartelprijs was⁴³. De uitgebreide toegangsmogelijkheden tot bewijsmateriaal zijn dus behoorlijk nuttig voor de eiser om informatie van de gedaagde te verkrijgen. Een ander onderwerp betreft de imperfectie van prikkels in het nieuwe *disclosure*-systeem: wie moet het voorschot betalen? Wat zijn de sancties als de informatie niet wordt aangeleverd? enzovoort. Waar de eisers voor beide vermoedens overigens wel van profiteren is het feit dat – voor zoverre het om *follow-on*-procedures gaat – in de publiekrechtelijke procedure al

³⁷ Uitzonderingen: LG Dortmund 30 september 2020 – 8 O 115/14, <https://dejure.org/ext/c2693510244a68303317e696382f4453> en OLG Celle 12 augustus 2021 – 13 U 120/16, <https://dejure.org/ext/dbae704031449d8257aa4baf26267473>.

³⁸ LG Stuttgart 19 juli 2018 – 30 O 33/17, <https://dejure.org/ext/5ca20fd760fc8960556222d-5d6a9ef0b>, aant. 115: 15 %; BGH 10 februari 2021 – KZR 63/18, <https://dejure.org/ext/537e3b780bf47d6a1e21e1e6b34894ee>: 5 %, maar met 15 % als *obiter dictum*.

³⁹ Hongarije (10 %), Letland (10 %) en Roemenië (20 %).

⁴⁰ Zie liftkartel: Kh. Brussel 24 november 2014, *Europese Unie/Kone e.a.*, nr. A/08/06816, *TBM* 2015: geen wettelijk vermoeden, geen feitelijk vermoeden.

⁴¹ P. WIJCK en F. WEBER, “The abstract presumption of harm in the Damages Directive: over-concern of overcompensation”, 18 *European Competition Journal* 2022, 204-227. Indien in het vermoeden een concreet cijfer wordt gegeven, kan hiervan door bewijs nog naar boven of beneden worden afgeweken.

⁴² Ondrb. Gent (afd. Kortrijk) 29 april 2022, nr. A/18/02226, onuitg.

⁴³ H.P. LOGEMANN, *Der kartellrechtliche Schadensersatz* (Berlin: Dunker & Humblot 2009), 457; C. STOCK, *Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen* (Baden-Baden: Nomos 2016), 245; J. HAUCAP en U. HEIMESHOF, “Kartellschadensermittlung im Spannungsfeld zwischen Präzision und Effizienz: Prinzipielle Anforderungen aus ökonomischer Perspektive und praktische Handlungsoptionen”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2022, (80) 87, 92.

is vastgesteld dat er een kartel bestond⁴⁴. Het bewijs ervan kan anders heel moeilijk zijn. Als het gaat om de doorberekende meerprijs op een lager niveau van de toeleveringsketen, is het zo dat de partij die deze beslissing neemt – de verkoper – beter weet hoeveel ze heeft doorberekend dan de koper⁴⁵. Het kartel is dus de eerste partij die een meerprijs beslist, op basis daarvan beslissen de directe afnemers wat zij doorberekenen enzovoort. Hoe meer schakels de toeleveringsketen bevat en hoe lager in de keten een eiser zit, hoe ingewikkelder het wordt om de prijsontwikkelingen op elk individueel niveau te bewijzen, ook al is er elke keer het vermoeden dat er in beginsel schade is ontstaan⁴⁶. In totaal is de waarde van abstracte vermoedens mijns inziens beperkt en daarom is er aanleiding voor rationele apathie. In procedures kunnen hoge kosten worden verwacht. Een aanhanger van *behavioural law and economics* zou wel kunnen vermoeden dat er een ankereffect (*anchoring effect*) optreedt⁴⁷. Hoe gemakkelijk stelt een rechter daadwerkelijk ‘nul’ schade vast wanneer er een abstract vermoeden is dat er schade was?

§ 2. VOLUME-EFFECT

23. Voor het volume-effect is de uitgangspositie van de eisers niet eenvoudig. Zij moeten het bestaan en de hoogte van deze schadecomponent bewijzen, en er is geen vermoeden dat hen daarbij kan helpen. Een groot probleem is dat de benodigde data, bijvoorbeeld de informatie over de prijselasticiteit van de vraag, voor niemand gemakkelijk te verkrijgen is⁴⁸. Dat heeft tot gevolg dat een herverdeling van de bewijslast het probleem niet kan verhelpen. Het is nodig om de bewijsstandaard op een slimme manier te verlagen. Anders zullen de verwachte baten voor de eisers niet hoger zijn dan de kosten. Voorlopig is rationele apathie dan ook op alle niveaus van de toeleveringsketen te verwachten.

⁴⁴ Zie art. 9.

⁴⁵ K. SCHÜRMAN, *Die Weitergabe des Kartellschadens* (Baden-Baden: Nomos 2011), 59 e.v.; A.S. STEINHARDT, *Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes im Rahmen von privaten kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen im internationalen und europäischen Kontext* (Berlin: Peter Lang 2018), 84; ook “Comments on the European Commission’s draft guidelines on pass-on of overcharges Response to consultation on draft guidelines for national courts”, 4 oktober 2018, Oxera Consulting LLP, 11: “It might be hoped that a firm would be intimately familiar with its own-price elasticities, the cross-price elasticities with respect to competing products, and how these factors evolve over time. But as competition lawyers and economists know well from merger cases, this is rarely true”.

⁴⁶ F. WIJCKMANS e.a., *The EU Private Damages Directive – Practical insights* (Cambridge: Intersentia 2016), 66.

⁴⁷ A. TVERSKY en D. KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, 185 *Science* 1974, 1124.

⁴⁸ Mededeling van de Commissie, *Richt snoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd* (2019/C 267/07), aant. 139 e.v.; R. NOBLE en R. LAUER, 4 *Competition Law & Policy Debate* 2018, (30) 37.

§ 3. DWL

24. Wat het DWL betreft is rationele apathie bijzonder waarschijnlijk. Er zijn verschillende factoren die procedures kunnen belemmeren en tot kosten kunnen leiden: de factor *standing* is onduidelijk; hoe kan een partij bewijzen dat iets voor een lagere prijs wel zou zijn gekocht? Welke alternatieve handelingen zij verrichten? Hoe hoog het nutsverlies daadwerkelijk is? Hoe kunnen we dit berekenen? Economen geven wel aan dat het DWL gemakkelijker te berekenen is voor een groep dan voor een individu. Ter inspiratie voor de Europese rechtbanken kan een vonnis uit Chili uit 2019 genoemd worden waarbij de eindconsumenten voor de doorberekende meerprijs, maar ook voor het DWL schadevergoeding hebben ontvangen⁴⁹.

Deelconclusie: volledige vergoeding voor de eisers is met de hulpmiddelen die de richtlijn biedt onwaarschijnlijk. De bewijslevering blijft te ingewikkeld. De richtlijn biedt vooral weinig hulp voor de schadecomponenten die bijzonder moeilijk te bewijzen of te berekenen zijn: (het) volume-effect en DWL.

B. INZICHTEN MET BETREKKING TOT GEDAAGDEN

25. Aan de kant van de gedaagden ligt de focus op ‘*pass-on*’, dus de vraag of dit doorberekende bedrag moet worden afgetrokken van de aanspraak van de eisers.

§ 1. DOORBEREKENINGSVERWEER

26. Het doorberekeningsverweer is gecodificeerd in artikel 13. Ook de gedaagden profiteren van de uitgebreide toegangsmogelijkheden tot bewijsmateriaal (art. 5 e.v.) want de informatie over *pass-on* ligt bij de afnemers, niet bij het kartel. Wel zou kunnen worden verondersteld dat ook het kartel over de gehele reactie langs de toeleveringsketen heeft nagedacht – hoe vele eindconsumenten het product niet meer zullen kopen – en dat er natuurlijk een rechtstreeks verband tussen meerprijs en *pass-on* bestaat. Ook de gedaagde profiteert van de rechterlijke schattingen (art. 12.5). Verder valt te verwachten dat artikel 14.2 – d.i. het vermoeden dat doorberekening van de meerprijs plaatsvindt, waarvan officieel alleen de indirecte afnemers mogen profiteren – ook een positief effect heeft waarvan de gedaagde kan profiteren. Want hoe kan een rechter iets wat economisch gezien een typische reactie

⁴⁹ 10° Juzgado Civil de Santiago 17 december 2019, C-1940-2013.

is – de doorberekening – alleen ten gunste van de indirecte afnemers mee in overweging nemen en niet ten gunste van de gedaagden⁵⁰?

27. In oud Duits en Spaans recht was het zo dat de gedaagden voor een doorberekeningsverweer niet alleen *pass-on* moesten bewijzen, maar bovendien ook nog moesten laten zien dat er vanwege *pass-on* voor de eiser geen nadeel was ontstaan door het volume-effect⁵¹. Die praktijk was heel gunstig voor de eisers. Ze werden niet met het bewijs van het volume-effect belast. Dat leidde er echter wel toe dat de gedaagde geen succesvol doorberekeningsverweer kon voeren. De toegangsmogelijkheden tot bewijsmateriaal waren vóór de implementatie van de richtlijn zeer beperkt⁵². Daarnaast zit, zoals gezegd, de informatie over *pass-on* bij de afnemers en is de benodigde informatie om het volume-effect te kunnen berekenen in het algemeen moeilijk verkrijgbaar. Ten minste voor deze twee landen wordt met de richtlijn dus wel een verandering gerealiseerd ten gunste van de gedaagden⁵³: de bewijslast voor het volume-effect ligt duidelijk bij de eisers, de gedaagde moet alleen de *pass-on* kunnen aantonen.

28. Wat de huidige rechtspraak ook nog laat zien, is dat de rechters vele – vooral normatieve – redenen zien om een doorberekeningsverweer te weigeren: soms wordt bijvoorbeeld geoordeeld dat door rationele apathie de volgende schakel in de keten geen eis gaat instellen en daarom wordt

⁵⁰ Ook heeft de Belgische wetgever bij de implementatie van de richtlijn het gedeelte dat *pass-on* een ‘commercial practice’ is, niet omgezet: C. CAUFMANN, “The transposition of the Antitrust Damages Directive in Belgium”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/4*, 23: “the Belgian legislator does not, contrary to the Directive, mention that ‘the commercial practice that price increases are passed on down the supply chain’ will be taken into account”.

⁵¹ In het Duitse recht is dit in 2011 toegepast, zie BGH 28 juni 2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145; toegepast door OLG Celle 12 augustus 2021 – 13 U 120/16, openJur, aant. 301: “Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass eine (etwaige) Preiserhöhung nicht mit Absatzminderungen einhergegangen ist”; blijkbaar aangepast door BGH 23 september 2020 – KZR 4/19: nu behandeld onder de redelijkheidstoets volgens A. HUTTENLAUCH, J. DENGLER en P. VOGES, “Jüngere Entwicklungen im Kartellschadensersatzrecht (Teil 1)”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2022, (202) 207; volgens A. WEITBRECHT, “Die Passing-on Defense nach Schienenkartell V”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, (86) 88 is het criterium helemaal begraven; in Spanje in 2013 met TS 7 november 2013, ECLI:ES:TS:2013:5819.

⁵² Voor Duitsland was een ‘*sekundäre Darlegungslast*’, dus het idee dat de andere partij informatie moet verstrekken, een grote uitzondering: BGH 28 juni 2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, aant. 72; OLG Stuttgart 4 april 2019 – 2 U 101/18, <https://dejure.org/ext/863c5b8d-550d1f7d973739f1e8d3d783>, aant. 183 e.v.: geen ‘*sekundäre Darlegungslast*’ van de eisers.

⁵³ In België lag de bewijslast voor het volume-effect al vóór de richtlijn bij de eisers, zie H. GILLIAMS en L. CORNELIS, “Private Enforcement of the competition rules in Belgium”, *TBM* 2007, (11) 20 e.v.; I. CLAEYS en M. VAN NIEUWENBORGH, “De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?”, *TBH* 2018, (119) 129; P. GILLAERTS, “De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 2016-17, (1203) 1214.

een doorberekeningsverweer niet toegestaan⁵⁴. Een ander argument is dat de vervolgmkt niet competitief is⁵⁵, of nog dat het product niet wordt doorverkocht omdat het om een andere activiteit gaat, bijvoorbeeld dienstverlening. Dit laatste is een redenering die tot discussie heeft geleid. Als een vrachtwagen niet gewoon wordt doorverkocht, maar door een transportbedrijf gebruikt wordt om producten te leveren, dan beschouwen rechters in Spanje⁵⁶ en Duitsland⁵⁷ dat bedrijf als eindconsument⁵⁸. Hoewel een economische benadering laat zien dat de klanten van dit transportbedrijf ook weer verhoogde prijzen zouden kunnen hebben betaald, lieten rechters de procedures na de eerste schadecomponent eindigen. De huidige rechtspraak is dus buitengewoon kritisch voor *pass-on*. In principe eindigen procedures al na de constatering van de meerprijs en worden *pass-on defences* (doorberekeningsverweren) altijd geweigerd. Mijn voorspelling is dat in procedures waarin het nieuwe recht van toepassing is, we meer succesvolle doorberekeningsverweren zullen zien. Lidstaten hebben ook met de implementatie van de richtlijn nog steeds het laatste woord over vragen van causaliteit⁵⁹, maar het doorberekeningsverweer heeft een duidelijke plek gekregen nu. Bovendien hebben gedaagden nieuwe toegangsmogelijkheden tot gebrekkige informatie. Het verweer zal in de toekomst dan ook vaker met succes kunnen worden gevoerd, wat wenselijk is met het oog op een volledige vergoeding. Om die doelstelling te bereiken, moet ook het *pass-on*-bedrag worden afgetrokken. Maar het betekent tegelijkertijd dat het belang van het volume-effect moet toenemen. Stel dat de meerprijs volledig is doorberekend, waarbij [meerprijs – *pass-on*] gelijk is aan 0, dan blijft voor de eisers als schadecomponent alleen het volume-effect over. Er is tenminste één factor die benadrukt waarom in België succesvolle *passing-on*-verweren verwacht kunnen worden: België kent een

⁵⁴ BGH 23 september 2020 – KZR 4/19, <https://dejure.org/ext/24de3eb70dd40e76d-408f0459d85a220>, aant. 51 e.v.; LG Dortmund 30 september 2020 – 8 O 115/14, <https://dejure.org/ext/c2693510244a68303317e696382f4453>, aant. 198 e.v.; LG Frankfurt am Main 30 maart 2016 – 2 O 6 O 464/14, <https://dejure.org/ext/053cd862ad0238e138a42661bf7216e9>, aant. 160; OLG München 8 maart 2018 – U 3497/16 Kart, NZKart 2018, 230, aant. 87; LG Stuttgart 30 april 2018 – 45 O 1/17, <https://dejure.org/ext/f51c1fe24518ea5ae0b4ad0347db2b10>, aant. 64; BGH 28 juni 2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, aant. 75; LG Kiel 18 april 2019 – 6 O 108/18, NZKart 2019, 435; Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, aant. 4.15 e.v.

⁵⁵ LG Berlin 6 augustus 2013 – 16 O 193/11 Kart, NZKart 2014, 37, aant. 60; LG Dortmund 21 december 2016 – 8 O 93/14 Kart, <https://dejure.org/ext/179e8051b338a751a89b508a-0c94a2f3>, aant. 128 e.v.

⁵⁶ Juzgado de lo Mercantil N°. 3 de Valencia 17 december 2018, ECLI:ES:JMV:2018:147A.

⁵⁷ LG Dortmund 27 juni 2018 – 8 O 13/17, BeckRS 2018, 13951, aant. 111 e.v. met verdere verwijzingen.

⁵⁸ Dit wordt in het Duitse recht inmiddels door het BGH anders gezien: BGH 23 september 2020, aant. 39 e.v.: het aanbieden van een dienstverlening (lokaal openbaar vervoer) kan ook een vervolgmkt vormen.

⁵⁹ R.o. 11.

heel strenge toepassing van het *conditio-sine-qua-non*-verband⁶⁰. Dat heeft vaak een positief effect voor de eiser. Gelet op de normatieve overwegingen die rechters gebruiken om het *passing-on*-verweer uit te sluiten (wat uiteindelijk een positief effect voor de eiser heeft⁶¹), kan dit hier gunstig uitpakken voor gedaagden: er zijn dan juist geen of minder normatieve overwegingen (redelijkheid enz.) mogelijk om het *pass-on*-verweer te weigeren. Het zou dan gemakkelijker worden toegestaan.

29. De richtlijn stelt de volgende bewijslastverdeling voorop: voor meerprijs en volume-effect (en trouwens ook voor het DWL) ligt de bewijslast bij de eiser en voor *pass-on* bij de gedaagde. Of dat in de realiteit ook altijd zo zal uitpakken, kan betwijfeld worden. Als we namelijk nadenken over de vraag van de eisers, dan valt wel op dat elke eiser die het volume-effect wil vorderen niet voorbij kan aan *pass-on* vanwege de ontstaansvolgorde van de schade. In welke mate eisers over *pass-on* moeten uitweiden, hangt van het heersende procesrecht af. In Duitsland, Nederland, maar ook in België schijnt de volgende volgorde mogelijk te zijn⁶²: (1) eiser vordert de ‘meerprijs’, (2) gedaagde vordert de ‘*pass-on*’ en (3) eiser vordert ten slotte het ‘volume-effect’, waarmee volledige vergoeding theoretisch mogelijk wordt. Bovendien wordt de bewijslast gevolgd zoals de richtlijn die had bepaald. In andere landen is het procesrecht strenger, denk aan Spanje⁶³. Daar moeten eisers vanaf het begin alle schade die zij vergoed willen zien heel concreet aangeven: zij moeten direct iets over de meerprijs en het volume-effect zeggen – en dan zeker ook iets over *pass-on* – om het volume-effect te verklaren. Daardoor zal het in Spanje niet altijd de gedaagde zijn die daadwerkelijk het bewijs over *pass-on* voert. Het is waarschijnlijk dat in sommige lidstaten de eisers dat voor de gedaagde doen.

C. OVERKOEPELEND BESCHOUWD

30. Als de verschillende delen van de analyse overkoepeleld worden beschouwd, valt op dat de prikkels voor de gedaagden in het proces *de facto* als volgt kunnen liggen: de gedaagden weten dat hoe lager in de toeleveringsketen de eiser zit, hoe onwaarschijnlijker het wordt dat de doorberekende meerprijs wordt gevraagd. Dat is het meest uitgesproken bij eindconsumenten. Bovendien

⁶⁰ T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsactie na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, (198) 205; een aanpassing van het Burgerlijk Wetboek voor de invoering van een redelijkheidstoets staat op de planning, zie art. 5.162 Voorontwerp van wet van 28 maart 2018 houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek.

⁶¹ Althans in een wereld waarin het volume-effect (nog) geen rol speelt.

⁶² Voor België: zie art. 807 Ger.W.

⁶³ Er zijn korte termijnen en strikte regels inzake de noodzaak om de schadevergoeding in het *petitum* te kwantificeren en inzake preclusie: de regels inzake preclusie zijn te vinden in art. 400 e.v. LEC. Een aanvulling achteraf is alleen mogelijk in uitzonderlijke gevallen: V. TORRE SUSTAETA, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia* (Pamplona: Editorial Civitas 2016), 168 e.v.

bestaat met de huidige regels ook niet echt het risico dat de eindconsumenten het DWL eisen. We hebben gezien dat het doorberekeningsverweer door de richtlijn duidelijk mogelijk wordt gemaakt. Daardoor neemt de waarschijnlijkheid toe dat dit succesvol wordt gevoerd en dat in gerechtelijke procedures echt bij de eindconsumenten wordt uitgekomen. Normaliter zou het ook daarom minder aantrekkelijk zijn voor de gedaagden om het doorberekeningsverweer te voeren omdat zij dan op elk niveau van de toeleveringsketen waar dit lukt wel schadevergoeding voor het volume-effect zouden moeten betalen. Ook dat risico is er naar huidig recht niet. Het lijkt juist waarschijnlijk dat het volume-effect door niemand geëist wordt. Dat betekent in het uiterste geval dan weer dat als de gedaagde langs de hele toeleveringsketen succesvol het doorberekeningsverweer voert, niemand het volume-effect eist en de eindconsumenten noch de doorberekende meerprijs noch het DWL eisen, de volgende situatie ontstaat: de gedaagden betalen in plaats van de volledige schadevergoeding uiteindelijk helemaal geen schadevergoeding. Hoewel dat een geweldige processtrategie zou zijn vanuit de optiek van de gedaagden, kan er tegelijkertijd sprake zijn van discutabele prikkels, aangezien een volledige schadevergoeding toch het eindelijke doel is.

V. BESLUIT

31. Ondanks deze redelijk pessimistische kijk op het bereiken van de doelstelling van volledige schadevergoeding kunnen wel een aantal positieve ontwikkelingen worden vermeld. Hoewel er geen consensus bestaat op Europees niveau, experimenteren sommige lidstaten met veelbelovende collectieve acties of het samenvoegen van verschillende eisen⁶⁴. Bij het vrachtwagenkartelproces wordt bijvoorbeeld in Nederland alles in Amsterdam gecoördineerd⁶⁵. Het kan rationele apathie positief beïnvloeden als de kosten per individu dalen. Dat is zeker nuttig voor de eindconsumenten als we de geanalyseerde dynamiek willen doorbreken, maar ook voor afnemers in andere schakels van de toeleveringsketen. Deze coördinatie voorkomt fouten. Ook vanuit economisch oogpunt is dat nuttig omdat er meer data kunnen worden verzameld en berekeningen accurater worden.

32. Rechters hebben in het aansprakelijkheidsrecht vaker met moeilijke schadecomponenten te maken en hun schattingen zijn succesvol. Rechters kunnen in principe wel met gedeelde winst, hypothetische situaties, economische expertise en schadevergoeding voor immateriële schade uit de voeten, al

⁶⁴ Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG (voor de EER relevante tekst), *OJ L* 409, 4 december 2020, 1-27 noemt mededingingsrecht in haar Bijlage niet, maar zal niettemin de verdere ontwikkeling van collectieve acties in de lidstaten kunnen stimuleren.

⁶⁵ Rb. Amsterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2391 en Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466.

schijnen ze die stap op dit moment nog te vermijden. In principe is in België bijvoorbeeld wel een raming door een eenvoudige *ex aequo et bono*-schadebegroting mogelijk zodra het bestaan van een schadecomponent, bijvoorbeeld het volume-effect, vaststaat. Om het bewijs van het volume-effect gemakkelijker te maken, zouden zich bovendien bijvoorbeeld vermoedens – feitelijk of wettelijk – kunnen ontwikkelen. In het algemeen is het nodig nog verder na te denken over hoe het volume-effect maar ook het DWL overtuigend kunnen worden begroot. Ook de berekening van *pass-on* en meerprijs verloopt verre van soepel. Aangezien schadecomponenten langs de toeleveringsketen sterk samenhangen, is veel te zeggen voor een holistische benadering in plaats van schakel per schakel.

33. Concluderend blijkt uit de analyse dat van sommige aspecten van het systeem van de richtlijn alweer afscheid moet worden genomen vooraleer het ooit echt in werking is getreden. Met de huidige artikelen wordt volledige vergoeding – het zelf gestelde doel van de richtlijn – voor alle slachtoffers langs de toeleveringsketen maar ook daarbuiten, niet bereikt. Om vergoeding in de buurt van volledige compensatie te laten komen, is zeker vereist dat economen en juristen nog meer gaan samenwerken om daar oplossingen voor te vinden.

SOMMAIRE

RÈGLES DE DROIT PRIVÉ CONTRIBUTANT À FAIRE RESPECTER LE DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE UNE ANALYSE GLOBALE DE L'EFFET D'INCITATION

Les règles de droit privé devant assurer le respect des règles de concurrence sont, de longue date déjà, une matière d'importance. Elles trouvent une expression non négligeable dans la directive 2014/104/UE qui en explicite un certain nombre de détails. Dans le présent exposé, l'auteure propose une analyse de quelques articles de cette directive (et de la législation nationale basée sur cette directive) et en explicite quelques incitants discutables du strict respect de ce droit privé en matière de règles de la concurrence. Au départ, l'auteure rappelle les quatre composantes du préjudice intervenant du côté de la chaîne des fournitures d'un cartel, à savoir : le surcoût, la répercussion, l'effet-volume et la perte sèche (*deadweight loss*). Une indemnisation totale – objectif de la présente directive européenne – de ces quatre composantes du préjudice pour les demandeurs s'avère improbable avec les moyens proposés par la directive. Cette dernière offre surtout peu d'aide pour les composantes du préjudice qui s'avèrent difficiles à prouver/à calculer : l'effet-volume et la perte sèche. En soi, l'obtention des preuves n'est pas suffisamment facilitée. La situation extrême suivante peut dès lors se présenter : les défendeurs savent que, plus le demandeur se trouve à un niveau éloigné dans la chaîne, plus il est improbable que le surcoût répercuté soit effectivement réclamé. Cette situation est la plus extrême pour des consommateurs finaux. En outre, avec les règles actuelles, il n'y a pas de risque réel que les consommateurs finaux exigent la réparation de la perte sèche. La défense de transmission (*passing on*) est rendue nettement possible par la directive. De ce fait, se trouve renforcée la probabilité que cette défense soit couronnée de succès et que, par des procédures judiciaires, elle aboutisse réellement chez les consommateurs finaux. De ce fait, il devrait normalement devenir moins intéressant pour les défendeurs de procéder contre la répercussion parce que, chaque fois que cette procédure aboutit avec succès, ils devraient, à chaque niveau de la chaîne, payer une indemnité pour l'effet-volume. Dans le droit actuel aussi, ce risque n'existe pas. Et, à l'extrême, ceci signifie que, si le défendeur conduit sa défense en matière de répercussion avec succès tout au long de la chaîne, personne n'exige une indemnisation totale de l'effet-volume et que les consommateurs finaux ne réclament ni le surcoût répercuté ni la perte sèche. Se produit ainsi la situation suivante : au lieu d'une indemnisation totale, en fin de compte, les défendeurs ne paieront, bien évidemment, aucune indemnité.

L'exposé se termine par quelques raisonnements et réflexions sur la question de savoir comment des actions collectives, des évaluations ou questionnements par des juges et une coopération entre économistes et juristes peuvent arriver à prévenir pareille situation.

ZUSAMMENFASSUNG

PRIVATE DURCHSETZUNG DES EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS EINE ÜBERGREIFENDE ANREIZANALYSE

Die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gewinnt seit Jahren an Bedeutung. Dies kommt insbesondere mit der Richtlinie 2014/104/EU, die eine Reihe von Vorschriften zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung beinhaltet, zum Ausdruck. In diesem Aufsatz wird eine Reihe von Artikeln der Richtlinie (und der darauf basierenden nationalen Rechtsvorschriften) analysiert, die einige fragwürdige Verhaltensanreize für die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts schaffen. Zunächst werden die vier wichtigsten Schadenskomponenten, die entlang der Kartellabsatzkette auftreten, nämlich Preisaufschlag, *pass-on*, Mengeneffekt und *Deadweight loss* (DWL) ökonomisch aufgeschlüsselt. Eine vollständige Entschädigung der Geschädigten für diese Schadenskomponenten – das Ziel der europäischen Richtlinie – erscheint mit den Vorgaben aus der Richtlinie unwahrscheinlich. Die Beweisführung wird nicht ausreichend erleichtert. Die Richtlinie bietet vor allem für die besonders schwierig nachzuweisenden/zu berechnenden Schadenskomponenten (Mengeneffekt und DWL) nur unzureichend beweisrechtliche Hilfe. Folgende Extremsituation kann sich vortun: Die Beklagten wissen, dass es umso unwahrscheinlicher wird, dass der abgewälzte Preisauflschlag geltend gemacht wird, je weiter unten in der Absatzkette der Kläger sich befindet. Am extremsten ist dieser Effekt bei den Endverbrauchern. Darüber hinaus besteht aktuell auch nicht die Gefahr, dass die Endverbraucher Entschädigung für das DWL verlangen. Der Abwälzungseinwand der Beklagtenseite wird durch die Richtlinie deutlich ermöglicht. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Beklagte *pass-on* tatsächlich einwenden und das Verfahren so bei den Endverbrauchern landet. Normalerweise ginge mit jedem Abwälzungseinwand einher, dass die Beklagten dann jeweils Entschädigung für den Mengeneffekt zahlen müssten, was die Anreize zur Geltendmachung mindern würde. Nach geltendem Recht besteht ein solches Risiko nicht. Im Gegenteil, es scheint wahrscheinlich, dass der Mengeneffekt auf keiner Stufe der Absatzkette eingeklagt wird. Und das bedeutet im Extremfall, dass, wenn der Beklagte entlang der gesamten Absatzkette erfolgreich den Abwälzungseinwand führt, niemand den Mengeneffekt geltend macht und die Endverbraucher weder den abgewälzten Preisauflschlag noch das DWL einklagen, folgende Situation entsteht: Statt des vollständigen Schadensersatzes zahlen die Beklagten am Ende überhaupt keinen Schadensersatz. Der Aufsatz endet mit einigen Überlegungen dazu, wie kollektive Rechtsdurchsetzung, richterliche Schätzkompetenz und die Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen dieser Situation entgegenwirken können.

SUMMARY

PRIVATE ENFORCEMENT OF EUROPEAN COMPETITION LAW A GENERAL ANALYSIS OF THE INCENTIVES

Private enforcement of competition law has been a topic of interest for many years. An important manifestation of this is Directive 2014/104/EU, which stipulates several details about private cartel enforcement. This article contains an analysis of a number of the Directive's articles (and the national legislation based on it) that generate some debatable behavioural incentives in the context of private enforcement of competition law. To begin with, the article outlines the economic foundation of the four most important damage components that occur along a cartel's supply chain, namely overcharge, pass-on, volume effect and deadweight loss (DWL). Full compensation – the goal of the European Directive – for these damage components for plaintiffs is unlikely with the tools provided by the Directive. Their proof is not adequately facilitated. The Directive mainly offers insufficient help for the damage components that are particularly difficult to prove/calculate: volume effect and DWL. The following extreme situation may occur: Defendants know that it becomes the more unlikely that the passed-on overcharge is claimed, the lower down in the supply chain the plaintiff is. This is most extreme with final consumers. Moreover, with the current rules, there is also no real risk of final consumers suing for the DWL. The passing-on defence is clearly enabled by the directive. This increases the likelihood that it will be successfully alleged, and the proceedings reach the final consumer level. Normally, an important reason why it would be less attractive for defendants to pursue the passing-on defence is the fact that they would then have to compensate each plaintiff (at each level of the supply chain where the passing-on defence succeeds) for the volume effect. Again, there is no such risk under current law. On the contrary, it seems likely that the volume effect will not be claimed by anyone. And that means in the extreme that if the defendant along the entire supply chain successfully pleads the passing-on defence, no one claims the volume effect, and the final consumers sue neither for the passed-on overcharge nor the DWL, the following situation arises: instead of full compensation, the defendants end up paying no compensation at all. The article ends with some thoughts on how collective actions, estimations by judges and cooperation between economists and lawyers can improve the situation.

RESUMEN

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA UN ANÁLISIS GLOBAL DE LOS ESTÍMULOS

La aplicación privada del derecho de la competencia es un tema de gran importancia desde hace años ya. Expresión de ello es la directiva 2014/104/UE que delimita algunas consideraciones acerca de su aplicación en derecho privado. Este artículo contiene un análisis de algunos artículos de la directiva (y de la legislación nacional basada en ésta) que originan algunos estímulos para conductas discutibles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Para empezar, este artículo describe los fundamentos económicos de los cuatro componentes de daños más importantes que intervienen en la cadena de suministro de un cartel, es decir la repercusión de costes, el *'pass-on'*, el efecto del volumen y el *'deadweight loss'* (DWL). Con los recursos que pone a disposición la directiva, es improbable que se alcance una indemnización total – el objetivo de la directiva europea – de esos componentes de daños para los demandantes. No se facilita en grado suficiente la administración de la prueba. Sobre todo, la directiva no es muy útil para los componentes de daños particularmente difíciles a probar/calcular: el efecto del volumen y el DWL. Se puede incluso presentar la situación extrema siguiente: las partes demandadas saben que se complica exigir un suplemento repercutido a medida que el demandante se encuentre más abajo en la cadena de suministro. Esto se produce de la manera más flagrante al nivel de los consumidores finales. Además, con las reglas actuales, no existe realmente un riesgo de que los consumidores finales exijan el DWL. La directiva permite claramente la defensa basada en la repercusión de costes. Esto hace aumentar la probabilidad de que esta defensa tenga éxito y de que el procedimiento llegue a la instancia de los consumidores finales. Normalmente, también sería menos interesante para las partes demandadas llevar la defensa basada en la repercusión de costes porque, entonces, tendrían que pagar por el efecto del volumen a cada nivel de la cadena de suministro donde triunfe la defensa. Según el derecho actual, tampoco existe este riesgo. Al contrario, parece probable que nadie reivindique el efecto del volumen. Y eso significa, en último extremo, que, si la parte demandada logra llevar la defensa basada en la repercusión de costes a través de toda la cadena de suministro, si nadie reivindica el efecto del volumen y si los consumidores finales no exigen ni el suplemento repercutido ni el DWL, surgirá la situación siguiente: en vez de pagar una indemnización completa, las partes demandadas finalmente no pagarán ninguna indemnización en absoluto. El artículo termina con algunas argumentaciones para determinar cómo las acciones colectivas, las tasaciones hechas por los jueces y la colaboración entre economistas y juristas pueden combatir esta situación.