

**KOPIE**

# arrest

---

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.126.185

(zaaknummer rechtbank Arnhem / rechtbank Oost-Nederland, zittingsplaats Arnhem, 208812)

**arrest van de zesde kamer van 2 september 2014**

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ABB B.V.**,  
gevestigd te Rotterdam,
2. de vennootschap naar buitenlands recht **ABB Ltd.**,  
gevestigd te Zürich, Zwitserland,  
appellanten,  
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **TenneT TSO B.V.**,
  2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Saranne B.V.**,
- beide gevestigd te Arnhem,  
geïntimeerden,  
advocaat: mr. J.K. de Pree.

Appellante sub 1 zal hierna ABB B.V., appellante sub 2 ABB Ltd. en appellanten gezamenlijk zullen hierna ABB c.s. worden genoemd.

Geïntimeerde sub 1 zal hierna TenneT, geïntimeerde sub 2 Saranne en geïntimeerden gezamenlijk zullen hierna TenneT c.s. worden genoemd.

### **1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep**

Het hof neemt de inhoud van het (incidenteel) tussenarrest van 10 september 2013 hier over.

1.1 Het verdere verloop blijkt uit:

- de memorie van grieven van ABB c.s. met de producties 40 tot en met 43b;
- de memorie van antwoord van TenneT c.s. met productie 21;
- de pleitaantekeningen van mrs. O.W. Brouwer en H.J.M. Harmeling namens ABB c.s. en van mr. J.K. de Pree namens TenneT c.s.

Mr. Knüppe voornoemd heeft voorafgaand aan de zitting namens ABB c.s. aan TenneT c.s. en het hof de producties 44 en 45 gezonden, waartegen TenneT c.s. desgevraagd geen bezwaar hadden. Aan ABB c.s. is akte verleend van het in het geding brengen daarvan.

1.2 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald (op één dossier).

## 2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

2.1 Op 30 maart 1993 is tussen N.V. Samenwerkende elektriciteitsbedrijven (Sep) enerzijds en ABB Transport en Distributie B.V. (ABB T&D) anderzijds een overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten, op grond waarvan ABB T&D aan Sep een 380 kilovolt en een 220 kilovolt GGS-installatie heeft verkocht en geleverd ten behoeve van het schakelstation Eemshaven. De in de Overeenkomst vermelde prijs van het werk was NLG 87.100.000,- exclusief BTW. Het tijdstip voor bedrijfsvaardige oplevering werd vastgesteld op 15 maart 1995. De prijs is overeenkomstig het bestek in termijnen betaald.

2.2 GGS staat voor gasgeïsoleerd schakelmateriaal (in het Engels: GIS, Gas Insulated Switchgear). De beschikking van de Europese Commissie van 24 januari 2007 (verder: de Beschikking, productie 2 van TenneT c.s.) vermeldt, dat GGS wordt gebruikt om de energiestroom in elektriciteitsnetwerken te controleren. Het is zwaar elektrisch materieel, dat als belangrijk onderdeel voor kant en klaar opgeleverde elektriciteitsonderstations wordt gebruikt. Het product is gespecialiseerd en wordt op maat gemaakt. Voorts volgt uit de Beschikking (§ 78 - § 83) dat wereldwijd GGS slechts door een beperkt aantal conglomeraten van ondernemingen wordt aangeboden en door een beperkte kring van afnemers wordt afgenomen, hoofdzakelijk overheden dan wel publieke nutsbedrijven.

2.3 ABB B.V. is als gevolg van een fusie in 1996 de rechtsoptvolgster van ABB T&D. ABB Ltd. is volgens het door ABB c.s. overgelegde uittreksel uit het handelsregister van het kanton Zürich (productie 4 van ABB c.s.) in dat register ingeschreven op 5 maart 1999. Haar doelomschrijving is (beknopt samengevat) deelneming in ondernemingen. Daarnaast bestaat, volgens een ander door ABB c.s. overgelegd uittreksel (productie 5 van ABB c.s.), de vennootschap ABB Asea Brown Boveri Ltd. die op hetzelfde adres is gevestigd en in hetzelfde handelsregister is ingeschreven op 4 januari 1988. De doelomschrijving van deze rechtspersoon is (beknopt samengevat) aandelen houden in ondernemingen, waarnaast de vennootschap onroerende zaken en intellectuele eigendomsrechten kan verkrijgen, houden en vervreemden en commerciële activiteiten kan ontplooiën.

ABB Ltd. houdt via een financiële houdstermaatschappij alle aandelen in ABB B.V. Tegenwoordig is ABB Holdings die tussenliggende houdstermaatschappij. ABB Holdings is volgens het door ABB c.s. overgelegde uittreksel (productie 3 van ABB c.s.) opgericht op 21 augustus 1995 en zij houdt sinds 10 december 1998 alle aandelen in ABB B.V. Welke rechtspersonen in 1992/1993 de houdster en de tussenliggende houdstermaatschappij waren van de aandelen in ABB T&D is in dit geding niet bekend gemaakt.

2.4 De gekochte en geleverde GGS-installatie maakt onderdeel uit van het hoogspanningsnet, waarvan Sep tot 1998 zowel eigenaar als beheerder was. Op grond van de Elektriciteitswet 1998 werd Sep verplicht gesteld om voor het beheer van het landelijk hoogspanningsnet een netbeheerder aan te wijzen. Sep heeft op 21 oktober 1998 TenneT (aanvankelijk genaamd Delcos B.V.) als netbeheerder aangewezen. Op diezelfde dag heeft Sep bij akte van inbreng de economische eigendom van een aantal activa overgedragen aan TenneT. In de akte is bepaald dat de activa geheel of gedeeltelijk juridisch zullen worden geleverd op een nader te bepalen datum. Dit is niet gebeurd.

Bij akte van splitsing van 2 februari 2001 heeft Sep (thans genaamd B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor, NEA) Saranne opgericht en de juridische eigendom van een aantal vermogensbestanddelen onder algemene titel laten overgaan naar Saranne. Sinds

19 december 2006 houdt TenneT alle aandelen in Saranne. De Nederlandse Staat houdt alle aandelen in TenneT.

2.5 Bij de Beschikking heeft de Europese Commissie beslist dat een aantal ondernemingen, waaronder ABB Ltd., inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 van het EG Verdrag (thans artikel 101 van het EU-Werkingsverdrag (VwEU)) en op artikel 53 van de EER-Overeenkomst door gedurende de in de Beschikking aangeduide periodes deel te nemen in een complex van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de gasgeïsoleerd schakelmateriaal sector in de EER.

In haar Samenvatting ter bekendmaking van de Beschikking (in Publicatieblad Nr. C 005 van 10/01/2008 blz. 0007 – 0010) (productie 3 van TenneT c.s.) geeft de Commissie de feiten onder (8) tot en met (11) als volgt weer:

#### 'DE FEITEN

(8) Het kartel had een complexe structuur. Ten eerste bestond er een gemeenschappelijk akkoord tussen de deelnemers dat de Japanse ondernemingen niet op de Europese markt zouden verkopen en dat de Europese ondernemingen niet op de Japanse markt zouden verkopen. Ten tweede waren projecten buiten de Europese landen en Japan op basis van globale quota verdeeld. Een aantal landen was volledig uitgesloten van de overeenkomsten, met name de VS en Canada. Ten derde bespraken de Europese ondernemingen op basis van de gemeenschappelijke afspraak onderling projecten betreffende Europese landen. Deze projecten vielen echter onder de globale quota die met de Japanse ondernemingen waren overeengekomen. Ten vierde werd een aantal Europese landen aangemerkt als „land van oorsprong”. Deze landen van oorsprong waren aan de nationale producenten toegekend en de verkoop in de „landen van oorsprong” werd niet in de berekening van de globale quota opgenomen (geboekt).

(9) De partijen kwamen geregeld bijeen

- om GGS-projecten overeenkomstig de vastgestelde quota toe te wijzen;
- om afspraken te maken over de prijzen die de aangewezen onderneming kon aanrekenen;
- om de prijzen overeen te komen die de leden van het kartel waaraan de aanbesteding niet zou worden gegund, zouden bieden om de indruk te wekken dat er werkelijk van concurrentie sprake was; en
- om afspraken te maken over de parameters voor de prijsvaststelling die in acht moesten worden genomen wanneer de partijen het er niet over eens konden worden aan welke onderneming het project zou worden toegewezen.

(10) De deelnemers namen vergaande maatregelen om hun kartelactiviteiten te verbergen. Niet alleen stelden de karteldeelnemers schijnoffertes op om de indruk te wekken dat er van werkelijke concurrentie sprake was; zij gebruikten ook codenamen en steeds verjijnder communicatiemiddelen (e-mail vanaf particuliere e-mailadressen met versleutelde boodschappen; mobiele telefoons met versleuteling) om te voorkomen dat dit werd ontdekt.

(11) Dankzij de bewijzen die door de immunitetsverzoeker zijn verschaft en de controles die de Commissie heeft verricht kan zij vaststellen dat de inbreuk al minstens in april 1988 een aanvang nam en heeft voortgeduurd tot de dag waarop de Commissie stappen ondernam, te weten 11 mei 2004.'

2.6 In het dictum is de periode van de deelname in het kartel ten aanzien van ABB Ltd. vastgesteld op de periode van 15 april 1988 tot 2 maart 2004. De Commissie heeft de aan ABB Ltd. als deelnemer in het kartel op te leggen boete bepaald op een bedrag van € 215.156.250,-. Voor deze boete is aan ABB Ltd. volledige boete-immuniteit verleend op grond van de ‘Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboetes en vermindering van geldboetes in kartelzaken’ (PbEU, C 298 van 8.12.2006). ABB Ltd. heeft geen beroep ingesteld tegen de Beschikking.

2.7 TenneT c.s. hebben ABB c.s. bij brief van 24 juni 2010 aansprakelijk gesteld voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van de mededinging beperkende kartelafspraken, voorsnog – na vermeerdering van eis in eerste aanleg – begroot op € 29.725.227,-. ABB c.s. betwisten op verschillende gronden dat zij gehouden zijn tot schadevergoeding.

### **3. De motivering van de beslissing in hoger beroep**

3.1 Na vermeerdering en vervolgens vermindering van eis – zie daarover het (incidenteel) tussenarrest onder 3.4 tot en met 3.6 – hebben TenneT c.s. in eerste aanleg gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, ABB c.s. hoofdelijk zou veroordelen tot betaling aan TenneT c.s. van een schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met hoofdelijke veroordeling van ABB c.s. in de kosten van het geding, te vermeerderen met de wettelijke rente van artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van het vonnis.

TenneT c.s. baseren hun vorderingen op inbreuk op het mededingingsrecht (verboden kartelafspraken met betrekking tot ‘Gas-Insulated Switchgear’ (GIS) schakelstations), waardoor aan (haar rechtsvoorgangster) Sep schade is berokkend. De juridische grondslagen van de vordering zijn:

- (i) een verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad;
- (ii) gehele of gedeeltelijke nietigheid van rechtswege van de Overeenkomst, met daaruit voortvloeiend een verbintenis tot (partiële) ongedaanmaking;
- (iii) een verbintenis tot schadevergoeding uit hoofde van een tekortkoming in de verplichtingen uit de Overeenkomst;
- (iv) een verbintenis tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking.

3.2 ABB c.s. hebben tegen die vorderingen verweer gevoerd.

3.3 Bij het in hoger beroep bestreden incidenteel vonnis van de rechtbank van 26 oktober 2011 (hierna: het bevoegdheidsvonnis) heeft de rechtbank zich bevoegd geacht van het geschil kennis te nemen en de incidentele vordering van ABB c.s. afgewezen.

3.4 Bij het in hoger beroep eveneens bestreden vonnis van de rechtbank van 16 januari 2013 in de hoofdzaak (hierna: het eindvonnis) heeft de rechtbank ABB c.s. vervolgens, kort gezegd, hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan TenneT c.s., op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander uitvoerbaar bij voorraad. In de rechtsoverwegingen 4.27 tot en met 4.32 van het eindvonnis heeft de rechtbank – volgens rechtsoverweging 4.26 in verband met toelating van TenneT c.s. tot een schadestaatprocedure – geoordeeld over verweren van ABB c.s. ten aanzien van de gestelde schade en de omvang daarvan, in het bijzonder over de vraag of de kartelafspraken van invloed zijn geweest op de voor de GGS-installatie betaalde prijs, op welke wijze de omvang van de desbetreffende schade zou kunnen worden geschat (rechtsoverwegingen 4.27 – 4.29) en over het zogenoemde doorberekennings- of passing-on verweer (rechtsoverweging 4.30).

De rechtbank heeft in het eindvonnis voorts enige overwegingen gewijd aan de voordeelverrekening van artikel 6:100 BW, voor zover ABB c.s. zouden hebben beoogd daarop met het passing-on verweer een beroep te doen (rechtsoverwegingen 4.31 – 4.32).

3.5 ABB c.s. richten hun eerste grief tegen het bevoegdheidsvonnis van de rechtbank en hun grieven 2 tot en met 4 tegen het eindvonnis van de rechtbank, waarvan de tenuitvoerlegging bij het (incidenteel) tussenarrest op hun vordering op grond van artikel 351 Rv is geschorst totdat op het hoger beroep zal zijn beslist.

#### *Internationale bevoegdheid*

3.6 In hun eerste grief klagen ABB c.s. erover dat de rechtbank (in rechtsoverweging 4.10 van het bevoegdheidsvonnis) haar, in hoger beroep niet bestreden, bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad op zich al voldoende heeft geoordeeld om ook kennis te nemen van de andere grondslagen voor die vorderingen.

3.7 Het hof legt bedoelde rechtsoverweging uit het bevoegdheidsvonnis anders uit. Zoals ABB c.s. zelf in hun memorie van grieven onder 3.3 vermelden, heeft de rechtbank (in rechtsoverweging 4.2 van het bevoegdheidsvonnis) de onrechtmatige daad in dit geval de primaire en meest voor de hand liggende grondslag geacht. Op die grondslag beroepen TenneT c.s. zich ook primair. Enkel voor het geval de conclusie zou zijn dat zij geen vordering hebben uit onrechtmatige daad, dient, zo bevestigen TenneT c.s. in hun memorie van antwoord onder 3.3.2, onderzocht te worden of zij een vordering hebben op basis van een van de andere in de dagvaarding genoemde grondslagen en of de Nederlandse rechter bevoegd is van die vorderingen kennis te nemen.

De rechtbank heeft daarom eerst beoordeeld of zij op de grondslag van onrechtmatige daad bevoegd was. De rechtbank overweegt in haar bevoegdheidsvonnis onder 4.2 met zoveel woorden dat de vraag of het handelen van ABB Ltd. tevens een tekortkoming in de nakoming oplevert in een later stadium mogelijk dient te worden beoordeeld.

Daarvan uitgaande is het hof, anders dan ABB c.s. hebben betoogd, van oordeel dat bedoelde rechtsoverweging van de rechtbank is beperkt tot de grondslag onrechtmatige daad en dat de rechtbank aan de vraag of zij ook ten aanzien van de andere grondslagen bevoegd is, niet is toegekomen.

In zoverre faalt grief 1, althans hebben ABB c.s. bij de (verdere) beoordeling daarvan geen belang.

3.8 Ambtshalve overweegt het hof in aanvulling op het voorgaande, dat voor de vorderingen van TenneT c.s. ook op de andere grondslagen dan onrechtmatige daad (zie hiervoor onder 3.1 sub ii tot en met iv) (internationale) bevoegdheid bestaat.

De Nederlandse rechter is reeds op grond van artikel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op alle grondslagen bevoegd kennis te nemen van de vorderingen van TenneT c.s. jegens ABB B.V., nu ABB B.V. in Nederland is gevestigd.

Op grond van artikel 6 aanhef en onder 1 van het Verdrag van Lugano van 30 oktober 2007, PbEU 2007, 339 (het zogenoemde EVEX-Verdrag), laatstelijk gewijzigd en in werking getreden op 1 oktober 2010, is de Nederlandse rechter ook ten aanzien van ABB Ltd. als mede-gedaagde van ABB B.V. bevoegd, mits tussen de tegen hen gerichte vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden genomen.

Uit de uitspraken van het Hof van Justitie EG, thans EU (hierna: Hof van Justitie), volgt, dat

de nationale rechter ter beoordeling van de vraag of een dergelijke band bestaat, rekening moet houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier (zie Hof van Justitie 11 oktober 2007, zaak C-98/06 (Freeport/Arnoldsson), rechtsoverweging 41 en Hof van Justitie 1 december 2011, zaak C-145/10 (Painer/Standard Verlags GmbH e.a.), rechtsoverweging 83). In het bijzonder geldt dat beslissingen niet reeds tegenstrijdig kunnen worden geacht op grond van enkele divergentie in de beslechting van het geschil. Voor tegenstrijdigheid is bovendien vereist dat deze divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens (zie Hof van Justitie 13 juli 2006, zaak C-539/03 (Roche Nederland/Primus en Goldenberg), rechtsoverweging 26, Hof van Justitie 11 oktober 2007, zaak C-98/06 (Freeport/Arnoldsson), rechtsoverweging 40 en Hof van Justitie 1 december 2011, zaak C-145/10 (Painer/Standard Verlags GmbH e.a.), rechtsoverweging 79). Weliswaar is aan het Hof van Justitie ten aanzien van het EVEX-Verdrag geen interpretatiebevoegdheid toegekend, maar de EVA-Staten zijn in een verklaring (Protocol 2, artikel 1) behorende bij dat Verdrag overeengekomen dat elk gerecht naar behoren rekening houdt met de beginselen vervat in alle relevante beslissingen van onder meer het Hof van Justitie inzake het EEX-Verdrag.

3.9 Aangezien de door TenneT c.s. gestelde contractuele grondslag slechts geldt voor hun vorderingen jegens ABB B.V. – ABB Ltd. was immers geen partij bij de Overeenkomst – gaat het in dit verband (nu de rechtbank voor de grondslag onrechtmatige daad op grond van artikel 5 lid 3 van het (EVEX-)Verdrag reeds rechtsmacht aanvaardde en haar oordeel in zoverre in hoger beroep niet is bestreden) in het bijzonder om de grondslag ongerechtvaardigde verrijking.

Wat betreft de op die grondslag door TenneT c.s. tegen ABB B.V. en ABB Ltd. ingestelde vorderingen, die tot vergoeding van dezelfde schade strekken als de vorderingen op de grondslag onrechtmatige daad, is naar het oordeel van het hof in voldoende mate sprake van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens. Het hof neemt daarbij in verband met de aard van die grondslag voor de vorderingen van TenneT c.s. (ongerechtvaardigde verrijking) in het bijzonder in aanmerking het aan die vorderingen tegen ABB c.s. ten grondslag liggende zelfde feitencomplex (zie hiervoor onder 2). Het feit dat ABB B.V. en ABB Ltd. tot één concern behoren, maakt daarvan in dit verband wezenlijk onderdeel uit. Daarmee is de band tussen de door TenneT c.s. tegen ABB B.V. en ABB Ltd. op die grondslag ingestelde vorderingen naar het oordeel van het hof zo nauw, dat een goede rechtsbedeling ontegenzeggelijk om hun gelijktijdige beoordeling en berechting vraagt. Te vermijden is dat ter zake bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden genomen. Het hof is dan ook van oordeel dat de Nederlandse rechter bevoegd is op alle door TenneT c.s. voor hun vorderingen opgevoerde grondslagen van het onderhavig geschil kennis te nemen.

3.10 Met de rechtbank, naar het hof begrijpt, is het hof, wellicht ten overvloede, van oordeel dat partijen in eerste aanleg, zoals ook in hoger beroep, terecht zijn uitgegaan van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Naar Nederlands internationaal privaatrecht, zoals dit gold ten tijde van de hiervoor onder 2.1 bedoelde transactie (toen nog geen wettelijke of communautaire verwijzingsregel voor het op verbintenissen uit onrechtmatige daad toepasselijke recht bestond), wordt een vordering uit onrechtmatige daad, behoudens rechtskeuze, in beginsel beheerst door het recht van het land waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden (Hoge Raad 19 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1148, NJ 1994, 622). Wat betreft ABB B.V., die al haar handelingen in Nederland verrichtte, is dit onmiskenbaar Nederland. Hetzelfde geldt voor ABB Ltd. Weliswaar was zij gevestigd in Zwitserland, maar haar verderop in dit arrest te bespreken ‘sturend’ gedrag heeft zij in

Nederland geëffectueerd via ABB B.V. bij het aangaan van de Overeenkomst.  
Op de ABB c.s. verweten onrechtmatige daden is daarom Nederlands recht van toepassing.

*Verzwaarde stelplicht en aansprakelijkheid van ABB c.s.*

*Verzwaarde stelplicht?*

3.11 Met hun tweede grief klagen ABB c.s. erover dat de rechtbank hen in verband met de beoordeling van de vraag of de prijsbepaling voor het Eemshavenproject al dan niet is beïnvloed door de verboden kartelafspraken, een verzwaarde stelplicht oplegde. Naar hun mening diende de rechtbank hetgeen door TenneT c.s. als eisers en door hen ten verweerde werd gesteld en onderbouwd af te wegen en te beoordelen volgens de normale bewijsregels, meer in het bijzonder de hoofdregel van artikel 150 Rv. Dat zou er volgens ABB c.s. toe moeten leiden dat op TenneT c.s. de stelplicht rust en TenneT c.s. in dat kader gemotiveerd dienen te stellen dat ABB Ltd. (geen contractspartij bij de Overeenkomst) en/of ABB B.V. (geen adressaat van de Beschikking) aansprakelijk is/zijn voor de door TenneT c.s. beweerdelijk geleden schade.

3.12 Het hof overweegt als volgt.

Naar uit de vaststaande feiten blijkt (zie hiervoor onder 2.5), heeft de Commissie in de Beschikking beslist dat ABB Ltd. inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG-Verdrag (thans artikel 101 EU-Werkingsverdrag (VwEU)) en op artikel 53 van de EER-Overeenkomst door gedurende de in de Beschikking aangeduide periode (van 15 april 1988 tot 2 maart 2004) deel te nemen in een complex van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de gasgeïsoleerd schakelmateriaal sector in de EER.

Tegen de Beschikking heeft ABB Ltd. geen beroep ingesteld, zodat deze jegens haar onherroepelijk is.

De Overeenkomst heeft, naar tevens vaststaat, eveneens betrekking op gasgeïsoleerd schakelmateriaal.

Naar uit de Beschikking blijkt, zagen de kartelafspraken (mede) op de – volgens het kartel door de Japanse ondernemingen niet te betreden – Europese markten (randnummer 134 en 135 van de Beschikking) en kwamen partijen geregeld bij elkaar om:

- GGS-projecten overeenkomstig de vastgestelde quota toe te wijzen. Dit gold ook voor Europa, buiten de zogenaamde home-countries (randnummer 143 van de Beschikking).

Deze quota waren gebaseerd op historische marktaandelen van deelnemers en bedroegen in 1988 voor ABB (Ltd.): 18,70% (randnummer 144 van de Beschikking);

- afspraken te maken over de prijzen en andere voorwaarden die de aangewezen onderneming in een aanbesteding kon berekenen (randnummer 154, 155 en 161 van de Beschikking); dit gold ook voor Europa, buiten de zogenaamde home-countries (randnummer 161 van de Beschikking);

- de prijzen overeen te komen die de leden van het kartel waaraan de aanbesteding niet zou worden gegund, zouden bieden om de indruk te wekken dat er werkelijk van concurrentie sprake was (randnummer 154, 155 en 161 van de Beschikking); dit gold ook voor Europa, buiten de zogenaamde home-countries (randnummer 161 van de Beschikking);

en

- afspraken te maken over de parameters voor de prijsvaststelling die in acht moesten worden genomen wanneer de partijen het er niet over eens konden worden aan welke onderneming het project zou worden toegewezen.

Buitendien waren alle leveranciers die voor het Eemshavenproject een offerte uitbrachten, naast ABB B.V.: Alstom, Siemens en Nei Reyrolle, naar eveneens uit de Beschikking blijkt,

lid van het in de Beschikking beboete kartel.

Deze feitelijke omstandigheden, door TenneT c.s. met de Beschikking aan hun vorderingen tegen ABB c.s. ten grondslag gelegd, maken ook naar het oordeel van het hof aannemelijk dat de Overeenkomst door de kartelafspraken werd bestreken. Nu ABB c.s. ook in hoger beroep ten verweere niet althans niet genoegzaam hebben toegelicht dat en waarom het specifieke geval van het Eemshavenproject niet onder die afspraken viel, hebben ABB c.s. de door TenneT c.s. gestelde feiten, binnen het kader van de door hen bedoelde 'normale bewijsregels', niet of niet voldoende betwist, zodat het hof deze als vaststaand moet beschouwen (artikel 149 Rv).

Het voorgaande leidt ertoe dat grief 2 in zoverre faalt, althans dat ABB c.s. bij de verdere behandeling daarvan in verband met de vraag of een verzwaarde stelplicht voor ABB c.s. in dit geval al dan niet gerechtvaardigd zou zijn, rechtens geen belang hebben.

*Aansprakelijkheid ABB Ltd. en/of ABB B.V.?*

ABB Ltd.

3.13 Met hun bezwaar tegen de aanname door de rechtbank van een verzwaarde stelplicht komen ABB c.s. in grief 2, naar het hof begrijpt, materieel op tegen de vaststelling van de aansprakelijkheid van ABB c.s. Daarvoor geldt het volgende.

Nu de Overeenkomst, zoals hiervoor onder 3.12 is overwogen, geacht moet worden door de kartelafspraken te zijn bestreken, staat de betrokkenheid daarbij van ABB Ltd. als één van de karteldeelneemers vast en is zij jegens TenneT c.s. aansprakelijk uit aan haar toe te rekenen onrechtmatige daad op basis van artikel 6:162 BW.

ABB B.V.

3.14 Ten aanzien van ABB B.V. hebben TenneT c.s. naast hun beroep op het Europeesrechtelijke concept van de economische eenheid aan de aansprakelijkheid van ABB B.V. – in navolging van de rechtbank – in hoger beroep het zelfstandig verwijt ten grondslag gelegd dat zij jegens TenneT c.s. onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij willens en wetens uitvoering zou hebben gegeven aan verboden kartelafspraken. Zij was – aldus TenneT c.s. – op de hoogte van die afspraken, omdat in ieder geval haar (enig) aandeelhouder en het statutair bestuur daarvan op de hoogte waren.

3.15 ABB c.s. hebben ook ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep bestreden dat ABB B.V. van de kartelafspraken op de hoogte was. Naar zij bij die gelegenheid naar voren hebben gebracht, blijkt die bekendheid ook niet uit de Beschikking en evenmin uit hetgeen zij ter comparitie in eerste aanleg hebben toegelicht.

3.16 Het hof oordeelt als volgt.

Met de conclusie dat het Eemshavenproject door de kartelafspraken is bestreken (zie hiervoor onder 3.12), staat vast dat (de rechtsvoorgangster van) ABB B.V. bij het aangaan van de Overeenkomst in het Eemshavenproject de verboden kartelafspraken feitelijk heeft uitgevoerd. ABB c.s. hebben ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg, naar het hof begrijpt ter disculpatie van ABB B.V., aangevoerd dat 'de prijs voor de GIS in Zwitserland werd[...], hof] vastgesteld en dat ABB B.V. zich voegde naar die prijs.' Ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep hebben zij, bij repliek, naar voren gebracht dat deze opmerking aldus moet worden begrepen dat dit geen erkenning is van het uitvoeren van het kartel, maar veeleer van de opzet van het ABB-concern en dat de prijzen 'van de fabriek' kwamen. Nu ABB c.s. ter zake geen nadere toelichting hebben gegeven, zal het hof ervan uitgaan dat de fabriek onder zeggenschap stond van de leiding van de 'onderneming ABB'.



Een en ander komt erop neer dat ABB B.V., volgens haar verweer, niet zelf haar marktgedrag bepaalde maar dit door de leiding van de onderneming ABB, althans door een in Zwitserland gevestigd concern-onderdeel van de onderneming ABB liet bepalen.

3.17 Volgens de rechtspraak rust de verplichting tot schadevergoeding in een geval als het onderhavige, waarin door een rechtspersoon als gevolg van zeggenschap over een andere rechtspersoon misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen hen beiden, niet alleen op de persoon (in dit geval ABB Ltd., althans de rechtspersoon die ABB B.V. toentertijd beheerste), die met gebruikmaking van haar zeggenschap de betrokken rechtspersoon tot medewerking aan onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op laatstbedoelde rechtspersoon (in dit geval ABB B.V.). Het ongeoorloofde oogmerk van degene die hem beheerst, dient rechtens immers te worden aangemerkt als een oogmerk van die rechtspersoon zelf (zie Hoge Raad 13 oktober 2000, NJ 2000, 698).

Door de implementatie van de kartelafspraken op het niveau van ABB B.V. heeft ABB Ltd. als (indirect) grootaandeelhouder van ABB B.V. de handelwijze van ABB B.V. met betrekking tot haar onderhavige offerte/prijsbepaling onmiskenbaar 'gestuurd'. Ook al onderkent het hof dat het niet ongebruikelijk is dat in een centraal geleid concern als ABB prijzen door de centrale leiding worden bepaald, dit brengt in voorkomend geval, zoals in casu, wel mee dat de onrechtmatigheid daarvan mede aan ABB B.V. is toe te rekenen, ook als bij ABB B.V. zelf, zoals zij aanvoert, de kennis van het kartel en/of het gebruik van haar bedrijfsvoering ter implementatie daarvan, zou(den) hebben ontbroken. Zo ABB Ltd. de informatie daaromtrent om haar moverende redenen, in het bijzonder de verheimelijking van de kartelafspraken, niet aan ABB B.V. zou hebben doorgegeven, dan is haar desbetreffende kennis in een geval als het onderhavige aan ABB B.V. toe te rekenen, dit mede ter bescherming van TenneT c.s. die erop mochten vertrouwen dat ABB B.V. zelf haar verkoopprijzen bepaalde, althans zelf voor een verantwoorde – niet door verboden kartelafspraken beïnvloede – prijsstelling zorgdroeg. Een andersluidende opvatting zou er ook (te) gemakkelijk toe kunnen leiden dat tot dezelfde onderneming c.q. economische eenheid behorende afzonderlijke juridische entiteiten zouden kunnen profiteren van hun onderscheiden rechtspersoonlijkheden: de deelnemer aan het kartel zou geen uitvoeringshandelingen hebben verricht en de feitelijke uitvoerder van de kartelafspraken zou niet van het kartel hebben geweten. Mede tegen de achtergrond van de in artikel 101 VwEU neergelegde kernbepaling tot het tegengaan van kartels is dit onaanvaardbaar. Hoewel dat op hun weg lag, hebben ABB c.s. hiertegenover niet concreet gemotiveerd betwist dat en/of waarom ABB Ltd. haar beslissende invloed niet op ABB B.V. zou hebben uitgeoefend in dit concrete geval van de Overeenkomst voor het Eemshavenproject.

3.18 Grief 2 faalt derhalve evenzeer, in zoverre ABB c.s. daarmee de vaststelling van de aansprakelijkheid van ABB c.s. naar nationaal recht als zodanig aan de orde stellen. Het hof kan derhalve in het midden laten of, zoals TenneT c.s. betogen en ABB c.s. bestrijden, uit de vaststelling door de Europese Commissie in de Beschikking, dat 'de onderneming ABB' het mededingingsrecht heeft geschonden, de desbetreffende aansprakelijkheid van ABB c.s. al dan niet rechtstreeks voortvloeit.

#### *Verjaring*

3.19 Grief 3 betreft de vraag of de vorderingen van TenneT c.s., zoals ABB c.s. betogen en TenneT c.s. bestrijden, al dan niet zijn verjaard. Daarvoor is volgens het debat van partijen bepalend of TenneT c.s. vóór 24 juni 2005 (vijf jaar vóór de stuitingsbrief hunnerzijds) bekend waren geworden met de schade en de

daarvoor aansprakelijke persoon in de zin van artikel 3:310 lid 1 BW.

ABB c.s. beroepen zich ten gunste van bedoelde verjaring met name op het persbericht van de Commissie van 13 mei 2004 inzake aankondiging onderzoek naar activiteiten in strijd met het mededingingsrecht van 'ABB' (productie 9 van ABB c.s.), voor zover hier van belang luidende als volgt:

'(...) Commission inspectors, assisted by officials from the national competition authorities of the Member States concerned, launched simultaneous unannounced inspections at the premises of some of the major European producers of gas insulated switchgear (GIS).  
The purpose of these inspections is to ascertain whether there is evidence of a cartel agreement and related illegal practises concerning bid rigging, exchange of sensitive price information and of information about the prices quoted for projects, and/or geographic market allocation.  
(...)  
Surprise inspections are a preliminary step in investigations into suspected cartels. The fact that the European Commission carries out such inspections does not mean that the companies are guilty of anti-competitive behaviour nor does it prejudge the outcome of the investigation itself. The European Commission respects the rights of defence, in particular the right of companies to be heard in antitrust proceedings.  
(...)'

en op hun eigen persbericht van dezelfde datum (13 mei 2004) (productie 10 van ABB c.s.), voor zover hier van belang luidende als volgt:

'(...)  
ABB said it was cooperating fully with the investigation, and added that none of its premises were being inspected.  
The company said that during an internal audit, it was discovered that certain ABB employees – together with employees of other companies in the GIS business – were involved in anti-competitive practices. ABB contacted the authorities to expose these practices and is now supporting authorities to help restore effective competition.  
ABB is committed to fair and open competition in markets around the world, and ABB companies and employees are not permitted under any circumstances to engage in any anti-competitive practices.  
(...)'

3.20 Volgens vaste rechtspraak begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. Van het laatste zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon (zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850).

3.21 Gerelateerd aan de omstandigheden van het onderhavig geval is het hof van oordeel, dat de korte verjaringstermijn van vijf jaar, zoals TenneT c.s. ook betogen, niet eerder is gaan lopen dan op 24 januari 2007 (de datum van de Beschikking), althans dat geen gegevens voorliggen die duiden op een eerdere aanvang daarvan. Meer in het bijzonder bieden de door ABB c.s. bedoelde persberichten daarvoor onvoldoende aanknopng. Het persbericht van de Commissie vermeldt slechts dat zij onderzoek naar mogelijke kartelinbreuken wilde doen. Daarbij wordt tevens aangegeven dat onderzoek alleen nog geen schuld van de

desbetreffende rechtspersonen impliceert dan wel anderszins prejudicieert op de uitkomst ervan. Het persbericht van ABB vermeldt wel dat bepaalde medewerkers van ABB bij concurrentievervalsende praktijken waren betrokken, maar niet tot welke rechtsperso(n)en van het concern die medewerkers behoorden, wanneer zij hun concurrentievervalsende handelingen verrichtten en van welke aard deze waren. Een en ander is uiteraard van groot belang voor de vraag of deze met de – intussen meer dan tien jaar oude – Overeenkomst iets van doen hadden. De aard van de handelingen is voorts in het bijzonder van belang voor kennis bij TenneT c.s. van de met die activiteiten eventueel aan hen berokkende schade. Het zal daarvoor immers bepaald verschil kunnen maken of deze activiteiten bijvoorbeeld (slechts) betrekking hadden op de verdeling van markten of afnemers (en dan nog welke markten of afnemers) dan wel bijvoorbeeld (ook) op prijsafspraken. Het karakter van de schade en de vraag of als gevolg van een bepaalde gedraging schade is geleden door afnemers, hangt immers af van het soort concurrentievervalsende gedraging. Aldus is niet gebleken dat TenneT c.s. met de bedoelde persberichten de voor aanvang van de verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW vereiste bekendheid vanaf de datum van die persberichten hebben gehad. Nu ABB c.s. ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep hebben bevestigd niet over verdere gegevens te beschikken ten bewijze van een eerdere aanvang van de korte verjaringstermijn dan 24 januari 2007, oordeelt het hof dat van verjaring van de vorderingen van TenneT c.s. geen sprake is, nu TenneT c.s., naar tussen partijen vaststaat, de verjaring bij brief van 24 oktober 2010 hebben gestuit. Grief 3 faalt derhalve.

#### *Het schadebegrip en de berekening van de schade*

3.22 Met hun vierde grief klagen ABB c.s. erover dat de rechtbank

- heeft afgezien van een nauwkeurige of zogenaamde concrete schadeberekening;
- hun passing-on verweer heeft afgewezen;
- ten onrechte heeft aangenomen dat bedoeld verweer (primair) een beroep op voordeelverrekening in de zin van artikel 6:100 BW zou inhouden, terwijl het begrip ‘dezelfde gebeurtenis’ ruimer moet worden uitgelegd dan TenneT c.s. ter comparitie deden en
- bij de redelijkheidstoets in het kader van artikel 6:100 BW over het hoofd heeft gezien dat ook afnemers van TenneT c.s. onder omstandigheden een eigen recht op schadevergoeding toekomt.

3.23 Het hof stelt voorop dat TenneT c.s. in deze procedure – na vermeerdering en vervolgens vermindering van hun eis in eerste aanleg – kortweg veroordeling van ABB c.s. tot schadevergoeding nader op te maken bij staat hebben gevorderd. Voor verwijzing naar de schadestaat is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is geworden. Onverminderd hun andere grieven en onverminderd hun betwisting van de door TenneT c.s. gestelde verhoging van de prijs voor de gekochte GIS-installatie als gevolg van de onderhavige kartelinbreuk (ook wel in het Engels aangeduid als ‘overcharge’) en de door ABB c.s. gestelde doorberekening door TenneT c.s. van die ‘overcharge’, hebben ABB c.s. tegen de verwijzing door de rechtbank naar de schadestaatprocedure als zodanig geen grief gericht en bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota onder A.11) aangegeven geen punt (meer) te maken van ‘de (on)mogelijkheid van schade wat betreft de verwijzing naar de schadestaat’. Het hof zal er, reeds om die reden, vanuit gaan dat de mogelijkheid van schade voor TenneT c.s. als gevolg van het onrechtmatig handelen van ABB c.s. (zie hiervoor naar aanleiding van grief 2) aannemelijk is.

3.24 Met de onderhavige grief stellen ABB c.s., naar aanleiding van de hiervoor onder 3.4 bedoelde overwegingen uit het eindvonnis, in het bijzonder de wijze van schadeberekening in gevallen als het onderhavige aan de orde.

Partijen zijn het erover eens, zo blijkt onder meer uit hun pleitaantekeningen in hoger beroep, dat de schade in een geval als dit door middel van concrete schadeberekening met behulp van vermogensvergelijking moet plaatsvinden. In zoverre komt aan het onderdeel van grief 4 dat ziet op de concrete schadeberekening geen belang meer toe. Partijen zijn het er ook over eens dat de aanwezigheid en de hoogte van de 'overcharge' in de schadestaatprocedure moeten worden bepaald. Partijen verschillen van mening over de vraag of en zo ja, op welke wijze met de doorberekening van een eventuele 'overcharge' door TenneT c.s., indien en voor zover van doorberekening sprake is dan wel zal zijn, in verband met een eventueel schadevergoedingsrecht van TenneT c.s. rekening moet worden gehouden. Het is deze vraag die ABB c.s. met hun vierde grief aan het hof voorleggen.

3.25 Ofschoon het in deze zaak naar de kern gaat om schending van EU-kartelrecht (artikel 101 VwEU) en daarmee om de effectuering van aanspraken – in dit geval met behulp van artikel 6:162 BW – die aan het gemeenschapsrecht worden ontleend, moet de vaststelling van schadevergoeding, bij gebreke (nog) van (specifieke) bepalingen van Unierecht, geschieden volgens de criteria die daarvoor in het nationale recht zijn gesteld. Voorwaarde daarbij is dat die criteria niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige vorderingen overeenkomstig het nationale recht gelden (het zogenoemde gelijkwaardigheidsbeginsel), terwijl deze de vergoeding van de desbetreffende schade in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (het zogenoemde doeltreffendheidsbeginsel) (Hof van Justitie 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan), rechtsoverweging 29). Daarbij zullen eventueel relevante (algemene) regels van Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie uiteraard in acht moeten worden genomen.

3.26 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zou aan de volle werking van artikel 85 EG-Verdrag (later artikel 81 EG en thans artikel 101 VwEU), in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 van dat artikel neergelegde verbod, worden afgedaan, indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen (Hof van Justitie 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan), rechtsoverweging 26 en 13 juli 2006, zaak C-295/04 (Manfredi/Lloyd Adriatico), rechtsoverwegingen 60 en 92).

Het Hof van Justitie benadrukt in de vermelde arresten, dat juist het feit dat elke persoon vergoeding van de geleden schade kan vorderen de mededingingsregels van de Unie gemakkelijk toepasbaar maakt, waardoor – vaak verborgen – kartelinbreuken minder aantrekkelijk worden (zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 5 juni 2014, zaak C-557/12 (Kone e.a./ÖBB), rechtsoverweging 23).

Uit het doeltreffendheidsbeginsel en het recht van particulieren om vergoeding te vorderen van de schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, volgt voorts dat de personen die schade hebben geleden niet alleen vergoeding moeten kunnen vorderen van de reële schade (damnum emergens) maar ook van gederfde winst (lucrum cessans), alsmede van rente (Manfredi/Lloyd Adriatico, rechtsoverweging 100).

Daarnaast heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (Courage/Crehan, rechtsoverweging 30 en Manfredi/Lloyd Adriatico,

rechtsoverweging 94).

Ten slotte is hier van belang dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie bij berekening van schade als gevolg van schending van communautaire regels rekening moet worden gehouden met een eventuele verdiscontering van de schade in de verkoopprijzen van de klagende onderneming (zie in dit verband bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van 4 oktober 1979, zaak C-238/78 (Ireks-Arkady/Raad en Commissie), rechtsoverweging 14 en de gevoegde zaken C-241/78, C-242/78 en C-245/78-250/78 (DGV/Raad en Commissie), rechtsoverweging 15).

3.27 Het hof voegt aan het voorgaande toe, dat recent (in april 2014) tussen de EU-lidstaten en de Europese instellingen (Commissie en Europees Parlement) overeenstemming is bereikt over – de amendementen van het Parlement op – het voorstel van de Commissie voor een ‘Richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en de Europese Unie’ (hierna: de ontwerp-richtlijn). Tegelijk met haar (oorspronkelijke) voorstel voor bedoelde richtlijn heeft de Commissie onder meer een ‘Mededeling betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’ gepubliceerd (PbEU C 167/19) met een (informatieve) zogenoemde Praktische Gids betreffende de begroting van bedoelde schade. Ofschoon nog sprake is van een ontwerp-richtlijn die bovendien blijkens artikel 22 van de in april 2014 vastgestelde tekst van de ontwerp-richtlijn niet van toepassing zal zijn op lopende gerechtelijke procedures, geven deze documenten reeds de visie weer op (bestuurlijk en wetgevend) EU-niveau aangaande de begroting van schade in gevallen als het onderhavige, erop neerkomende dat het doorberekeningsverweer wordt aanvaard en de bewijslast van de doorberekening van de prijsverhoging op de verweerder wordt gelegd (vgl. artikel 13 van de ontwerp-richtlijn).

3.28 Bij de hiervoor onder 3.26 onderscheidenlijk 3.27 bedoelde rechtspraak van het Hof van Justitie en (te verwachten) EU-regelgeving past het om TenneT c.s. als benadeelden van de kartelinbreuk, volgens de regels van het nationale recht, zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin zij zouden hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis was uitgebleven. Dit brengt mee dat de omvang van de schade dient te worden 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 (zo bijvoorbeeld Hoge Raad 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830).

3.29 TenneT c.s. hebben in navolging van het eindvonnis bepleit dat voor de schadeberekening maatgevend is hoeveel TenneT c.s. bij de aankoop van de GGS-installatie in 1993 te veel hebben betaald. Zij hebben het economisch adviesbureau Lexonomics gevraagd bedoelde prijsopslag voor hen te berekenen. Lexonomics heeft daartoe, naar blijkt uit het door TenneT c.s. in eerste aanleg als productie 35 overgelegde rapport (paragraaf 4), gebruik gemaakt van de zogenoemde ‘during and after methode’, waarbij prijzen tijdens en na het kartel worden vergeleken. TenneT c.s. voeren aan dat voor de begroting van de schade het moment van aankoop van de GGS-installatie bepalend is. Datgene wat hen in 1993 bij aankoop te veel is berekend door ABB B.V. vormt hun schade. Als die hogere betaling voor GGS ertoe heeft geleid dat de door TenneT c.s. voor hun diensten aan afnemers gevraagde vergoeding hoger is geweest, dient de vraag of daarmee bij de – uiteindelijke – bepaling van de hoogte van hun schade rekening moet worden gehouden in verband met de aan TenneT c.s. te betalen vergoeding, aldus nog steeds TenneT c.s., hooguit op basis van artikel 6:100 BW (voordeelverrekening) te worden onderzocht.

ABB c.s. hebben daartegenover aangevoerd dat het doorberekenningsverweer bij de schadeberekening door vermogensvergelijking aan de orde dient te komen. In verband met de daadwerkelijke doorberekening van een eventuele prijsopslag beroepen zij zich op het hiervoor genoemde rapport van Lexonomics, waarin die doorberekening (in bijlage 3, samengevat weergegeven in paragraaf 4 van de hoofdtekst) voorshands op 52 – 56 % is berekend.

3.30 De cijfermatige berekening van een eventuele prijsopslag en de mate van doorberekening daarvan worden door het hof op uitdrukkelijk verzoek van beide partijen in dit hoger beroep in het midden gelaten, zodat deze ten volle in de schadestaatprocedure aan de orde zullen kunnen komen. Met betrekking tot de in dit hoger beroep wel voorliggende vraag op welke wijze het doorberekenningsverweer in gevallen als het onderhavige moet worden toegepast, oordeelt het hof als volgt.

3.31 Uitgangspunt is dat de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, in beginsel dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Als zodanig komt het moment van aankoop van de GGS-installatie althans het moment waarop de desbetreffende uitgaven door Tennet c.s. werden gedaan, als eerste in aanmerking. Dit betekent echter niet dat gebeurtenissen van later datum bij de vermogensvergelijking in alle gevallen buiten beschouwing moeten blijven. De omstandigheden van het geval kunnen aanleiding vormen bedoelde gebeurtenissen daarbij wel degelijk te betrekken (Hoge Raad 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830). Dit door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt sluit aan bij de door het Hof van Justitie geformuleerde uitgangspunten die gelden bij bepaling van schade als gevolg van schending van communautaire regels (zie hiervoor onder 3.26, laatste alinea).

3.32 Naar het oordeel van het hof wordt de aanspraak van TenneT c.s. tegen die achtergrond in redelijkheid gevormd door de in de schadestaatprocedure vast te stellen prijsopslag (het prijsverschil tussen hetgeen daadwerkelijk is betaald en hetgeen zonder de kartelinbreuk zou zijn betaald) minus het deel van die schade dat TenneT c.s. (eventueel) aan hun afnemers hebben doorberekend, een en ander voor zover daarvan in de schadestaatprocedure sprake zal blijken te zijn geweest, naast eventueel gedeelde winst en rente. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat in geval van doorberekening van schade in feite sprake is van verlegging daarvan naar degenen aan wie deze doorberekening plaatsvindt (de afnemers). Zoals uit hetgeen hiervoor is overwogen blijkt, heeft eenieder het recht voor de nationale rechter vergoeding te vorderen van de schade die hem door de kartelinbreuk is berokkend. Dit geldt dus ook voor de afnemers van TenneT c.s., indien en voor zover zij als gevolg van de kartelinbreuk schade mochten hebben geleden. Bedoelde afnemers – naar ABB c.s. onbestreden hebben aangevoerd gaat het hier om distributiebedrijven – hebben ABB c.s. hun aanspraak door stuiting van de verjaring daarvan bij brief van mrs. De Pree en Beenders d.d. 20 januari 2012 (productie 41 van ABB c.s.) ook reeds bevestigd. Weliswaar beseft het hof dat niet bij voorbaat is uit te sluiten, dat aan ABB c.s. op deze wijze niet – direct – wordt ontnomen wat zij als gevolg van de kartelinbreuk in 1993 te veel hebben ontvangen, maar dat staat bij schadevergoeding ook niet voorop. Bij schadevergoeding gaat het erom de benadeelde – in dit geval TenneT c.s. – te compenseren voor het nadeel dat hij door de onrechtmatige gedragingen van degene die de schade heeft toegebracht – in dit geval ABB c.s. – heeft geleden. Indien en voor zover van doorberekening door TenneT c.s. van de prijsopslag in de schadestaatprocedure sprake zal blijken te zijn geweest, is van schade van TenneT c.s. in zoverre geen sprake meer en is zij door verhoging van haar prijzen in plaats van door toekenning van schadevergoeding schadeloos gesteld.

Het hof merkt in dit verband – mogelijk ten overvloede – op, dat TenneT c.s. ten opzichte van ABB c.s. rechtens niet gehouden zijn tot (verdere) doorberekening van de prijsopslag, bijvoorbeeld op grond van een voor hen bestaande schadebeperkingsplicht. Een beroep op een dergelijke verplichting zal ABB c.s. in dit geval naar redelijkheid niet toekomen.

3.33 Door toepassing van het doorberekeningsverweer op deze wijze wordt niet alleen voorkomen dat aan TenneT c.s. een vergoeding wordt toegekend voor schade die zij reeds hebben verlegd, en waarvan zij in hun vermogen derhalve in zoverre geen nadeel meer ondervinden, maar daarmee wordt ook tegengegaan dat ABB c.s. meermaals tot vergoeding van dezelfde schade (kunnen) worden aangesproken althans veroordeeld.

Het hof acht deze wijze van toepassing van het doorberekeningsverweer in gevallen als het onderhavige in overeenstemming met de hiervoor onder 3.26 bedoelde rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij stemt bovendien overeen met de visie op (bestuurlijk en wetgevend) EU-niveau aangaande de begroting van schade in gevallen als het onderhavige, zoals deze blijkt uit de hiervoor onder 3.27 bedoelde documenten.

Nu partijen ten aanzien van de bewijslastverdeling nog geen voldoende debat hebben gevoerd, zal het hof zich niet uitlaten over de vraag hoe deze luidt ten aanzien van het doorberekeningsverweer. Het hof merkt daarbij met het oog op de schadestaatprocedure nog wel op, dat de nationale bewijsregels het volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken om het door het gemeenschapsrecht geëiste rechtsherstel te bekomen (zo bijvoorbeeld Hof van Justitie 24 maart 1988, zaak 104/86 (Commissie/Italië), rechtsoverweging 7). Het hof vraagt daarom de aandacht van de schadestaatrechter voor de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de verdeling van de bewijslast in een zaak als de onderhavige en voor de wijze waarop daaraan in de ontwerp-richtlijn thans in artikel 13 is vorm gegeven.

3.34 Het voorgaande leidt ertoe dat grief 4 slaagt en dat aan de vraag of en zo ja, in hoeverre in dit geval aan de voorwaarden voor voordeelverrekening (artikel 6:100 BW) is voldaan, niet wordt toegekomen.

#### **4. Slotsom**

4.1 De grieven 1 tot en met 3 falen, terwijl grief 4 slaagt. Ofschoon grief 4 terecht is voorgesteld kan dit niettemin niet leiden tot vernietiging van het daarmee bestreden eindvonnis, nu ABB c.s. zich niet tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure hebben verzet, zodat dit, evenals het bevoegdheidsvonnis, zal worden bekrachtigd.

4.2 Nu de grieven 1 tot en met 3 falen en grief 4 slaagt, ziet het hof aanleiding de kosten van het hoger beroep tussen partijen te compenseren. Weliswaar leidt het voorgaande ertoe dat het bevoegdheidsvonnis en het eindvonnis zullen worden bekrachtigd, maar over de vraag op welke wijze het doorberekeningsverweer in gevallen als het onderhavige moet worden toegepast, is in dit arrest ingevolge het hoger beroep van ABB c.s. overeenkomstig grief 4 anders dan door de rechtbank (in de rechtsoverwegingen 4.26 tot en met 4.32) beslist, in het voordeel van ABB c.s.

## 5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Arnhem van 26 oktober 2011 en het vonnis van de rechtbank Oost-Nederland, zittingsplaats Arnhem, van 16 januari 2013, onder aanvulling onderscheidenlijk verbetering van gronden;

compenseert de kosten van het hoger beroep aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af;

verstaat dat de griffier, nadat de uitspraak aan partijen zal zijn toegezonden, een afschrift van deze uitspraak toezendt aan de Commissie (vgl. artikel 15 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003).

Dit arrest is gewezen door mrs. L.F. Wiggers-Rust, A.W. Steeg en S.M. Evers en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 2 september 2014.



Voor kopie conform  
De griffier van het Gerechtshof  
Arnhem-Leeuwarden