

Kartelschade in Nederland, een eerste aanzet

Mr. B. Braat*

De uitspraak in eerste aanleg in de zaak *TenneT/ABB* geeft er een beeld van hoe in Nederland in rechte met kartelclaims wordt omgegaan. De Rechtbank Oost-Nederland komt tot interessante conclusies over de aansprakelijkheid van entiteiten behorend tot het concern van een kartelovertreder en de mogelijkheid van een zogenoemd *passing-on* verweer. De uitspraak lijkt voor kartelovertreeders niet gunstig.

Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBO NE:2013:BZ0403

ook op het gebied van het civiele recht aan te passen.⁵ De wetgever in het Verenigd Koninkrijk is daar momenteel ook mee bezig.⁶ In Nederland is de wetgever minder actief, maar begint een stroom aan jurisprudentie op gang te komen.⁷ De contouren van civielrechtelijke acties tegen mededingingsrechtelijke inbreuken worden meer en meer zichtbaar. De onderhavige uitspraak levert in dat verband een belangrijke bijdrage.⁸

Samenvatting casus

Bij beschikking van 24 januari 2007 heeft de Commissie vastgesteld dat een aantal ondernemingen, waaronder ABB Ltd., inbreuk heeft gemaakt op het kartelverbod in de sector van gasgeïsoleerd schakelmateriaal (GGS). GGS wordt gebruikt om de energiestroom in elektriciteitsnetwerken te controleren. Het is elektrisch materieel dat onderdeel vormt van elektriciteitsstations.

318

Inleiding

Met de uitspraken *Courage/Crehan*¹ en *Manfredi*² van het Hof van Justitie is een toenemende interesse ontstaan voor de civiele handhaving van het mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft met publicaties en onderzoeken bijgedragen aan het besef dat via het civiele recht schade als gevolg van mededingingsrechtelijke overtredingen daadwerkelijk kan worden verhaald.³ In Duitsland heeft de wetgever, mede naar aanleiding van Verordening 2003/1/EG,⁴ de genoemde uitspraken van het Hof van Justitie en de ontwikkelingen bij de Commissie, aanleiding gezien het Duitse mededingingsrecht

5. Vgl. W. Wurmnest, 'A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modern Law against Restraints of Competition', *German Law Journal*, vol. 06, nr. 08, p. 1180; M. Dietrich, W. Gruber en M. Hartmann-Rüppel, 'Germany', in: *The Private Competition Enforcement Review*, London: Law Business Research Ltd. 2009, p. 74; U. Müller, *Private Antitrust Damages Actions in the US, Germany, and at the European Community Level. Americanisation or Europeanisation of Antitrust Laws and Their Extraterritorial Enforcement Under Recent Reform Initiatives* (diss. Humboldt-Universität Berlin), Hamburg: Verlag Dr. Kovac 2010, p. 131.
6. Zie bijvoorbeeld het document Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options to Reform <www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation>.
7. Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0258 (*Benschop/BP Nederland*), Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting ECC/Kone c.s.*), Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870 (*CDC/Shell c.s.*).
8. Zie ook andere schrijvers: A. Rosielle en M. Kuijper, 'TenneT/ABB – een richtinggevende uitspraak in Nederlandse follow-on procedures?', *MP* 2013, nr. 5, p. 172-177; R.W.E. Leuken, 'De (on)toelaatbaarheid van het passing-on verweer: TenneT c.s./ABB c.s.', *M&M* 2013/4, p. 131-134; S. Tuinenga en J.S. Kortmann, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012', *M&M* 2013/2, p. 61-63; B.J. Drijber, 'Nederlandse rechter geeft voor het eerst inhoudelijk oordeel over een kartelschadeclaim', *Ondernemingsrecht* 2013, 55; B.M. Katan, 'Toerekening wetenschap (indirect) enig aandeelhouder aan vennootschap, (...)' *JOR* 2013/129.

* Mr. B. (Bram) Braat is advocaat bij CMS en promovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen (onderwerp: civiele handhaving van het mededingingsrecht en het clementiebeleid).

1. HvJ EU 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, *Jur.* 2001, p. I-06297.

2. HvJ EU 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Manfredi e.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.*, *Jur.* 2006, p. I-06619.

3. Zie <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>.

4. Verordening 2003/1/EG (*Pb. EG* 2003, L 1/1).

De wereldwijde kartelafspraken zijn volgens de beschikking gemaakt in de periode 1988-2004. De betrokken ondernemingen verdeelden onderling de markt en bepaalden gezamenlijk de prijzen. ABB Ltd. heeft de Commissie geattendeerd op het bestaan van het kartel en succesvol een clementieverzoek ingediend. De Commissie heeft ABB Ltd. immuniteit verleend.⁹

De rechtsvoorgangers van TenneT TSO B.V. en Saranne B.V. (hierna gezamenlijk TenneT) hebben in 1992 na een aanbestedingsprocedure twee GGS-installaties voor de Eemshaven gekocht bij (de rechtsvoorganger van) ABB B.V. voor een bedrag van circa 40 miljoen euro. De laatste onderneming is indirect een 100 procent-dochteronderneming van ABB Ltd.

TenneT stelt in de onderhavige civiele procedure dat zij benadeeld is door de kartelafspraken die voorwerp zijn van de beschikking van de Commissie. TenneT betoogt dat zij als gevolg van het betreffende kartel te veel heeft betaald voor de GGS-installaties en stelt ABB B.V., ABB Holdings B.V.¹⁰ en ABB Ltd. (hierna gezamenlijk ABB) daarvoor aansprakelijk. De gelaedeerde begroot de schade op circa 30 miljoen euro en vordert hoofdelijke veroordeling van de drie gedaagde entiteiten tot vergoeding van de schade. Die schade is in een later stadium op te maken bij staat. TenneT baseert haar vordering primair op de onrechtmatige daad.

De rechtbank oordeelt of ABB aansprakelijk is en of de zaak kan worden verwezen naar de schadestaatprocedure. De belangrijkste punten van de beslissing worden hieronder uitgelicht.

Had de inbreuk ook betrekking op de aanbesteding van TenneT in Nederland?

De rechtbank overweegt dat in de beschikking van de Commissie niet expliciet is vermeld dat het onderzoek ook betrekking had op aanbestedingen in Nederland. Uit de beschikking valt echter af te leiden dat de kartel-overtreders in het bijzonder opereerden binnen de Europese Economische Ruimte (EER). De rechtbank gaat er daarom van uit dat het kartel ook bij de onderhavige aanbesteding van TenneT een rol heeft gespeeld. De uitvraag voor de twee GGS-installaties had een aanzienlijke geldelijke omvang en enkel internationale ondernemingen dongen mee naar de opdracht. Onder dergelijke omstandigheden is het volgens de rechtbank aan gedaagden om feiten en omstandigheden te stellen die duidelijk maken dat de alomvattende en voor de gehele EER geldende kartelafspraken niet golden voor dit specifieke project in Nederland. De aangedragen indicaties moeten begrijpelijk en realistisch zijn. Volgens de rechtbank hebben gedaagden aan deze verzwaarde stelplicht niet voldaan.

Kan iedere tot ABB behorende en gedaagde vennootschap worden aangesproken?

De rechtbank overweegt dat de verboden kartelafspraken van ABB Ltd. en de implementatie daarvan op de Nederlandse markt als een onrechtmatige daad kwalificeren. Voor de vraag welke entiteiten binnen ABB aansprakelijk kunnen worden gehouden, is beslissend aan welke entiteiten de onrechtmatige daad kan worden toegerekend.

De rechtbank stelt voorop niet te mogen afwijken van de onherroepelijke beschikking van de Commissie welke aan ABB Ltd. is gericht en waarin met zoveel woorden is vermeld dat ABB Ltd. deelnam aan het kartel. In de onderhavige civiele procedure dient de onrechtmatigheid aan ABB Ltd. te worden toegerekend.

De rechtbank oordeelt verder dat ABB Ltd. aan de Nederlandse dochtervennootschap ABB B.V. de essentialia van de aanbieding aan TenneT dicteerde. De betreffende dochtervennootschap, die deelnam aan de aanbestedingsprocedure en de machines daadwerkelijk heeft verkocht, hanteerde een prijs die door de ABB Ltd. was bepaald. De dochtervennootschap heeft zich volgens de rechtbank als instrument laten gebruiken en de verboden kartelafspraken feitelijk uitgevoerd.

De rechtbank overweegt dat bij de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid beslissend is of de dochtervennootschap een voldoende ernstig zelfstandig verwijt kan worden gemaakt. Daarvan is sprake indien de dochtervennootschap geacht moet worden zich bewust te zijn geweest of bewust had moeten zijn van de onrechtmatigheid van het gezamenlijk handelen. Voldoende daarvoor is dat de bekendheid van de kartelgedraging aanwezig was bij 'hogere personen of organen wier wetenschap aan de dochtervennootschap kan worden toegerekend'. De indirecte 100 procent-aandeelhouder ABB Ltd. had als aandeelhouder, als hoogste orgaan van de dochtervennootschap, wetenschap van het kartel en daarmee bestond ook bij de dochtervennootschap de bekendheid met de kartelafspraken, aldus de rechtbank. Daar komt bij dat gedaagden onvoldoende gemotiveerd hebben betwist dat de wetenschap van de kartelgedraging aanwezig kon worden geacht bij het formele statutair bestuur van de dochtervennootschap. ABB heeft zich op dit punt in een te laat stadium van de procedure verweerd en in dit kader geen duidelijkheid verschaft over de vraag wie in de relevante periode de statutaire bestuurder was. De rechtbank had verzocht om informatie van ex-bestuurders. Die informatie is door ABB echter niet geleverd. Ook is door ABB aan een ex-bestuurder van de dochtervennootschap niet gevraagd of hij weet had van het kartel. Ter comparitie is zelfs niemand verschenen die iets over de zaak kon vertellen, ondanks een uitdrukkelijk verzoek van de rechtbank daartoe.

De dochtervennootschap ABB B.V. treft volgens de rechtbank voldoende verwijt om de onrechtmatigheid ook aan haar te kunnen toerekenen. De rechtbank houdt zowel ABB Ltd. als ABB B.V. daarom in beginsel aansprakelijk voor de schade. Het betreft een hoofdelijke

9. Beschikking van de Europese Commissie van 24 januari 2007, C(2006)6762 final, par. 526-528.

10. Een financiële houdstermaatschappij, 100 procent-aandeelhouder van ABB B.V., volledig in handen van ABB Ltd. De rol van deze vennootschap is voor de bespreking van deze zaak minder relevant en zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

aansprakelijkheid op grond van artikel 6:166 BW en/of artikel 6:102 lid 1 BW.

Zijn de vorderingen van TenneT verjaard?

ABB verweert zich met een beroep op verjaring. De vermeende inbreuk is al in 2004 bekendgemaakt door de Commissie en door ABB zelf. Bovendien stond onder andere een artikel over het kartelonderzoek door de Commissie in het *Financieele Dagblad* van 15 juni 2004. TenneT heeft ABB meer dan vijf jaar later, op 24 juni 2010, aansprakelijk gesteld.

De rechtbank oordeelt dat het aan ABB is om te bewijzen dat TenneT daadwerkelijk meer dan vijf jaar eerder kennis heeft genomen van de berichtgeving en dat de publicaties in kranten en op websites op zichzelf de verjaringstermijn niet hebben doen aanvangen. Het betrof enkel informatie over de aankondiging van een onderzoek en dat maakt nog niet dat TenneT had moeten onderkennen benadeelde van het kartel te zijn geweest en daardoor schade te hebben geleden. Aan TenneT kan niet worden tegengeworpen dat zij al bij de aankondiging van het onderzoek grondig onderzoek had moeten doen naar de inbreuk en de schade.

Is er schade aan de zijde van Tennet en hoe kan deze worden vastgesteld?

De rechtbank stelt voorop dat naast het vaststellen van aansprakelijkheid voor een schadestaatprocedure aannemelijk moet worden gemaakt dat schade is geleden. In dit kader overweegt zij dat de aard en strekking van de kartelafspraken is dat meer wordt betaald dan in vrije concurrentie zou zijn betaald. De prijsverhoging komt daarbij ten laste van de afnemer. Volgens de rechtbank is aannemelijk dat TenneT schade heeft geleden. Daar komt bij dat TenneT met een deskundigenrapport inzichtelijk heeft gemaakt dat daadwerkelijk schade is geleden en hoeveel die schade bedraagt.

Over de begroting van de schade merkt de rechtbank op dat de schade in beginsel zal moeten worden geschat omdat de invloed van de kartelafspraken op de overeenkomst niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Daarbij geeft de rechtbank aan dat een vergelijking van de kartelprijs met de prijzen die tijdens en na de inbreuk golden, op het eerste gezicht een goede methode is voor het schatten van het te veel betaalde.

Ten aanzien van het zogenoemde *passing-on* verweer, dat erop neerkomt dat er geen of minder schade is geleden omdat de te hoge prijs door de afnemer is afgewenteld op de eigen afnemers, merkt de rechtbank eerst op dat de schade in ieder geval niet volledig is verhaald op de indirecte afnemers. De kosten van de installatie zijn namelijk pas gedeeltelijk als kosten geboekt omdat de installaties nog niet geheel zijn afgeschreven. De rechtbank voegt daaraan toe dat kosten die TenneT doorberekent, zijn genormeerd.

De rechtbank oordeelt verder dat voor het bepalen van de schade enkel maatgevend is hetgeen TenneT destijds te veel heeft betaald. Voor het op basis van artikel 6:100 BW verrekenen van het voordeel dat TenneT zelf met

eventueel hogere prijzen heeft behaald, acht de rechtbank geen plaats.

De rechtbank merkt op dat voor voordeelverrekening vereist is dat het voordeel in voldoende causaal verband het gevolg moet zijn van dezelfde gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt én bovendien redelijk moet zijn dat het voordeel wordt afgetrokken van de te betalen schadevergoeding. Zonder op de eerste voorwaarde in te gaan, werpt de rechtbank in het licht van de laatste voorwaarde de vraag op of het redelijk zou zijn als het eventuele voordeel van TenneT in mindering wordt gebracht op de te vorderen schade. De rechtbank beslist dat het niet redelijk is het voordeel te verrekenen omdat het voordeel niet is behaald ten koste van ABB maar van de afnemers van TenneT. Die afnemers hebben schade geleden die indirect is veroorzaakt door ABB Ltd. en ABB B.V. Bovendien geldt dat indien de volledige schade nu door ABB Ltd. en/of ABB B.V. wordt vergoed aan TenneT, er enerzijds geen sprake is van verrijking van de gedaagden, anderzijds zijn in dat geval de afnemers van TenneT niet verarmd indien laatstgenoemde de schadevergoeding aan hen ten goede laat komen door een vermindering van de toekomstige energieprijzen.

De rechtbank oordeelt dat voldoende aannemelijk is dat schade is geleden, zodat de veroordeling tot vergoeding van die schade, op te maken bij staat, wordt toegewezen.

Commentaar

Op grond van de figuur van de onrechtmatige daad is voor de aansprakelijkheid noodzakelijk dat aan een vijftal eisen wordt voldaan. Er moet sprake zijn van (1) een onrechtmatige gedraging, (2) toerekenbaarheid van de daad aan de dader, (3) schade en (4) een causaal verband tussen daad en schade (art. 6:162 BW). Bovendien moet voldaan zijn aan (5) het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW).

In het hierna volgende zal op deze vereisten worden ingegaan. Daarbij wordt het *passing-on* verweer besproken en de beslissing om de voordeelverrekening niet toe te staan. Soms wordt een vergelijking met het Duitse recht gemaakt. Het Duitse civiele recht verschilt niet erg van het Nederlandse, terwijl in Duitsland op dit rechtsgebied reeds meerdere rechtsvragen zijn beantwoord. Vervolgens zal nog kort worden ingegaan op de verjaring, het clementiebeleid en enkele recente ontwikkelingen.

Onrechtmatigheid

In beginsel is het aan de eisende partij om haar stellingen te bewijzen. Het Nederlandse procesrecht biedt echter ruimte voor een andere verdeling van de bewijslast met een verzwaarde of aanvullende stel- en motiveeringsplicht voor de gedaagde om daarmee het – zoals Asser het uitdrukt – processuele evenwicht tussen partijen te herstellen.¹¹

11. G.R. Rutgers, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, commentaar op art. 150 Rv (opm. 10).

Uit een recente beschikking van het Gerecht kan worden afgeleid dat de beschikking van de Commissie voor klagende partijen een belangrijke ondersteuning kan zijn bij de opvolgende civiele procedure.¹² In het licht van de verplichting tot loyale samenwerking mag worden aangenomen dat een dergelijke beschikking in voorkomend geval tot de bedoelde verzwaarde of aanvullende stel- en motiveringsplicht voor gedaagde partijen leidt. Als daaraan dan niet wordt voldaan, staat hetgeen te bewijzen is als niet of niet voldoende betwist vast op grond van artikel 149 Rv.¹³

Uit het onderhavige vonnis blijkt niet dat TenneT heeft bewezen dat de gedaagden bij deze specifieke aanbesteding het kartelverbod hebben overtreden. De rechtbank oordeelt echter dat waarschijnlijk is dat het wereldwijd vastgestelde kartel ook invloed heeft op de aanbestede opdracht in Nederland. Het kartel functioneerde (met name) in de EER en daarmee acht de rechtbank, zeker gezien de omvang van de opdracht en de deelnemers aan de aanbesteding, aannemelijk dat het kartel ook zag op de betreffende aanbesteding. Dat de rechtbank tegen deze achtergrond van gedaagden verlangt aannemelijk te maken dat bij de specifieke aanbestedingsprocedure geen mededingingsrechtelijke inbreuk bestond, is niet alleen praktisch gezien de moeilijke bewijspositie van de eisende partijen. Het is ook te billijken op grond van de bekende feiten en omstandigheden.

De inbreuk is niet voldoende betwist en dus kan worden aangenomen dat is gehandeld in strijd met het kartelverbod (de wettelijke plicht). Daarmee is naar mijn oordeel aan het vereiste van de onrechtmatige gedraging voldaan.

Toerekening onrechtmatigheid

De genoemde verplichting tot loyale samenwerking brengt mee dat nationale rechters geen beslissingen nemen die indruisen tegen beschikkingen van de Commissie.¹⁴ Een nationale rechter is daarmee gehouden beschikkingen van de Commissie te volgen. Tegelijkertijd zal de nationale rechter civiele procedures naar nationaal recht dienen te beslissen, zolang er geen Europese regels bestaan.

De rechtbank stelt dat zij moet aannemen dat ABB Ltd. deelnam aan het kartel nu dit in de onherroepelijke beschikking van de Commissie (publiekrechtelijk) is vastgesteld. Blijkbaar gaat de rechtbank ervan uit dat waar de mededingingsrechtelijke inbreuk publiekrechtelijk is vastgesteld, daarmee op basis van het Nederlandse civiele recht het toerekenen van de onrechtmatige gedraging aan deze vennootschap als vaststaand moet worden aangenomen. Zo is het echter niet.

De mededingingsrechtelijke toerekening gaat verder dan de Nederlandse toerekeningsleer voor civiele aansprakelijkheid. In het mededingingsrecht wordt gekeken naar de inbreuk van de onderneming; de economische entiteit. Een inbreuk op de mededingingsregels wordt in beginsel ook toegerekend aan de rechtspersoon die de aan het kartel deelnemende onderneming leidt.¹⁵ Een vennootschap die 100 procent van de aandelen houdt in de vennootschap die de mededingingsregels overtreedt, wordt vermoed beslissende invloed te hebben uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochter.¹⁶ Dit vermoeden van beslissende invloed is binnen het mededingingsrecht moeilijk te weerleggen.¹⁷ Dit gegeven stelt de Commissie in staat om moedervervennootschappen van kartelinbreukmakers eenvoudig aansprakelijk te stellen en te beboeten.

In een nationale civiele context geldt daarentegen het volgende. Een aandeelhouder is op basis van artikel 2:175 BW in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de dochtervennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort bij te dragen in de verliezen van de vennootschap. De toerekening van een kartelovertrekking van de ene vennootschap binnen een concern aan een andere vennootschap is civielrechtelijk in bepaalde gevallen mogelijk maar kan niet gelijk worden gesteld aan de toerekening in het (publieke) mededingingsrecht. Kortmann merkt terecht op dat het een revolutie op het gebied van de aansprakelijkheid zou betekenen indien de moeder op basis van de mededingingsrechtelijke toerekeningsleer aansprakelijk gesteld zou kunnen worden voor het handelen van een verwante vennootschap enkel omdat de vennootschappen tot dezelfde economische eenheid behoren.¹⁸ Er bestaat daarom alle aanleiding om, indien en voor zover aan een moedervervennootschap een boete is opgelegd door een mededingingsautoriteit, te toetsen of de onrechtmatige gedraging civielrechtelijk daadwerkelijk aan de moedervervennootschap kan worden toegerekend.

In de onderhavige situatie kan de toerekeningsvraag deels eenvoudig worden beantwoord nu ABB Ltd., althans de vennootschap waarmee ABB Ltd. kon worden vereenzelvigd, zelf betrokken was bij de kartelafspraken.¹⁹ Omdat ABB Ltd. zelf karteldeelneemer was, kan de onrechtmatige gedraging haar civielrechtelijk worden toegerekend. Op die beslissing van de rechtbank valt dan ook weinig aan te merken.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de (indirecte) dochtervennootschap (ABB B.V.) noemt de rechtbank twee voorwaarden voor het (mede) aansprakelijk zijn voor de schade: (1) kennis van de kartelinbreuk en (2)

12. GvEA 13 september 2013, zaak T-380/08, *Nederland /Commissie*, n.n.g., punt 55.

13. G.R. Rutgers, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, commentaar op art. 150 Rv (opm. 10).

14. Zoals verwoord in het arrest HvJ EU 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods/HB Ice cream*, *Jur.* 2000, p. I-11369 en art. 16 Verordening 2003/1/EG betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag van 16 december 2002.

15. Zie ook B.J. Drijber, 'Toerekening aan moedermaatschappij van mededingingsinbreuk dochter', *Ondernemingsrecht* 2012, 7.

16. Katan 2013.

17. Katan 2013.

18. S.C.J.J. Kortmann, 'Toerekening van externe (rechts)handelingen aan de rechtspersoon', in: G. van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut), Deventer: Kluwer 2013, p. 75. Zie ook Drijber 2012.

19. Beschikking van de Europese Commissie van 24 januari 2007, C(2006)6762 final, par. 10-5, 341, 526-528.

meewerken aan de inbreuk. De rechtbank rekent de kennis over het kartel van de indirecte 100 procent-aandeelhouder (ABB Ltd.) toe aan de dochtervennootschap. Ook al stelt de rechtbank dat zij enkel wenst te kijken naar de zelfstandige verwijten aan het adres van de dochtervennootschap, toch lijkt zij de rol van ABB Ltd. als indirecte (100 procent-)aandeelhouder hierbij te betrekken.

De rechtbank lijkt aansluiting te zoeken bij het *Rainbow*-arrest van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat de verplichting tot schadevergoeding niet alleen rust op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap (de aandeelhouder) de betrokken rechtspersoon tot medewerking aan het onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersoon zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van hemzelf.²⁰ Tjittes merkt op dat kennis van personen die een vennootschap volledig (kunnen) beheersen, zoals een grootaandeelhouder, gelet op de veronderstelde mogelijkheid van invloed op de organisatie, eveneens naar verkeersopvattingen aan de organisatie dient te worden toegerekend.²¹ Lennarts maakt daarbij de nuance dat de daadwerkelijke rol van de aandeelhouder van belang is. Volgens haar dient de vraag te worden beantwoord of de grootaandeelhouder daadwerkelijk als quasibestuurder heeft geacteerd.²²

Gesteld kan worden dat ABB Ltd. heeft gehandeld als quasibestuurder van de dochtervennootschap, nu ABB Ltd. de essentialia van de offerte van ABB B.V., waaronder de prijs, heeft bepaald. Het is dan ook verdedigbaar dat de onrechtmatige gedraging via ABB Ltd. aan de dochtervennootschap wordt toegerekend.²³

Schade

De rechtbank merkt op dat de eisende partij aannemelijk moet maken dat zij schade heeft geleden om te kunnen worden toegelaten tot de schadestaatprocedure. De rechtbank acht aannemelijk dat een kartel zal leiden tot hogere prijzen. In het onderhavige geval heeft TenneT bovendien met een deskundigenrapport voldoende inzichtelijk gemaakt dat daadwerkelijk schade is geleden. ABB heeft daarbij niet weten aan te tonen dat TenneT geen schade heeft geleden. Ook al had de rechtbank het bij deze constatering kunnen laten, toch is zij al ingegaan op de hoogte van de te vergoeden schade. Daarbij sluit zij het *passing-on* verweer al op voorhand uit.

• Hoogte van de te vergoeden schade

In het civiele recht wordt met schade bedoeld een vergoeding voor het feitelijk nadeel dat iemand heeft geleden.²⁴ De schadevergoeding strekt ertoe dat het nadeel volledig wordt vergoed.²⁵

Bij mededingingszaken is de schadeberekening vaak een van de meest complexe onderdelen van de geschilbeslechting. De actuele situatie zal moeten worden vergeleken met een situatie die zich in de praktijk niet heeft voorgedaan, dat wil zeggen met de situatie waarin geen mededingingsrechtelijke inbreuk zou hebben bestaan. Begrijpelijkwijze merkt de rechtbank op dat de invloed van kartelafspraken op de bij de overeenkomst overeengekomen prijs niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en dat de schade op passende wijze moet worden geschat.

Volgens de rechtbank is voor de begroting van de schade het moment van aankoop maatgevend. Dat lijkt mij geen onjuist uitgangspunt maar zegt niets over de uiteindelijke aanspraak van TenneT. Het daadwerkelijke nadeel voor TenneT is daarmee namelijk nog niet gegeven. Gezegd kan worden dat het moment van aankoop het *startpunt* is voor de begroting van de aanspraak. Ook andere nadelen, maar ook voordelen kunnen daarbij echter onderdeel gaan vormen van het uiteindelijk te compenseren nadeel.

• *Passing-on verweer en de voordeelverrekening*

De rechtbank toetst of een eventueel voordeel van TenneT van een hogere prijs voor haar afnemers op basis van het *passing-on* verweer via de voordeelverrekening moet worden verrekend, waarbij dan (1) voldoende causaal verband moet bestaan tussen het voordeel en de mededingingsrechtelijke inbreuk en (2) het redelijk moet zijn dat het voordeel op de schade in mindering wordt gebracht.

Zippro schrijft dat de voordeelverrekening bij een *passing-on* verweer geen uitkomst biedt omdat het voordeel van de opdrachtnemer (waarschijnlijk) niet dezelfde gebeurtenis betreft en het afwentelen van het voordeel bovendien niet redelijk is.²⁶ Eerder beschreef Bloembergen in meer algemene zin dat afwenteling van schade via het in rekening brengen van hogere prijzen niet kan, althans in ieder geval niet wenselijk is.²⁷ Volgens Bloembergen is het de directe afnemer die in eerste instantie schade lijdt. Daarbij merkt hij op dat indirecte afnemers niet snel schade zullen verhalen en dat indirect schadeverhaal bovendien de schadeafwikkeling nodeloos ingewikkeld maakt.

De rechtbank laat de discussie over de causaliteit voor de schadestaatprocedure, maar gaat op voorhand al wel in op de redelijkheid van de mindering op de schade. Daarbij lijkt zij hetzelfde standpunt in te nemen als Zippro. De deur voor het *passing-on* verweer en de voordeeltorekening wordt daarmee door de rechtbank in eerste aanleg gesloten.

De rechtbank redeneert dat het eventuele voordeel van TenneT niet ten koste van ABB wordt behaald maar (eventueel) ten koste van de indirecte afnemers en zegt daarmee feitelijk dat het niet onredelijk is dat ABB de schade inclusief de eventuele schade van de indirecte

20. HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698.

21. M.L. Lennarts in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut), Deventer: Kluwer 2002, p. 62.

22. Lennarts in: Timmerman 2002, p. 62.

23. Zie ook Katan 2013.

24. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 13 en 14.

25. HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 122.

26. E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 398-399.

27. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 331-332.

afnemers aan TenneT vergoedt. Zij acht daarbij aannemelijk dat de schadevergoeding uiteindelijk aan de indirecte afnemers ten goede komt. De rechtbank meent dat de indirecte afnemers niet worden verarmd als de boekwaarde van de machine wordt verlaagd als gevolg van de schadevergoeding aan TenneT. De boekwaardeverlaging komt in de vorm van lagere prijzen dan weer ten goede aan deze indirecte afnemers.

De rechtbank overweegt dus dat de redelijkheid niet met zich brengt dat nu ten gunste van ABB Ltd. en ABB B.V. een aftrek moet plaatsvinden voor de doorberekende ‘*over charge*’. Die uitkomst is op zijn minst genomen opmerkelijk. Onduidelijk is immers of een verlaging van de boekwaarde van de machine daadwerkelijk zal leiden tot een kostenverlaging voor de indirecte afnemers. TenneT is een door winst gedreven onderneming en zal niet zomaar prijzen voor haar afnemers verlagen indien daarvoor geen commerciële noodzaak bestaat. Bovendien gaat de rechtbank ervan uit dat de afnemers die in het verleden te veel hebben betaald, exact dezelfde zijn als de afnemers die in de toekomst minder zullen betalen. Dat is geenszins gezegd en zelfs onwaarschijnlijk. Zou die kostenreductie al worden doorgevoerd door TenneT, dan is aannemelijk dat ex-afnemers niet meer zullen profiteren van de boekwaardeverlaging (en dus geen vergoeding van de schade zullen ontvangen) en nieuwe afnemers extra zullen worden verrijkt door de verlaging van de boekwaarde.

Gevolg van de bovenstaande keuzes van de rechtbank is dat indirecte afnemer zich tot de directe afnemer moet wenden, mocht hij aantonen toch schade te hebben geleden in de vorm van een *over charge* als gevolg van het kartel. De directe afnemer heeft in zo een situatie de schade hoger voorgesteld dan die daadwerkelijk was. Van de kartelovertreder kan mijns inziens niet worden gevraagd meermaals dezelfde schade te vergoeden. Dat zou neerkomen op een soort van *punitive damages*, onbekend in het Nederlandse civiele recht. Het Duitse *Bundesgerichtshof* (BGH) merkte eerder ook op dat de schade (bestaande uit de hogere prijs) slechts eenmaal kan zijn ingetreden en dat binnen de bedrijfskolom de schade alternatief of gedeeltelijk bij ondernemingen kan zijn geleden maar niet cumulatief.²⁸

Tegen de gestelde aanspraken van de indirecte afnemers zou de kartelovertreder wellicht kunnen inbrengen dat de kartelovertreder met het betalen van de schade (inclusief de schade van de indirecte afnemer) aan de directe afnemer bevrijdend heeft betaald en dat er dus geen gehoudenheid bestaat de schade nogmaals te vergoeden. Wordt de kartel deelnemer toch aangesproken dan kan hij de directe afnemer ook in vrijwaring oproepen.²⁹

In de eerder aangehaalde Duitse zaak heeft het BGH zich gebogen over de vraag of eventueel voordeel van de eisende partij verrekend moet worden. Het begrip *schade* lijkt in Duitsland en Nederland niet erg te verschillen. In het arrest is door het BGH uiteengezet dat een te

hoge prijs die (deels) is afgewenteld op de eigen afnemers voor de directe afnemer een verrekening van de hoogte van de aanspraak op de kartelovertreder(s) kan impliceren, hetgeen moet worden beoordeeld op basis van de voordeelverrekening.³⁰

Bij dat uitgangspunt zou in Nederland kunnen worden aangesloten. Schade waarvan duidelijk is dat die nadien is goedge maakt, behoeft niet te worden vergoed. Relevant blijft immers de vraag in welke toestand de eisende partij zou hebben verkeerd indien het kartel niet zou hebben bestaan.³¹ Een andere uitleg impliceert dat een directe afnemer van een kartel deelnemer twee keer de ‘*over charge*’ kan verhalen. De directe afnemer ontvangt én hogere prijzen van zijn eigen afnemers én een schadevergoeding van de kartelovertreder. Daarmee zou de eisende partij worden overgecompenseerd. Het op voorhand uitsluiten van het *passing-on* verweer is naar mijn overtuiging dan ook op basis van het Nederlandse civiele recht niet juist. Dat lijkt overigens ook de opvatting van de Nederlandse Staat. In de Nederlandse reactie op het witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels staat expliciet dat moet worden voorkomen dat sprake is van over- of ondercompensatie en dat het beroep op het ‘*passing-on defence*’ door Nederland wordt gesteund. Daarbij wordt opgemerkt dat een dergelijk *passing-on* verweer in Nederland al mogelijk is.³²

Het bemoeilijken van rechtstreeks verhaal door indirecte afnemers op kartelovertreder – wat naar mijn oordeel het gevolg kan zijn van het niet toestaan van het *passing-on* verweer – kan de civiele handhaving van het mededingingsrecht ook minder effectief maken. Juist indirecte afnemers kunnen door een kartelinbreuk ernstig worden getroffen. Zoals ook het BGH aangeeft, durven directe afnemers niet altijd schade te verhalen wegens de afhankelijkheidsrelatie jegens de kartelovertreder, bestaan er situaties waarin de afnemer hogere prijzen standaard volledig afwentelt op de eigen afnemer met als gevolg dat een *incentive* om te ageren tegen de kartelinbreuk ontbreekt, en kan zich de situatie voordoen waarin directe afnemers belang hebben bij de hogere prijs nu de eigen omzet en winst daarmee ook toenemen (bijvoorbeeld bij een *cost-plus* contract).³³

Het probleem waarvoor de voordeelverrekening (art. 6:100 BW) een oplossing beoogt te bieden, is het voorkomen dat de benadeelde zijn schade dubbel vergoed krijgt én te voorkomen dat de dader profiteert van voordelen die aan de benadeelde toevallen.³⁴ Ik zou menen dat het *passing-on* verweer binnen deze figuur

28. BGH 28 juni 2011, KZR 75/10, punt 60.

29. Rosielle en Kuijper 2013, p. 177.

30. BGH 28 juni 2011, KZR 75/10, punten 56 en 57.

31. Zie onder andere de Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 2013/C 167/07, randnr. 1.3.

32. Nederlandse reactie op het witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, p. 4 en 14. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/nether_nl.pdf>.

33. BGH 28 juni 2011, KZR 75/10, punten 31, 32 en 33.

34. A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht deel 4), Kluwer: Deventer 2005, p. 168.

kan worden toegepast. Het voordeel van een directe afnemer zou net als in Duitsland via de voordeelverrekening bij het beoordelen van de hoogte van de aanspraak kunnen worden betrokken. Indien een prijsverhoging voor een indirecte afnemer wordt veroorzaakt door de hogere prijs van het kartel, dan is de schade het gevolg van een en hetzelfde gebeurtenis, namelijk de verboden afspraak. Het is daarbij redelijk om schade die door de directe afnemer niet is geleden, ook niet aan de directe afnemer te vergoeden. Ook op dat punt schiet de beoordeling door de rechtbank in het onderhavige geval derhalve tekort.

Overigens wil de mogelijkheid van de voordeelverrekening en een *passing-on* verweer niet zeggen dat het verweer ook per definitie slaagt. In veel gevallen zal de eisende partij de complete ‘*over charge*’ als schade begroten en aantonen met een deskundigenrapport. Het is dan naar mijn oordeel in Nederland, net als in Duitsland, in beginsel aan de gedaagde om aan te tonen dat de prijzen aan de indirecte afnemers ook zijn verhoogd als gevolg van de prijsverhoging bij de eisende partij.³⁵ Het aantonen dat de eisende partij de schade (deels) heeft afgewenteld, is in de praktijk niet eenvoudig.³⁶ Het causale verband is bijvoorbeeld niet zonder meer gegeven. Voor een kartelovertreder die niet rechtstreeks betrokken is bij de verhouding tussen de afnemer en zijn klant (de indirecte afnemer) is bewijs op dat punt moeilijk te leveren.

Een *passing-on* verweer zal ook niet snel succesvol zijn indien de prijs die wordt berekend aan de eigen afnemers zo goed als vaststaat door bijvoorbeeld wet- en regelgeving of door de wijze van contractering. Denk bijvoorbeeld aan de woningcorporaties die een vast huurbedrag in rekening brengen voor sociale woningen. Indien zij meer hebben betaald voor liften als gevolg van de prijsafspraken, dan is het onwaarschijnlijk dat zij de schade op de eigen afnemers (huurders) hebben kunnen afwentelen. Een *passing-on* verweer van liftfabrikanten lijkt in zo een zaak niet snel succesvol. Op vergelijkbare wijze kunnen vaste energieprijzen, of grotendeels landelijk vastgestelde prijzen, ook impliceren dat een *passing-on* verweer niet slaagt.

Causaal verband

De rechtbank gaat uit van een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade omdat de aard en de strekking van kartelafspraken is dat afnemers meer moeten betalen dan het geval zou zijn bij vrije mededinging. Daarbij heeft ABB onvoldoende betwist dat de prijs is beïnvloed door de kartelafspraken. De uitleg van de rechtbank komt overeen met de door de Commissie

gewenste situatie, waarbij van kartelinbreuken wordt vermoed dat die schade hebben veroorzaakt.³⁷

In een andere recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland werd een boetebesluit van de Commissie overigens onvoldoende geacht om het causale verband tussen de schade en de inbreuk aan te tonen. Uit het boetebesluit van de Commissie viel niet op te maken dat de kartelafspraken betrekking hadden op de overeenkomsten van de eisende partijen en de eisende partij had niet onderbouwd gesteld dat die verboden afspraken ook zagen op te sluiten overeenkomsten met de eisende partijen.³⁸

Om een causaal verband aan te kunnen nemen is voldoende om het *conditio sine qua non* verband aan te tonen waarbij de vraag wordt gesteld wat zou zijn gebeurd als de mededingingsrechtelijke overtreding niet zou hebben plaatsgevonden. Met de vergelijking van de prijzen tijdens en na de mededingingsrechtelijke inbreuk en de aanmerkelijk lagere prijzen zonder mededingingsrechtelijke inbreuk, lijkt het causaal verband in de onderhavige situatie voldoende te zijn aangetoond.

Relativiteit

Het relativiteitsvereiste komt in de uitspraak niet met zoveel woorden aan bod. Dat is niet echt verrassend. Uit de uitspraken van het Hof van Justitie blijkt namelijk dat eenieder schadevergoeding moet kunnen vorderen indien een causaal verband bestaat tussen de schade en de kartelovertrekking.³⁹ De geschonden norm strekt in het onderhavige geval dus ook tot bescherming tegen de schade die TenneT lijdt.

Verjaring

De rechtbank geeft aan dat de verjaring niet aanvangt met het enkele feit dat het onderzoek naar het kartel is gepubliceerd door de Commissie of door een publicatie in een krant of op een website. Hiermee sluit de rechtbank aan bij vaste jurisprudentie waaruit blijkt dat het criterium ‘bekend is geworden’ zoals beschreven in artikel 3:310 BW *subjectief* moet worden opgevat. Het komt erop aan of degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en indien nodig bewijst dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijke persoon.⁴⁰ Nu de wetenschap van de schade en de aansprakelijke partijen bij TenneT met de genoemde berichtgeving door ABB niet is aangetoond, terwijl het wel aan ABB was die wetenschap te bewijzen, wordt het beroep op verjaring terecht niet gehonoreerd. Aan deze beoordeling valt weinig af te doen.

35. BGH 28 juni 2011, KZR 75/10, punt 60.

36. Zie bijvoorbeeld ook het werkdokument van de diensten van de Commissie, Praktische Gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het VWEU, randnr. 164 e.v.

37. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404, 11.6.2013, art. 16.

38. Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1922, punt 2.2.

39. Zie o.a. HvJ EU 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Manfredi e.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.*, Jur. 2006, p. I-06619, punt 60 e.v.

40. Zie in dit kader onder meer HR 6 april 2001, NJ 2002, 383, punt 3.4.2 (concl. A-G Spier, randnr. 4.1 e.v.).

In een andere zaak waarnaar in het onderhavige vonnis wordt verwezen, is het beroep op verjaring wel geslaagd. Dit hing samen met het feit dat de eisende partij in die zaak zelf (meer dan vijf jaar eerder) bij de Commissie de mededingingsrechtelijke inbreuk aan de orde stelde. Destijds waren, anders dan in de onderhavige situatie, voor die eiser de schade en de aansprakelijke persoon dus wel bekend.

Overig

Het belangrijkste dat uit deze zaak naar voren komt, is in mijn opvatting dat met een clementieverzoek de eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid niet wordt beperkt. Sterker nog, de uitspraak onderstreept dat de clementieverzoeker een bruikbaar *target* voor benadeelde partijen kan zijn. De betreffende onderneming is op basis van artikel 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van het kartel,⁴¹ heeft de kartelovertreiding toegegeven en de boetebeschikking is voor de clementieverzoeker in de meeste gevallen onherroepelijk, waarbij de rechtbank zich zal aansluiten. De clementieverzoeker zal immers in beginsel niet opkomen tegen een kartelbeschikking waarin aan de betreffende onderneming geen boete is opgelegd. Daarin onderscheidt de onderneming zich van de partijen die wel gehouden zijn boetes te betalen. Voor zover de beschikking aan laatstgenoemde partijen is gericht, is geen sprake van onherroepelijkheid zolang de bezwaar- en beroepsprocedure loopt. Dit biedt de mogelijkheid om in de civiele procedure een beroep te doen op de ‘herroepelijkheid’ van de beschikking en daarmee de civiele procedure te traineren. Dit is het zogenoemde ‘*Masterfoods* verweer’.⁴² Dit verweer heeft de clementieverzoeker in de regel niet en benadeelde partijen die voort willen maken, zullen zich bij voorkeur richten op deze partij.

De vraag is gerechtvaardigd of daarmee het clementiebeleid dat binnen de Europese Unie en veel individuele lidstaten geldt niet te veel onder druk komt te staan. De Commissie lijkt die mening in elk geval toegedaan, gezien de additionele (civiele) beloning van de clementieverzoeker die is voorgesteld in de nieuwe conceptrichtlijn van juni 2013.⁴³ De Commissie wenst de hoofdelijke aansprakelijkheid van de clementieverzoeker met immuniteit uit te sluiten en de door de clementieverzoeker verschaft kartelinformatie optimaal te beschermen.⁴⁴

De conceptrichtlijn gaat overigens verder dan enkel het beschermen van de clementieverzoeker. Ook worden voorstellen gedaan om de civiele handhaving te optimaliseren, bijvoorbeeld het voorstel om een speciale verja-

ringstermijn te introduceren, en wordt het *passing-on* verweer veiliggesteld. Ook wordt geprobeerd de bewijspositie van partijen beter te regelen en wordt een regeling voorgesteld voor de doorwerking van nationale beslissingen. De voorstellen zullen in Nederland diverse ingrepen vergen en impliceren aanpassingen van het nationale aansprakelijkheidsrecht.

Conclusie

In deze uitspraak in eerste aanleg wordt aan benadeelden van kartelovertradingen enig handvat geboden voor civiele procedures. Duidelijk wordt dat de verjaringstermijn van vijf jaar niet hoeft aan te vangen bij de eerste aankondiging van de mededingingsautoriteit en dat ook informatie in de media niet zonder meer volstaat voor het aanvangen van die termijn. Ook is toegelicht welke vennootschap binnen een concern voor een mededingingsrechtelijke inbreuk aansprakelijk kan worden gehouden. Bovendien heeft de rechtbank aangenomen dat de schade is bewezen indien en voor zover de mededingingsrechtelijke inbreuk is vastgesteld. Het is goed dat de rechtbank daarbij duidelijk maakt dat de schade kan worden geschat en dat de vergelijkingen van de waarde tijdens en na de kartelovertreiding wordt toegestaan voor de te berekenen aanspraak.

In het kader van de kansen op een mogelijke schikking is te begrijpen dat de rechtbank al een bepaalde richting geeft ten aanzien van de hoogte van de aanspraak. Over de te berekenen schade had de rechtbank zich nog niet hoeven uit te laten en wellicht was het beter geweest als de rechtbank dat had nagelaten. Te abrupt en naar mijn oordeel ten onrechte verwerpt de rechtbank het *passing-on* verweer en het beroep op de voordeelverrekening.⁴⁵ Ook al is het complexer, meer voor de hand liggend zou zijn de kartelovertreder te laten bewijzen welk deel van de schade zou zijn doorgegeven aan de afnemers van de eisende partij. Waar zij niet slaagt in die bewijsopdracht, dient het verweer te worden verworpen. Hiermee kan worden voorkomen dat de directe afnemer wordt overgecompenseerd. Verder kan aldus worden vermeden dat indirecte afnemers bij de kartelovertreeders voor een dichte deur komen te staan. Bovendien lijkt in zo een situatie minder waarschijnlijk dat directe afnemers die civiele procedures starten, zelf allerlei acties van de indirecte afnemers moeten verwachten.

41. Zie o.a. Zippro 2009, p. 389.

42. Zie in dit kader onder meer de recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013.

43. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013)404, 11.6.2013.

44. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013)404, 11.6.2013.

45. Zie voor meer informatie ook het zeer recente arrest (in het incident ex art. 351 Rv) van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653.