UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Kwantificering van schadevorderingen in mededingingszaken

Driehuis, W.

DOI

[10.5553/MenM/138762362014017004003](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362014017004003)

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

Markt en Mededinging

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Driehuis, W. (2014). Kwantificering van schadevorderingen in mededingingszaken. *Markt en Mededinging*, 17(4), 133-139. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362014017004003>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Artikel

Kwantificering van schadevorderingen in mededingingszaken

Prof. dr. Wim Driehuis*

Inleiding

In 2013 is een voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad van Ministers gepubliceerd betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op bepalingen van het Europese mededingingsrecht, COM (2013)204 final.¹ Deze Richtlijn is op 17 april 2014 door het Europees Parlement aanvaard. Tegelijk met het voorstel heeft de Commissie een werkdocument gepubliceerd getiteld *Praktische Gids bij het kwantificeren van schade wegens inbreuken op art. 101 en 102 van het VWEU*, COM (2013)3440 (hierna: de Gids). Deze Gids, die is opgesteld door de Commissie, wordt in dit artikel besproken. De Gids is in belangrijke mate gebaseerd op twee externe rapporten, namelijk van Ashurst² en Oxera.³ Ook de papers voor de 'EU Workshop of Economic Experts on the Quantification of Antitrust Harm' (2010) zullen een rol hebben gespeeld. Artikel 101 VWEU heeft, kort gezegd, betrekking op kartelvorming als gevolg waarvan afnemers naar wordt

aangenomen hogere prijzen betalen dan anders het geval zou zijn geweest. Artikel 102 VWEU gaat over uiteenlopende vormen van misbruik van een economische machtspositie waardoor de concurrentie op een markt wordt belemmerd en afnemers worden beperkt in hun keuzemogelijkheden. Alles wat de Gids vermeldt, heeft betrekking op de situatie dat in een gerechtelijke procedure is vastgesteld dat de inbreuk daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, zodat als vervolg daarop in een nieuwe procedure de begrote schade bij de inbreukmakende partij kan worden gevorderd door de benadeelde partijen. Hiermee ligt ook de periode vast gedurende welke de inbreuk heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen de schadeperiode. Dit sluit overigens niet uit dat in een concrete schadeprocedure onderbouwd kan worden betoogd dat ook na deze periode nog van schade sprake is (vervolg-schade).

Wat de oorzaak van de inbreuk ook zij, de Gids stelt vast dat het uiteindelijk gaat om het effect daarvan op het vermogen van benadeelde partijen (rnr. 1). Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen reële schade (*dannum emergens*) en gederfde winst (*lucrum cessans*), alsmede rente. Schade impliceert een negatief vermogens-effect. Gehele of partiële compensatie daarvan brengt deze partij ten volle of ten dele in de vermogenspositie van voor de inbreuk, alle overige invloeden op het vermogen gelijkblijvende.

In dit artikel wordt de betekenis van de Gids aan een nadere beschouwing onderworpen. Wat is het doel van de Gids, voor wie is hij bestemd en welke rol kan hij spelen bij het formuleren van het bewijs in schadevorderingen? Hierbij laat ik de technische aspecten van de verschillende methoden van schadebegroting goeddeels buiten beschouwing. Er valt echter niet te ontkomen aan een vergelijking van bepaalde economisch-statistische kenmerken van de onderscheiden methoden. De Com-

133

* Prof. dr. W. Driehuis is emeritus hoogleraar Toegepaste Economie aan de UvA en verbonden aan ACLE (Amsterdam Center for Law and Economics, UvA). De auteur dankt Maarten Pieter Schinkel, Eric van Damme en Berend Jan Drijber voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel, zonder dat dit impliceert dat zij voor de inhoud ervan enige verantwoordelijkheid dragen.

1. Zie I.N. Tzankova, M.J. Plomp en T. Raats, 'Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa', *M&M* 2013/6, p. 178.
2. Ashurst, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*, Brussel 2004.
3. Oxera, *Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-binding Guidance for Courts*, Londen 2009.

missie doet dit ook en concludeert dat er tussen de methoden geen rangorde kan worden aangebracht. Niettemin laat de Gids tussen de regels door wel degelijk blijken waar de voorkeur van de Commissie ligt. Deze sluit aan bij de meest gangbare rechtspraktijk, maar wijkt vooralsnog af van wat uit economisch gezichtspunt wellicht een wenselijk alternatief zou zijn.

Inhoud van de Gids

De Gids zit overzichtelijk in elkaar en is goed leesbaar voor juristen en economen. Hij bestaat uit vier delen, te weten:

Deel 1: Juridische aspecten van de kwantificering van schade in mededingingszaken;

Deel 2: Methoden en technieken;

Deel 3: Kwantificering van schade voor afnemers veroorzaakt door prijsstijging;

Deel 4: Kwantificering van schade voor afnemers veroorzaakt door uitsluiting.

Deel 1 van de Gids schetst in vogelvlucht de juridische achtergrond van de genoemde Richtlijn. De Gids wil rechtscolleges en partijen, die betrokken zijn bij nationale schadezaken wegens anticompetitieve activiteiten, voorzien van praktische economische inzichten ter zake van het vorderen van geleden schade uit hoofde van de genoemde inbreuken op het mededingingsrecht. Uit onderzoek van de Commissie blijkt namelijk dat de schadevergoeding in de lidstaten op uiteenlopende wijze wordt begroot. De Gids beoogt niet om bindende voorschriften tot uniformering van bepaalde methoden en technieken te presenteren. Het gaat veeleer om een poging bepaalde methoden en technieken onder de aandacht van rechters en advocaten te brengen. De Gids wil dus informeren. Het is opvallend hoe voorzichtig de inhoud van de Gids wordt gepresenteerd en hoe vaak wordt gezegd dat de Commissie niets wil opdringen. Tegen de achtergrond van doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsoverwegingen van het EU-recht wordt gepoogd om met de Gids de benadeelde partijen te helpen om beter te argumenteren en inbreukmakende partijen om zich beter te verweren. Van groot belang is daarbij in hoeverre benadeelde partijen kunnen beschikken over gegevens die de inbreukmakende partij en de mededingingsautoriteiten in hun bezit hebben. De Richtlijn bevat weliswaar regels die beogen om de evidente informatieasymmetrie tussen partijen te verminderen, maar deze geven naar mijn mening de inbreukmakende partij niettemin mogelijkheden om, hoewel ter beoordeling van de rechter, deze te ontwijken of te ondermijnen.⁴

Deel 2 van de Gids bevat een overzicht van methoden ter kwantificering van schade en hun toepassingsmogeheden.

Er worden twee categorieën van methoden onderscheiden, namelijk de methoden gebaseerd op vergelijking (*comparator based methods*) en de methoden gebaseerd op simulatie (*simulation methods*). De vergelijkmethode kenmerken zich door het streven om met behulp van vergelijkbare informatie, hetzij binnen, hetzij buiten de schadepriode, een schatting te maken van de schadelijke gevolgen van gedragingen van de inbreukmakende partij(en) gedurende de schadepriode. De simulatiemethoden kenmerken zich door het streven om deze gedragingen langs causale weg gedurende de schadepriode na te bootsen op basis van een modellering van de markt.⁶

Gedurende de schadepriode is door gedragingen van een kartel het prijsniveau van een product hoger (*overcharge*) dan het geweest zou zijn zonder het kartel. Op basis van een vergelijking van het prijsniveau voorafgaand en/of volgende op de schadepriode met het feitelijke prijsniveau wordt een schatting gemaakt van het verschil tussen de feitelijke prijs gedurende de kartelperiode en de gemiddelde prijs voorafgaande en volgende op deze priode, die vervolgens kan worden vertaald naar het uiteindelijke effect op het vermogen van de benadeelde partij.⁷ Op basis van een simulatie daarentegen zou geprobeerd zijn om op basis van de belangrijkste determinanten van de productprijs na te bootsen hoe deze prijs er gedurende de schadepriode had uitgezien zonder de aanwezigheid van het kartel, om vervolgens de vertaalslag naar het vermogen te maken.

De vergelijkmethode zullen zich richten op het creëren van referentiemaatstaven, zoals de ontwikkeling van de productprijs zelf in de tijd, een vergelijkbare productprijs bij andere bedrijven of een prijs op vergelijkbare (geografische) markten. De simulatiemethoden zullen zich richten op een verklaring van de hoogte van de productprijs onder uiteenlopende marktomstandigheden zowel ten tijde van de kartelperiode als daarbuiten. Naar hun aard zijn de simulatiemethoden causaal,

5. Hierbij zij aangetekend dat een aantal aspecten van schadeberekeningen in de Gids geen of beperkte aandacht krijgt. Ik noem zonder volledig te zijn: de dynamische aspecten van inbreuken, het definiëren van de schademaatstaf, *deterrence* aspecten, het bepalen van de duur van de inbreuk, het disconteren van de schadevordering, *best-practice* overwegingen bij het hanteren van bepaalde technieken en belangrijke juridische en economische *trade-offs*.

6. De Gids vermeldt onder de categorie simulatiemethoden ook de '*cost-based method*' en de '*finance based method*'. Dit zijn methoden die worden gebruikt indien het niet mogelijk is om rechtstreeks over prijsinformatie te beschikken. In beide gevallen zal een analyse van bedrijfseconomische parameters en nabootsing kunnen opleveren van de productprijs in de wat-als-situatie. Friederiszick en Röller vinden de 'integratie' begrijpelijk omdat de simulatiemethode '(...) is closely related to cost-based approaches as it often requires some cost information.' Zie H.W. Friederiszick en L.H.Röller, 'Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements-Insights from German Cartel Cases', *Journal of Competition Law and Economics* 2012, nr. 3, p. 595-618.

7. In dit artikel wordt het begrip schademaatstaf gehanteerd, als zijnde de economische variabele waarin de omvang van de schade wordt uitgedrukt. Hoewel de mutatie in het vermogen van de benadeelde partij als causaal gevolg van een schadeveroorzakende gebeurtenis de ultieme schademaatstaf is, worden in de Gids ook intermediaire maatstaven gehanteerd, zoals extra prijsstijging, gedeelde productie, gemiste winst, en vindt de vertaling naar het vermogen niet altijd plaats.

4. Het betreft hier met name art. 16 van de Richtlijn, dat het voor de benadeelde partij niet 'praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk' moet zijn om het recht op schadevergoeding uit te oefenen.

omdat zij in staat stellen om een oorzakelijk verband aan te geven tussen de inbreuk en de schadelijke gevolgen daarvan voor de benadeelde partij. De vergelijkingsmethoden ontberen het vermogen om dit causale verband te leggen, tenzij na correcties voor de zogenoemde externe omstandigheden (conjunctuur, overheidsregulering), wijzigingen in de marketingstrategie van de inbreukmakende partij, veranderingen in de kostenstructuur, wijzigingen in de concurrentieverhoudingen, e.d. De wijze waarop deze correcties plaatsvinden zijn dus geen onderdeel van de methode en vinden ad hoc plaats.

Ondanks deze beperking worden de vergelijkingsmethoden vaker toegepast dan de simulatiemethoden (rnr. 94). De Gids zegt hier, samengevat, het volgende over. De simulatiemethoden vereisen meer en betere data, specialistische kennis van economische theorie en econometrie en brengen hogere kosten met zich mee. Bovendien speelt een rol dat er bij rechters en advocaten, uitzonderingen daargelaten, onvoldoende kennis van zaken bestaat als het om simulatiemethoden gaat. Dit alles moet, naar mijn mening, worden beoordeeld ten opzichte van het doel dat men zich gesteld heeft. Over dit doel is de Commissie duidelijk: het opstellen van regels die eenieder in staat stellen om het recht op volledige vergoeding van schade ten gevolge van inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU uit te oefenen. Hierbij zijn de juridische eisen aan bewijsstandaard, bewijslast, e.d. leidend ten opzichte van de economische methodologie inzake schadebegroting, en niet andersom.

De Gids noemt de volgende methoden gebaseerd op vergelijking:

- vergelijking in de tijd van gedragingen van de inbreukmakende partijen (*before-and-after* methode⁸);
- vergelijking met gegevens van vergelijkbare partijen op vergelijkbare markten in andere geografische gebieden (*yardstick* methode/*benchmarking*);
- vergelijking met gegevens van andere partijen op andere productmarkten (*idem*);
- een combinatie van de beide voorafgaande vergelijkingen (*idem*).

Elke methode staat de toepassing van uiteenlopende technieken toe, zoals gemiddelden, groeivoeten, interpolatie, extrapolatie en regressieanalyse.⁹

De Gids behandelt daarnaast de volgende simulatiemethoden:

- modellen waarmee het marktgedrag kan worden nagebootst;
- methoden die zich baseren op de analyse van bedrijfs-economische parameters;
- overige methoden, zoals *cost of capital* analyse, *critical loss* analyse e.d.

8. De *before-and-after* methode wordt geacht ook te omvatten varianten zoals de *before-and-during* en *during-and-after* methode.

9. Regressieanalyse is te omschrijven als een statistische techniek waarmee het systematische verband wordt onderzocht tussen een te verklaren variabele en haar determinanten. De gevonden relatie wordt beschreven in de vorm van een vergelijking waarin de invloed van de afzonderlijke determinanten tot uitdrukking wordt gebracht, alsmede de statistische betrouwbaarheid daarvan.

Hierbij spelen onder meer de volgende technieken een rol: de (empirische) modellering van de relevante IO-theorie,¹⁰ het uitvoeren van simultane econometrische schattingen en geavanceerde financieel-economische analyse.

Zowel voor de methode van vergelijking en als voor die van simulatie worden in de Gids toepassingscases uitgewerkt en worden de sterke en zwakke punten besproken. Dit gebeurt op een evenwichtige wijze, met aandacht voor nuances en de verschillende opties die zich voordoen. Het verdient zeker aanbeveling om van de details van deze cases in hoofdstuk 3 en 4 van de Gids kennis te nemen. Op deze plaats kan met instemming worden volstaan met de vermelding van de conclusie van de Commissie dat de methoden met name uiteenlopen met betrekking tot:

- de mate van ingewikkeldheid;
- de mate waarin zij stoelen op economische theorieën;
- de mate waarin zij gebaseerd zijn op gegevens die de feitelijke marktinteracties gedurende de schadeperiode weergeven;
- de mate waarin zij rekening houden met niet-inbreukgerelateerde factoren die van invloed op de schade kunnen zijn.

Met als conclusie (rnr. 122) dat:

- elke methode in principe nuttige informatie kan bieden met betrekking tot alle inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU en de verschillende soorten schade die dergelijke inbreuken doorgaans veroorzaken;
- er geen methode is die in alle gevallen geschikter kan worden geacht dan de andere methoden;
- alle beschreven methoden sterke en zwakke punten hebben;
- de methode die in de specifieke omstandigheden van het geval het meest geschikt kan worden geacht om de schade te begroten wordt bepaald door een aantal factoren.

Deze factoren zijn:

- de bewijsstandaard;
- de bewijslast;
- de beschikbaarheid van gegevens;
- de kosten van het produceren van het bewijs;
- de kosten van de toepassing van een methode en de kosten van de weerlegging;
- de kosten voor het geldende rechtstelsel, inclusief eventuele advisering door deskundigen;
- de tijd die gemoeid is om tot een vaststelling van de verschuldigde schade te komen.

Hierbij wordt door de Commissie opgemerkt dat rechters in de EU veelvuldig op vergelijking gebaseerde methoden toepassen, veelal op basis van gemiddelden. Ook in de VS zou dit het geval zijn.¹¹ Er zijn echter

10. IO-theorie staat voor Industrial Organization Theory, een onderdeel van de micro-economie dat zich bezighoudt met de structuur van bedrijven en markten.

11. C.M. Korenblit en S. Austin, 'Quantifying Antitrust Damages-Convergence of Methods Recognized by U.S. Courts and the European Commission', *CPI Antitrust Chronicle* maart 2012.

aanwijzingen dat de rol van (econometrische) markt-structuurmodellen toeneemt.¹²

Deel 3 van de Gids bevat een toepassing van enige methoden in de situatie dat er ten gevolge van een kartel een extra prijsstijging (*overcharge*) van een product is opgetreden. Twee nadelen van deze inbreuk worden vervolgens besproken, namelijk (1) directe afnemers van het kartel moeten meer voor het product betalen en (2) door de prijsstijging wordt er door de indirecte afnemers minder volume van het product verkocht. Om deze cases verder te analyseren in termen van schade voor de afnemers moet worden vastgesteld wie schade lijdt en voor wie de schade wordt berekend. De Gids veronderstelt dat de afnemer een bedrijf is en wel een directe klant of een indirecte klant van een inbreukmakende onderneming. De directe klant is de eerste afnemer van deze onderneming in de bedrijfskolom en de indirecte klant is een afnemer verderop in de bedrijfskolom. De Gids behandelt beide situaties aan de hand van een concrete case onder toepassing van verschillende methoden en technieken. Een en ander komt feitelijk neer op een weergave van de *passing-on defence* en het onder (2) genoemde volume-effect, waarvoor wordt verwezen naar de relevante literatuur.¹³ In een recente rechtszaak die diende voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden speelt de toepassing van het doorberekenningsverweer een rol. Hierin wordt de *during-and-after* methode gehanteerd om een kartelschade te berekenen.¹⁴

De Commissie acht alle behandelde methoden in beginsel toepasbaar, alhoewel liever niet in een eenvoudige vorm, maar wijst in de randnummers 157, 158, 167 en 178 vooral op het nut van de op vergelijking gebaseerde methoden en technieken. Hierbij stelt de Commissie echter, terecht, vast dat de op vergelijking gebaseerde methoden naar hun aard geen of onvoldoende onderscheid kunnen maken tussen prijsontwikkelingen die zijn toe te schrijven aan de inbreuk, dan wel aan andere oorzaken. Een adequate prijsvergelijking gebaseerd op referentieperioden of een vorm van *benchmarking* vereist dan een aanpassing van de waargenomen prijsdata,

‘(...) depending on the standard of proof required and depending on applicable rules regarding causality. This could be simple adjustments to the data where the influencing factor and the magnitude of its effect can be relatively easily ascertained and accounted for. More sophisticated adjustments of observed comparator data can be obtained on the basis of econometric techniques.’(rnr 61). Met als conclusie dat ‘In so far as significant other influences

can be identified and the price data are adjusted for their effects, the submission that the remaining difference between the prices in the non-infringement and the infringement period is due to the infringement gains additional strengths.’ (rnr.154)

Deel 4 bevat voorbeelden van de toepassing van enige methoden in de situatie van marktafschermingsgedrag. De inbreukmakende partijen proberen op deze manier hun positie op de markt te verbeteren zodat hun concurrenten hun marktpositie zien verslechteren en er winstderving ontstaat vanwege een afzet-, prijs- en/of kosteneffect. Niet alleen concurrenten, maar ook afnemers kunnen de gevolgen van marktafschermingsgedrag ondervinden, indien aanvankelijke *predatory pricing* in een later stadium wordt gevolgd door prijsverhoging, die de inbreukmakende partij oplegt nadat de *predatory pricing* haar marktpositie heeft versterkt. De Gids concentreert zich in haar cases op de situatie dat de schade zal bestaan uit gedeelde winst. Met de begroting daarvan wordt aldus aansluiting verkregen met de methoden en technieken die gangbaar zijn in gevallen van vergoeding van bedrijfsschade uit hoofde van een onrechtmatige daad (*commercial damages*)¹⁵ en dit is ook logisch omdat de gedragingen zoals beschreven in artikel 101 en 102 als een onrechtmatige daad moeten worden beschouwd. In de kringen van bedrijfsschade-deskundigen is men bijzonder enthousiast over de *before-and-after* methode, ‘(...) because the before-and-after method relies on verifiable data rather than projections and because this data comes from the claimant’s own business’.¹⁶

De Commissie zegt niet te willen kiezen tussen de verschillende methoden en technieken, want deze hebben alle zowel voor- als nadelen, en doet geen aanbeveling voor een bepaalde methode/techniek. Alles zou afhangen van de omstandigheden van het geval, de nationale wetgeving en de procesorde in een land, gelet op de kosten van de schadeberekening, de kosten van de rechtsgang (incl. de kosten van deskundigen) en de beschikbaarheid van data. In de cases die in deel 3 en 4 van de Gids worden gepresenteerd besteedt de Commissie echter weinig aandacht aan de op simulatie gebaseerde methoden en technieken. Het accent ligt op het presenteren van de op vergelijking gebaseerde methoden.

Verschillen tussen de methoden

Alle methoden die in de Gids worden besproken hebben tot doel om de wat-als situatie te schatten gedurende de schadepriode. Deze situatie is in de internationale literatuur bekend onder diverse aanduidingen, zoals *but-for*,

12. Zie in dit verband het overzicht in I. Lianos en C. Genakos, *Econometric Evidence in EU Competition Law: an empirical and theoretical analysis*, Londen 2012.

13. Zie bijvoorbeeld M.A. Han, M.P. Schinkel en J. Tuinstra, ‘The Overcharge as a Measure for Antitrust Damages’, ACLE Discussion Papers 2008, Amsterdam, en F. Verboven en T. van Dijk, ‘Cartel Damages and the Passing-on Defence’, *Journal of Industrial Economics* 2009.

14. Het betreft de zaak *Tennet/ABB* in hoger beroep: ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

15. Zie bijvoorbeeld P.A. Gaughan, *Measuring Business Interruption Losses and other Commercial Damages*, New York: John Wiley and Sons 2009.

16. Aldus R.M. Loyd, *Proving Damages for Lost Profits: the Before-and-after Method*, University of Tennessee 2014, maar hij vergeet dat dit juist tot een informatieachterstand voor de benadeelde partij zal leiden.

hypothetical, what-if, counterfactual of *non-infringement* situatie. Het betreft dus de situatie die zich zou hebben voorgedaan ware de schadeveroorzakende gebeurtenis afwezig geweest. Men is het erover eens dat deze situatie nimmer precies kan worden bepaald. De eisen die in een lidstaat worden gesteld aan de schadeclaim, zijnde het verschil tussen de wat-als situatie en de feitelijke situatie gedurende de schadepriode vertaald naar de omstandigheden van de benadeelde partij, vloeien voort uit de vigerende bewijsstandaard. Daarnaast is er een bewijslast: wie levert het bewijs voor de juistheid van de schadeclaim? Er geldt in de meeste gevallen: wie eist, bewijst. In de Richtlijn wordt voor een schadeclaim op een kartel echter een uitzondering gemaakt. De benadeelde partijen hoeven niet aan te tonen dat er in deze situatie schade is ontstaan. De Richtlijn gaat er namelijk van uit dat de causale keten kartel→extra prijsstijging→vermogensschade bestaat, tenzij de inbreukmakende partij dit weet te weerleggen. Een *sine qua non*-positie voor de benadeelde partij dus. Overigens geldt dit niet voor inbreuken op basis van artikel 102. Hoewel een expliciete toelichting van de Commissie ontbreekt, kan uit de beschikbare tekst worden afgeleid dat een inbreuk op artikel 101 vrijwel altijd tot extra prijsstijging leidt.¹⁷ Bij inbreuken op artikel 102 zijn de gevolgen van ‘marktafschermingsgedrag’ meer gevarieerd, niet alleen voor afnemers maar ook voor concurrenten (rnr. 181 en 182) en acht de Commissie het leveren van bewijs van schade noodzakelijk. Tot de methoden van vergelijking behoren de *before-and-after* methode, de *yardstick* methode (*benchmarking*), interpolatie en extrapolatie, alle in diverse uitvoeringen en gebruikmakend van diverse technieken.¹⁸ De *before-and-after* methode komt erop neer dat de gedragingen van de inbreukmakende partij gedurende de inbreukperiode worden vergeleken met haar gedragingen in een andere periode. Meer concreet zal het bij een kartel gaan om een vergelijking van de prijs van een product voorafgaande en/of volgende op de schadepriode, de zogenoemde referentieperiodes, met de feitelijke prijsontwikkeling gedurende de schadepriode. Het verschil, vermenigvuldigd met het afzetvolume, geeft een schatting van de schade weer. Bij het kiezen van deze referentieperiodes doen zich problemen voor met betrekking tot hun lengte, normaliteit, representativiteit, nauwkeurigheid en manipuleerbaarheid die wij elders uitvoerig

hebben besproken.¹⁹ Ook in de literatuur over de schadelijke gevolgen van inbreuken op het mededingingsrecht worden deze problemen als nadeel van de *before-and-after* methode genoemd. Hiervoor werden reeds aanpassingen genoemd die volgens de Commissie nodig zijn om de *before-and-after* methode nauwkeuriger en betrouwbaarder te maken. Davis en Garcès²⁰ betogen over deze methode:

‘There is relatively little economic theory in the before-and-after methodology although in some special cases²¹ the results are intuitive and may even be fairly accurate.’ Maar ‘(...) there are cases where a purely statistical approach to forecasting can sometimes perform better than building an economic model (...)’. Niettemin, ‘(...) the raw form of the before-and-after methodology assumes that market conditions are unchanged since if demand and supply conditions vary during the cartel period or between the competition and cartel period, the methodology is bound to be incorrect to at least some extent.’

Bij de *yardstick* methode is er sprake van *benchmarken* met andere, maar vergelijkbare, bedrijven, producten en regio’s, zo veel mogelijk in de schadepriode, maar eventueel ook in andere omstandigheden. Ook hier bestaat het probleem van de representativiteit in de vorm van het vinden van verantwoorde vergelijkingsmaatstaven. Welke bedrijven, producten en/of geografische kenmerken rechtvaardigen een acceptabele vergelijking met de omstandigheden van de inbreukmakende partijen? Op welke manier kunnen verantwoorde aanpassingen van de waargenomen gegevens worden gepleegd om deze te ontdoen van invloeden die niets met de inbreuk te maken hebben?

Via interpolatie wordt beoogd een verbinding tot stand te brengen tussen de laatst bekende situatie voor het begin van de inbreukperiode tot de eerst bekende situatie na afloop daarvan. Dit vindt plaats langs grafische weg of op basis van interpolatiepolynomen. De geïnterpoleerde cijfers zouden dan de wat-als situatie weergeven en kunnen worden vergeleken met de feitelijke, dus inbreukafhankelijke, gegevens.

Extrapolatie is het voorspellen van de wat-als situatie op basis van informatie die betrekking heeft op de periode voorafgaande aan de schadepriode. Dit kan langs grafische weg, of met behulp van groeiformules, dan wel op basis van econometrische analyse. Over de laatstgenoemde techniek bestaat ruime discussie.²² Enerzijds bestaan er econometrische technieken die vooral op de statistische eigenschappen van de gebruikte tijdreeksen zijn gebaseerd: de zogenoemde autoregressieve schat-

17. De Gids verwijst hier naar het Oxera-rapport (2009), p. 88 e.v. waarin wordt gesteld dat in 93 procent van de gevallen bij een kartel sprake is van *overcharge*.

18. De classificatie van methoden en technieken in de Gids steunt voornamelijk op het rapport van Oxera (2009). De afwijkingen ten opzichte van Ashurst (2004) en anderen zijn echter beperkt. Er is dus sprake van grote eensgezindheid op het punt van de classificatie. In dit verband valt te betreuren dat een vooraanstaand deskundige als D.L. Rubinfeld de *before-and-after* methode aanduidt met de term *benchmark* methode, en vervolgens naast deze benaming de *yardstick* methode onderscheidt. Deze aanpak wijkt geheel af van wat in de literatuur gangbaar is en wekt onnodig verwarring. Zie D.L. Rubinfeld, ‘Antitrust Damages’, in: E. Elhaage (red.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing 2012, p. 378-393.

19. W. Driehuis, ‘Het gebruik van referentieperiodes bij de schatting van bedrijfsschade’, *Maandblad voor Vermogensrecht*, oktober 2014.

20. P. Davis en E. Garcès, *Quantitative Techniques and Antitrust Analysis*, Princeton: Princeton University Press 2010, p. 356.

21. Bijvoorbeeld in situaties waarin slechts geen of weinig prijsfluctuaties optreden en er geen of majeure wijzigingen in de externe omstandigheden plaatsvinden, dan wel de kartelperiode relatief kort is.

22. Zie J. McCrary en D.L. Rubinfeld, ‘Measuring Benchmark Damages in Antitrust Litigation’, *Journal of Economic Methods* 2014/1/1, p. 63-74.

tingen. In een andere econometrische aanpak wordt het prijszettingsgedrag van de inbreukmakende partij langs econometrische weg onderzocht op basis van vraag- en aanbodfactoren zowel over de jaren voorafgaande als gedurende de schadepriode, al dan niet onder toevoeging van een dummy variabele voor uitsluitend de schadepriode.²³ Het gaat dan om de schatting van herleide-vormmodellen, waarin de vigerende marktstructuur impliciet in aanmerking wordt genomen, die gebruikt worden om de wat-als situatie te simuleren.

De Gids gaat in de randnummers 69 t/m 95 uitvoerig in op het gebruik van regressieanalyse als een waardevolle econometrische techniek. Er wordt daarbij, naast een illustratie van haar toepassingsmogelijkheden, gewezen op een aantal voorwaarden dat vervuld moet zijn om tot betrouwbare schattingen te komen. Niet alleen deskundigheid inzake de techniek zelf, maar vooral ook een gedegen kennis van de concurrentieverhoudingen binnen de betrokken sector, het vermogen om deze in onderzoekvariabelen weer te geven en de beschikbaarheid van voldoende en betrouwbaar cijfermateriaal zijn noodzakelijk. In rnr. 90 spreekt de Gids van regressieanalyse van een *reduced-form* vergelijking '(...) as they directly estimate parameters of an equation that are themselves derived from other economic relationships, e.g. the interaction of demand and supply'. Met andere woorden, in feite gaat het hier om voorwaarden die de Commissie ook essentieel acht voor de toepassing van simulatiemethoden. Naar mijn mening raakt de Commissie hiermee met zichzelf in de knoop en had zij bij de beschouwing van technieken relevant voor vergelijkingsmethoden het beter kunnen laten bij de behandeling van eenvoudige technieken, zoals zij doet in rnr. 63 t/m 68, en de behandeling van de meer geavanceerde technieken die een beroep doen op economische theorie beter opgenomen bij de behandeling van de simulatiemethoden. Dit temeer omdat de Gids stelt dat regressieanalyse, '(...) where used appropriately and on the basis of sufficient data observations, can considerably refine the damages estimation through comparator based methods.' (rnr. 85).²⁴

Hiermee wordt overigens duidelijk dat in de ogen van de Commissie aan simulatiemethoden, die bestaan bij de gratie van economische theorie en econometrie, geen nevenschikte, maar een ondergeschikte rol toekomt. Ook de omvang en de diepgang van haar behandeling van beide categorieën methoden wijzen hierop, als ook de mededeling dat 'To date, little experience exists with econometric analysis in actions for antitrust damages before courts in the EU, although such techniques can (...) provide valuable help in quantifying the harm suffered through infringements of Article 101 and 102 TFEU.' (rnr 94).²⁵

De simulatiemethoden concentreren zich op het nabootsen van de gedragingen van de inbreukmakende partijen en de gevolgen daarvan voor de te kiezen schade-maatstaf, zowel gedurende als buiten de schadepriode. Zonder hier uitgebreid in te gaan op de technische aspecten van deze aanpak kan worden gesteld dat deze zich baseert op het vinden van de belangrijkste determinanten van de schademaatstaf en vaststellen met welke betrouwbare intensiteit zij werkzaam zijn gedurende te kiezen perioden. Met name de econometrische schatting van modellen van de relevante markt en de daarop opererende partijen kan hieraan een bijdrage leveren, zo mogelijk aangevuld met een analyse van de belangrijkste financieel-economische parameters van deze partijen. Als resultaat van het econometrisch onderzoek komen er schattingen van de wat-als situatie beschikbaar waarop de schadeberekening berust. De grondslag daarvan is in de regel een meer complexe, maar causale analyse, die berust op een uitgebreide set van gegevens. Een bijkomend aspect is dat de econometrische aanpak informatie oplevert over de statistische betrouwbaarheid van causale verbanden. 'In a damages action, it is then for the court under applicable law to decide the probative value of such regression analysis and the procedural consequences (...) which such analysis may entail' (rnr. 88).

De Commissie acht het mogelijk dat de resultaten van deze methode vergelijkenderwijs nauwkeuriger zijn, ondanks het feit dat er soms vergaande hypothesen aan ten grondslag liggen. De Commissie heeft een document opgesteld waarin strenge eisen worden gesteld aan het leveren van bewijs op grond van economische methoden en data in verband met de toepassing van artikel 101 en 102 VWEU.²⁶ Deze hebben, naar mijn mening, vooral betrekking op de validiteit en toepassing van econometrische simulatiemethoden en lijken een Europese 'vertaling' van de Daubert-criteria die in de Amerikaanse rechtspraak aan empirisch bewijs worden gesteld, zoals blijkt uit artikel 3 van het genoemde *best practice* document.²⁷

Conclusies

Het doel van de Gids is niet alleen om rechtbanken en partijen te voorzien van praktische informatie inzake beschikbare methoden en technieken ter begroting van schade voortvloeiend uit inbreuken op de mededingingswetgeving (art. 101 en 102 VWEU), maar ook om de benadeelde partij te helpen feitelijke argumenten aan te dragen omtrent de omvang van de schade, respectievelijk de inbreukmakende partij te helpen zijn positie ten opzichte van de claim te verdedigen. De Commissie

23. Het verschil met de simulatiemodellen van de markt is dus dat daarmee de concurrentiegedragingen van alle marktpartijen worden geanalyseerd op basis van expliciet veronderstelde Cournot of Bertrand modellen, terwijl het bij de extrapolatiemethode alleen om gedragingen van de inbreukmakende partij gaat.

24. Cursivering van de auteur.

25. Cursivering van de auteur.

26. EU Commission, *Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data collection in cases concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases*, Brussel 2010.

27. Zie ook R.D. Blair en J. Boylston Herndon, 'The Implications of Daubert for Economic Evidence in Antitrust Cases', *Washington and Lee Law Review* 2000, vol. 57, p. 802-830.

stelt zich dus ten doel om met de Gids de kwaliteit van de nationale rechtssystemen inzake de vordering van schade in mededingingszaken te verhogen. De Commissie laat echter een lidstaat vrij in het kiezen van methoden en technieken ter begroting daarvan binnen de eigen rechtsorde. Hoewel dit enigszins begrijpelijk is, ben ik van mening dat de Commissie de mogelijkheid heeft laten liggen om, zelfs binnen de grenzen die zij zichzelf heeft opgelegd, dieper in te gaan op de aard en toepassingsmogelijkheden van de onderscheiden methoden van schadeberekening. De Commissie had daartoe een beter gebruik kunnen maken van de externe studies die zij heeft laten verrichten, zoals het rapport van Oxera (2009), om vervolgens de voor- en nadelen van de verschillende methoden diepgaander te kunnen behandelen. Dit is een gemiste kans. De Gids voegt niets toe aan hetgeen in de bestaande literatuur over de methoden en technieken om schade te begroten valt te lezen of in adviesrapporten wordt uiteengezet.

De Commissie is van mening dat er geen keuze te maken valt voor de ene of andere methode, gelet op de voor- en nadelen van iedere methode, bij gegeven bewijstandaard en bewijslast van een lidstaat. Tussen de regels door blijkt de Commissie echter, vooralsnog, de vergelijkingsmethoden te prefereren. Anderzijds wil de Richtlijn dat iedere benadeelde partij *volledige* vergoeding van de geleden schade kan vorderen. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat dit effectief kan gebeuren en krijgen regels opgelegd hoe ze dat moeten doen. Een wezenlijk punt daarbij is of benadeelden in staat zullen blijken te zijn om, tegen redelijke kosten, de bestaande informatieasymmetrie op te heffen. Met behulp van de rechter is dit gemotiveerd mogelijk, maar de praktijk zal moeten leren in welke mate zo'n rechtsgang iets oplevert.

De Commissie beseft dat de schade niet exact kan worden begroot en dat er dus sprake is van schattingen. Dit besef doet dus afbreuk aan het uitgangspunt dat de benadeelde partij volledige vergoeding kan vorderen. Hoe kan namelijk schade volledig worden geclaimd als de omvang ervan niet precies valt te bepalen? Dit alles leidt ertoe dat in de Richtlijn aan de rechter de belangrijke bevoegdheid toekomt om de schade vast te stellen. In dit verband gaat de Commissie ervan uit dat, daar waar econometrische methoden worden gebruikt, de rechter zich rekenschap zal geven van statistische betrouwbaarheidsintervallen.

Waardoor zal de rechter zich laten leiden bij het uitoefenen van deze bevoegdheid? Naar mijn mening zou hij zich moeten laten leiden door de betrouwbaarheid (plausibiliteit) en de nauwkeurigheid van de begrote schade. Dit komt neer op betrouwbaarheid en nauwkeurigheid van het wat-als scenario. Uit het voorafgaande kan worden afgeleid dat de simulatiemethoden hieraan het beste kunnen voldoen. Ook de Commissie lijkt hier voor te voelen maar wijst op te weinig ervaringen. Davis en Garcès verzuchten:

‘Judges and other case decision makers should recognize that assumptions always have to be made to

estimate damages, even if the assumptions are not explicitly stated. Thus they should carefully evaluate the merits of the model-based approaches with clearly stated assumptions relative to approaches that are less clear about their assumptions. Ultimately, assumptions are both always wrong and always required. That fact makes economic analysis interesting but difficult both for analysts in competition agencies and subsequently judges.’

Er zijn echter drie potentiële belemmeringen: de kosten van deze *model-based* aanpak zijn hoger, de benodigde hoeveelheid en kwaliteit van de data is groter en het vereiste kennisniveau van advocaten en rechters is veelal te laag. De laatstgenoemde omstandigheid kan ertoe leiden dat, indien de twee voorgaande belemmeringen niet zouden bestaan, toch de voorkeur wordt gegeven aan relatief eenvoudige vergelijkingen in plaats van aan complexe modellen.

Kortom, het beeld is niet zwart-wit: er is sprake van meerdere *trade-offs*. Deze zijn zowel juridisch als economisch van aard. Bewijstandaard en bewijslast zijn juridisch en de kosten van het bewijs (dataverzameling, analyse) en het rechtstelsel zijn economisch bepaald, maar op elk niveau valt er te kiezen tussen de nauwkeurigheid en uitvoerbaarheid van een methode. Naar mijn mening zou de rechtspraak zich in zaken van schadebegroting van mededingingsinbreuken primair moeten laten leiden door nauwkeurigheid en betrouwbaarheid en ervoor moeten zorgen dat ook meer geavanceerde economisch-statistische methoden met dit doel kunnen worden toegepast. Dit is mogelijk door niet alleen *best practice* eisen te stellen, zoals de Commissie doet, maar deze ook uitvoerbaar te laten zijn. Hiervoor is het absoluut noodzakelijk om zo veel mogelijk belemmeringen op te heffen die de informatieasymmetrie tussen inbreukmakende en benadeelde partijen in stand houden. Voorts zou het helpen als rechters en advocaten hun kennis van mededingingseconomie en relevante technieken zouden vergroten. Dit alles zou de procedurele kant van mededingingszaken verbeteren en de kwaliteit van de vonnissen ten goede komen.