



Brussel, **XXX**
[...](2018) **XXX** draft

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd

Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd

1. INLEIDING

1.1. Doel en toepassingsgebied

- (1) Deze richtsnoeren zijn bedoeld om de nationale rechterlijke instanties, rechters en andere belanghebbenden bij vorderingen tot schadevergoeding voor inbreuken op de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een praktische leidraad te bieden voor de wijze waarop de doorberekening van meerkosten moet worden geraamd. Zij bevatten met name de economische beginselen, methoden en terminologie met betrekking tot doorberekening door onder meer naar een aantal voorbeelden te verwijzen. Deze richtsnoeren moeten helpen bij de bepaling van wat de bronnen van relevant bewijsmateriaal zijn, en of een verzoek om toegang tot bewijsmateriaal evenredig is, en bij de beoordeling van de verklaringen van de partijen over doorberekening en de economische adviezen van deskundigen die aan de rechter kunnen worden voorgelegd.
- (2) De rechtsgrondslag voor de richtsnoeren is artikel 16 van de richtlijn schadevorderingen¹. Zij zijn niet bindend en houden geen wijziging in van de bestaande regels van EU-recht of van het recht van de lidstaten. De nationale rechterlijke instanties zijn dus niet verplicht deze richtsnoeren te volgen. Deze richtsnoeren doen evenmin afbreuk aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ-EU").
- (3) Als referentiebron voor goede praktijken geven deze richtsnoeren een indicatie van de relevante parameters waarmee rekening kan worden gehouden bij economisch bewijsmateriaal voor de beoordeling van de doorberekening van meerkosten. Ze zijn gebaseerd op relevante economische studies die de Commissie heeft verzameld en vormen een aanvulling op de praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("praktische gids")² bij de mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade in mededingingszaken bij schadeacties.³ Terwijl in de praktische gids de klemtoon ligt op de meerkosten, wordt in deze richtsnoeren specifiek nader ingegaan op de

(1) Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PB L 349 van 5.12.2014, blz. 1.

(2) Werkdocument van de diensten van de Commissie – Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 11.6.2013, SWD(2013) 205.

(3) 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, PB C 167 van 13.6.2013, blz. 19.

doorberekening van dergelijke meerkosten⁴. De praktische gids en deze richtsnoeren moeten samen worden gelezen⁵.

- (4) Zoals hieronder in alinea (16) en volgende is uiteengezet, kunnen deze richtsnoeren nuttig zijn wanneer een inbreukpleger doorberekening inroept als verweer tegen een claim ("schild") of wanneer een indirecte afnemer schadevergoeding eist van de inbreukpleger omdat deze meerkosten zou doorberekenen ("zwaard"). Zoals bij elke schadevordering bepaalt echter de manier waarop de eiser de vordering instelt en de aard van het door de verweerder aangevoerde verweer, in welke mate de rechter rekening moet houden met de feiten van een zaak. Zo kan een eiser in sommige gevallen geen vergoeding voor winstderving ten gevolge van het volume-effect eisen omdat dit veel te complex zou worden. De claim van een indirecte afnemer tegen een inbreukpleger zal echter doorgaans vereisen dat rekening wordt gehouden met doorberekening, aangezien dit tot de essentie van de claim behoort.
- (5) Op vergelijkbare wijze kan de manier waarop de rechter de beoordeling en de raming van de doorberekening benadert, worden beïnvloed door de aard en de omvang van de claim. De keuze voor de verschillende economische methoden en benaderingen die in de richtsnoeren worden toegelicht, moet aan de zaak zijn aangepast. Wat gepast is qua vereiste gegevens en kosten van analyses door deskundigen bij een claim van 20 miljoen euro, is misschien niet gepast voor een claim van 200 000 euro.

1.2. Wat is doorberekening van meerkosten?

Doorberekening van meerkosten kan zich op verschillende niveaus in een toeleveringsketen voordoen. In

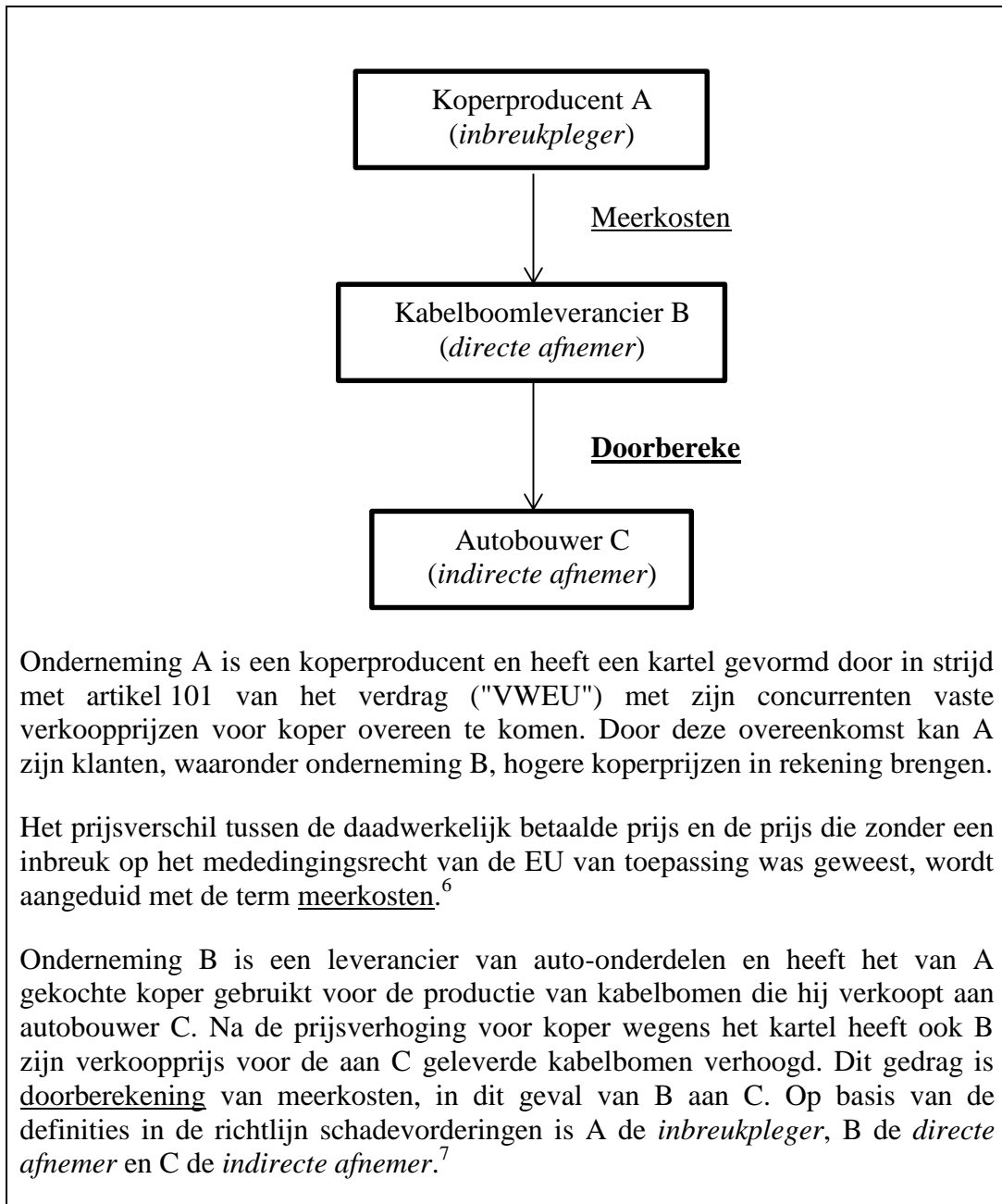
(4) In deze praktische gids wordt slechts kort ingegaan op doorberekening, met name in de alinea's 161 tot en met 171.

(5) Deze richtsnoeren zijn toegespitst op de doorberekening van meerkosten in de context van inbreuken op artikel 101 VWEU. Ze kunnen echter ook een referentiebron zijn voor goede praktijken bij vorderingen tot schadevergoeding voor de nationale rechterlijke instanties wegens inbreuken op artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, bijv. buitensporige prijsstelling, op voorwaarde dat voldoende rekening is gehouden met de kenmerken van de norm voor misbruik van een machtspositie overeenkomstig artikel 102 VWEU.

DRAFT

- (6) Vak 1 hieronder wordt dit geïllustreerd aan de hand van een hypothetisch voorbeeld.

Vak 1: Doorberekening van prijsverhoging voor koper



- (7) Wanneer de directe afnemer de meerkosten geheel of gedeeltelijk doorberekent aan de indirecte afnemer, heeft die laatste niet enkel te maken met een prijseffect, maar vaak ook met een afname van de vraag. Die afname wordt het volume-effect genoemd. De juridische en economische gevolgen daarvan worden hieronder nader uiteengezet. Eenvoudig gesteld kan de indirecte afnemer telkens wanneer meerkosten worden doorberekend minder van de directe afnemer kopen en bijgevolg zelf minder aan indirecte afnemers op een volgend niveau van de toeleveringsketen verkopen.

(6) Zie artikel 2, punt 20, van de richtlijn schadevorderingen.

(7) Zie artikel 2, punten 2, 23 en 24, van de richtlijn schadevorderingen.

DRAFT

De meerkosten kunnen aan de hele verdere toeleveringsketen worden doorberekend en kunnen betrekking hebben op producten en diensten. In het hypothetische voorbeeld in

- (8) Vak 1 hierboven kan autobouwer C op vergelijkbare wijze de prijzen hebben verhoogd die hij zijn klant, de onafhankelijke autohandelaar D, in rekening brengt. D kan op zijn beurt ook de uiteindelijke consumentenprijs hebben verhoogd voor de auto waarin koper van het kartel is verwerkt. C, D en de eindconsument zijn allemaal indirecte afnemers in de zin van de definitie van de richtlijn schadevorderingen.⁸

1.3. Structuur van de richtsnoeren

- (9) Door te verwijzen naar rechtsbeginselen, vaste rechtspraak en de bepalingen van de richtlijn schadevorderingen, geven deze richtsnoeren het op doorberekening toepasselijke rechtskader weer. In een kort juridisch gedeelte wordt een samenvatting gegeven van de procedurele regels en instrumenten die de nationale rechterlijke instanties moeten naleven wanneer zij bij vorderingen tot schadevergoeding rekening houden met de doorberekening van meerkosten. In het rechtskader wordt EU-recht gecombineerd met de nationale praktijk. In deze context moeten rechters bijzondere aandacht besteden aan het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel⁹. Dit betekent dat ze de nationale regels zodanig moeten toepassen dat die toepassing de uitoefening van het recht op volledige vergoeding van de door een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU veroorzaakte schade niet buitensporig moeilijk of praktisch onmogelijk maakt (doeltreffendheidsbeginsel)¹⁰. Ten tweede moeten de rechters in gedachten houden dat de nationale regels en procedures betreffende schadevorderingen op grond van inbreuken op artikel 101 of artikel 102 VWEU voor de beweerdelijk benadeelde partijen niet minder gunstig mogen zijn dan de regels en procedures voor soortgelijke schadevorderingen voortvloeiend uit inbreuken op het nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel).
- (10) Het belangrijkste gedeelte van deze richtsnoeren gaat over de economie van doorberekening, met name de economische theorie en de begrotingsmethoden om de doorberekening te ramen. Het gedeelte over de economische theorie is toegespitst op de onderliggende concepten van doorberekening en behandelt de factoren die daarop invloed kunnen uitoefenen. In het gedeelte over de economische begroting worden verschillende benaderingen en methoden voorgesteld voor het begroten van de doorberekeningseffecten.

2. RECHTSKADER

2.1. Doorberekening van meerkosten en recht op volledige vergoeding

- (11) De regels van de richtlijn schadevorderingen over de doorberekening van meerkosten zijn geworteld in het compensatiebeginsel, dat de basis van de hele richtlijn schadevorderingen is.¹¹ Twee elementen van dit beginsel hebben belangrijke gevolgen voor de doorberekening van meerkosten. Ten eerste betekent

(8) Overeenkomstig artikel 2, punt 24, wordt onder "indirecte afnemer" een natuurlijke persoon of een rechtspersoon verstaan die niet van de inbreukpleger maar van een directe afnemer of van een volgende afnemer producten of diensten heeft verworven die het voorwerp waren van een inbreuk op het mededingingsrecht, of producten of diensten waarin deze zijn verwerkt of die daarvan zijn afgeleid.

(9) Zie artikel 4 van de richtlijn schadevorderingen.

(10) Voor het recht op volledige vergoeding zie alinea (11) en volgende hieronder.

(11) Zie artikel 1, lid 1, en artikel 3, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen.

dit volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU dat "eenieder vergoeding van de geleden schade [kan] vorderen wanneer er een causaal verband tussen die schade en een door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat."¹² ¹³ Ten tweede hebben eisers die dergelijke schade hebben geleden recht op volledige vergoeding, wat betekent dat een persoon in de positie moet worden gebracht waarin die persoon zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt.¹⁴

In de context van de doorberekening van meerkosten specificeert de richtlijn schadevorderingen dat "eenieder" directe en indirecte afnemers omvat.¹⁵ In het hypothetische voorbeeld in

(12) Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2014 in zaak C-557/12 (*Kone*) EU:C:2014:1317, punt 22 met verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006 in zaak C-295/04 (*Manfredi*) EU:C:2006:461, punt 61.

(13) De Commissie heeft zelf al vroeg herhaald dat het Hof van Justitie van de EU "de nadruk legde op het compensatiebeginsel en de daaraan ten gronde liggende premisse dat schadevergoeding beschikbaar moet zijn voor iedere benadeelde die een voldoende causaal verband met de inbreuk kan aantonen", zie Commissie, Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, Brussel, 2 april 2008, COM(2008) 165 definitief, blz.7.

(14) Artikel 3, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen .

(15) Artikel 12, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen.

- (12) Vak 1 hierboven kunnen kabelboomproducent B, als directe afnemer, en autobouwer C, als indirecte afnemer, vergoeding eisen van koperproducent A, als inbreukpleger. Andere indirecte afnemers op een volgend niveau van de toeleveringsketen hebben eveneens het recht van de inbreukpleger schadevergoeding te eisen. Zoals hierboven in alinea 0 werd aangegeven, zouden dat in het hypothetische voorbeeld in vak 1 de onafhankelijke autohandelaar D en de eindconsumenten zijn.
- (13) De elementen van het bovengenoemde compensatiebeginsel, d.w.z. het recht van iedere persoon om volledige vergoeding te eisen voor de schade die causaal verband houdt met een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU, zijn ook van toepassing op de directe en indirecte *leveranciers* van een inbreukpleger. De richtlijn schadevorderingen verwijst naar de situatie van een inkoopkartel waarbij de schade zou kunnen voortvloeien uit een lagere prijs die door de inbreukplegers aan hun leveranciers is betaald.¹⁶
- (14) Volledige vergoeding omvat de vergoeding voor het daadwerkelijke verlies (*damnum emergens*), voor de gederfde winst (*lucrum cessans*), vermeerderd met rente.¹⁷ Daadwerkelijk verlies verwijst doorgaans naar de afname van de activa van een persoon en gederfde winst naar een vermeerdering van die activa die zich zou hebben voorgedaan indien het schadeverwekkende feit zich niet zou hebben voorgedaan.¹⁸ In de context van doorberekening speelt dit onderscheid een bijzondere rol wat betreft de kenmerkende economische effecten en de juridische kwalificatie ervan. De algemene regel wordt hieronder uiteengezet.
- Het prijseffect bij meerkosten is de prijsstijging die een directe of indirecte afnemer moest betalen voor een product of dienst wegens de inbreuk op het mededingingsrecht van de EU.¹⁹ Het behoort tot de categorie daadwerkelijk verlies en maakt deel uit van de schade die in de richtlijn schadevorderingen wordt bedoeld met door meerkosten berokkende schade.²⁰ De directe of indirecte afnemer kan de meerkosten echter doorberekenen op een volgend niveau van de toeleveringsketen en zo zijn daadwerkelijk verlies beperken (gedeeltelijke doorberekening) of wegwerken (volledige doorberekening). Bij de bepaling van het daadwerkelijke verlies bij doorberekening moeten de nationale rechterlijke instanties de door de meerkosten berokkende schade identificeren die op een gegeven niveau in de toeleveringsketen overblijft.
 - Het volume-effect verwijst naar de gederfde winst wegens een afname van de verkoop ten gevolge van doorberekening, d.w.z. een lager verkoopvolume wegens hogere prijzen. Dit kan als gederfde winst worden teruggevorderd.²¹
- (15) Terwijl de richtlijn schadevorderingen een onderscheid maakt tussen enerzijds daadwerkelijk verlies wegens meerkosten en anderzijds gederfde winst door een

(16) Zie overweging 43 van de richtlijn schadevorderingen. Ook leveranciers kunnen benadeeld worden in het geval van een inkoopkartel, namelijk wanneer zij wegens het volume-effect minder aan de inbreukpleger leveren.

(17) Artikel 3, lid 2, tweede zin van de richtlijn schadevorderingen.

(18) Advies van advocaat-generaal Capotorti 12 september 1979 in zaak 238/78 (*Ireks-Arkady*) ECLI:EU:C:1979:203, punt 9.

(19) Overweging 39 van de richtlijn schadevorderingen.

(20) Artikel 12, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen.

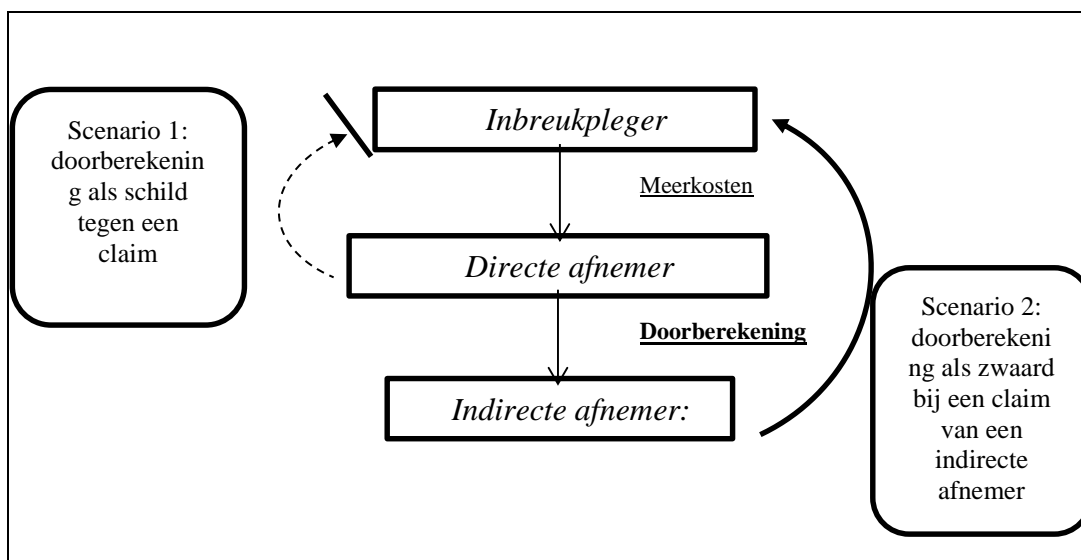
(21) Zie artikel 12, punt 3, van de richtlijn schadevorderingen.

afname van de verkoop, is er een intrinsiek verband tussen de onderliggende prijs- en volume-effecten. Wanneer doorberekening relevant wordt, moeten daarom zowel met de effecten als met hun onderlinge interactie rekening worden gehouden. De economische methoden om dit te doen worden hieronder uiteengezet.

2.2. Scenario's waarin een rechter met doorberekening te maken krijgt

- (16) Bij schadevorderingen op basis van inbreuken op het mededingingsrecht van de EU krijgen de nationale rechterlijke instanties doorgaans in twee scenario's met de doorberekening van meerkosten te maken.
- (17) Ten eerste kan een inbreukpleger de doorberekening van meerkosten aanvoeren als verweer tegen claims, d.w.z. stellen dat de eiser zijn daadwerkelijk verlies heeft beperkt door het geheel of gedeeltelijk aan zijn eigen klanten door te berekenen.²² Deze situatie, waarbij de doorberekening als een schild kan worden opgevat, wordt geïllustreerd in Vak 2 hieronder met de verwijzing naar de claim van een directe afnemer. Het doorberekeningsverweer kan ook worden aangevoerd tegen claims van indirecte afnemers op een volgend niveau van de toeleveringsketen.
- (18) Ten tweede kunnen indirecte afnemers hun vorderingen tot schadevergoeding baseren op het argument dat de rechtstreekse afnemers van de inbreukplegers (delen van) de meerkosten aan hen hebben doorberekend en daardoor schade hebben geleden. In een dergelijk scenario kan de doorberekening als een zwaard worden opgevat. Dit scenario wordt geïllustreerd in Vak 2 hieronder.

Vak 2 Typische scenario's van doorberekening



- (19) Wanneer de doorberekening van meerkosten wordt aangevoerd als verweer tegen een vordering op basis van een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU, moet de verweerder doorgaans bewijzen dat de eiser de meerkosten heeft doorberekend.²³ Deze bewijslast heeft betrekking op het bestaan en de omvang van de doorberekening van de meerkosten. Wanneer het doorberekeningsverweer

(22) Zie overweging 39 van de richtlijn schadevorderingen.

(23) Artikel 13, tweede zin, van de richtlijn schadevorderingen.

geheel of gedeeltelijk slaagt, kan de eiser nog steeds vergoeding vorderen voor gederfde winst ten gevolge van de doorberekening.²⁴ In dat geval draagt de eiser de bewijslast van dit volume-effect wegens doorberekening.

- (20) De richtlijn schadevorderingen bevat tevens specifieke regels voor het tweede scenario waarbij een indirecte afnemer wegens de doorberekening van meerkosten schade zou hebben geleden. De bewijslast voor het bestaan en de omvang van een dergelijke doorberekening ligt doorgaans bij de indirecte afnemer die van de inbreukpleger schadevergoeding vordert. De richtlijn schadevorderingen onderkent echter de praktische moeilijkheden waarmee de eiser op een volgend niveau van de toeleveringsketen te maken heeft.²⁵ Om die praktische belemmeringen voor indirecte afnemers weg te werken, bevat de richtlijn schadevorderingen daarom regels die het voor hen makkelijker maken om die bewijslast te dragen. Die regels hebben betrekking op weerlegbare rechtsvermoedens, voornamelijk artikel 14, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen,²⁶ en feitelijke vermoedens op basis van de typische gang van zaken. In artikel 14, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen en overweging 41 van de richtlijn schadevorderingen bijvoorbeeld wordt vermeld dat wegens de omstandigheden waarin ondernemingen opereren het een handelspraktijk kan zijn prijsverhogingen op een volgend niveau van de toeleveringsketen door te berekenen. In artikel 17, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen is het algemene vermoeden neergelegd dat kartelinbreuken schade berokkenen.
- (21) Feitelijke vermoedens kunnen worden gedefinieerd in overeenstemming met het nationale recht door te verwijzen naar de economie en de typische marktontwikkelingen, onder meer het inzicht dat in bepaalde sectoren de commerciële praktijk bestaat prijsverhogingen op een volgend niveau van de toeleveringsketen door te berekenen.²⁷
- (22) Dit feitelijke vermoeden is tevens de basis voor het rechtsvermoeden dat in artikel 14, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen is neergelegd. Onder de in dat artikel bepaalde voorwaarden kan de indirecte afnemer profiteren van het weerlegbare vermoeden dat de eiser (d.w.z. de indirecte afnemer) wordt geacht het bewijs te hebben geleverd dat er doorberekening van de directe afnemer aan de indirecte afnemer heeft plaatsgevonden. De voorwaarden die in artikel 14, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen zijn neergelegd en waaraan de eiser moet voldoen, zijn de volgende:
- (a) de verweerder heeft een inbreuk gemaakt op het mededingingsrecht van de EU;
 - (b) de inbreuk op het mededingingsrecht van de EU heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder; en

(24) Artikel 12, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen bepaalt dat het recht van een benadeelde partij om in geval van winstderving door een volledige of gedeeltelijke doorberekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen door de regels inzake doorberekening onverlet worden gelaten.

(25) Overweging 41 van de richtlijn schadevorderingen.

(26) In artikel 14, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen is een specifiek vermoeden neergelegd voor claims van indirecte afnemers; dit wordt hieronder in alinea (22) en volgende meer in detail besproken.

(27) Zie artikel 14, lid 1, en overweging 41 van de richtlijn schadevorderingen.

- (c) de indirecte afnemer heeft de goederen of diensten afgenomen waarop de inbreuk op het mededingingsrecht van de EU betrekking had, of heeft goederen of diensten afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt.
- (23) Dit vermoeden is niet van toepassing indien de inbreukpleger ten genoegen van de rechter aannemelijk kan maken dat de meerkosten niet, of niet volledig, aan de indirecte afnemer zijn doorberekend.²⁸ Indien de inbreukpleger aan deze voorwaarden voldoet, berust de bewijslast, onverlet de toepassing van feitelijke vermoedens, bij de eiser.
- (24) Ten gevolge van het compensatiebeginsel, de praktijk van doorberekening en de bovengenoemde vermoedens is het mogelijk dat parallelle claims van afnemers op verschillende niveaus in de toeleveringsketen worden ingediend. In dergelijke situaties moeten de nationale rechterlijke instanties proberen zowel over- als ondercompensatie te vermijden.²⁹ Dit kan onder meer worden bereikt door bij de aanhangige zaak rekening te houden met schadevorderingen die met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht van de EU verband houden, uitspraken die het gevolg zijn van dergelijke schadevorderingen en relevante, tot het publiek domein behorende informatie uit zaken betreffende de publieke handhaving van het mededingingsrecht van de EU.³⁰ Bijvoorbeeld wanneer samenhangende vorderingen aanhangig zijn voor gerechten van verschillende lidstaten, kunnen de nationale gerechten toepassing maken van artikel 30 van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad³¹, waarnaar in de richtlijn schadevorderingen wordt verwezen.³² In dat artikel wordt bepaald dat de nationale rechterlijke instanties waar de zaak niet als eerste is aangebracht, hun uitspraak kunnen aanhouden of, onder bepaalde voorwaarden, tot verwijzing kunnen overgaan.
- (25) De nationale rechterlijke instanties moeten tevens gebruikmaken van de beschikbare procesrechtelijke middelen naar nationaal recht. De voeging van vorderingen is een instrument waarnaar in de richtlijn schadevorderingen wordt verwezen.³³ Naargelang van het nationale rechtsstelsel kunnen andere instrumenten worden toegepast, zoals tussenkomst van derden en regels over het aanhouden van beslissingen.

2.3. De rol van bewijsmateriaal

- (26) Voor de juridische beoordeling van doorberekening is doorgaans een complexe feitelijke en economische analyse vereist. Hoewel de verkrijging van het noodzakelijke bewijsmateriaal doorgaans een belangrijk element is voor elke vordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op de artikelen 101 of 102 VWEU, wordt de rol van het bewijsmateriaal van de doorberekening bepaald door

(28) Zie artikel 14, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen.

(29) Zie artikel 12, leden 1 en 2, en artikel 15 van de richtlijn schadevorderingen.

(30) Zie artikel 15, punt 1, van de richtlijn schadevorderingen.

(31) Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB L 351 van 20.12.2012, blz. 1).

(32) Zie overweging 44 en artikel 15, lid 2, van de richtlijn schadevorderingen.

(33) Overweging 44 van de richtlijn schadevorderingen.

de bovengenoemde scenario's en de mate waarin een vermoeden van toepassing is.³⁴ De beoordeling en het verzamelen van bewijsmateriaal wordt bepaald door de verschillende beschikbare en relevante feiten voor de beoordeling van doorberekening. Bijvoorbeeld de evolutie van de prijzen die na meerkosten door de directe afnemer daadwerkelijk in rekening zijn gebracht, kan rechtstreeks worden bepaald door te verwijzen naar door de partijen ingediende prijslijsten.

- (27) De richtlijn schadevorderingen moet ervoor zorgen dat de uitoefening van rechten en de wapengelijkheid worden gewaarborgd door regels vast te stellen over de toegang tot bewijsmateriaal. Dergelijke regels zijn op beide bovengenoemde scenario's van toepassing. Voor het scenario waarbij doorberekening als verweer wordt aangevoerd, bepaalt artikel 13 van de richtlijn schadevorderingen specifiek dat de verweerder van de eiser of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen. In een scenario waarbij een indirecte afnemer schadevergoeding vordert, bepaalt artikel 14, lid 1, dat deze indirecte afnemer van de verweerder of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen. Deze toegang tot bewijsmateriaal kan met name van belang zijn omdat zoals hierboven aangegeven de bewijslast voor het bestaan en de omvang van de doorberekening doorgaans op de afnemer berust.
- (28) De bovengenoemde regels over toegang tot bewijsmateriaal beperken de verzoeken om toegang in de mate dat de partij die de bewijslast voor het bestaan en de omvang van de doorberekening draagt, slechts "redelijkerwijs" om toegang tot bewijsmateriaal mag verzoeken. Met betrekking tot de algemene regels inzake toegang tot bewijsmateriaal in artikel 5 van de richtlijn schadevorderingen, mag de nationale rechterlijke instantie de eiser verplichten een plausibele verklaring af te leggen dat de door de meerkosten veroorzaakte schade door de directe afnemer aan de indirecte afnemer is doorberekend. De partij die om toegang verzoekt, moet ook gebruikmaken van de feiten waarover zij "redelijkerwijs" reeds beschikt. In de context van doorberekening slaat dit op informatie die tijdens de bedrijfscontacten met de andere partij zijn verzameld of redelijkerwijs beschikbare informatie van derden, zoals organisaties voor marktonderzoek.
- (29) In de eerste zin van artikel 5, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen is een evenredigheidsbeginsel neergelegd, in die zin dat de nationale rechterlijke instanties het verlenen van toegang tot bewijsmateriaal beperken tot wat evenredig is. Dit principe is van belang voor het beheer van rechtszaken bij vorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op de artikelen 101 of 102 VWEU. Zoals hierboven is vermeld, passen de rechters nationale procedurele regels toe en moeten zij bijzondere aandacht besteden aan het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel. Door het in de eerste zin van artikel 5, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen neergelegde evenredigheidsbeginsel kunnen rechters bij de toepassing van de regels inzake toegang tot bewijsmateriaal rekening houden met de kosten en de baten wanneer zij de verzochte toegang gelasten. De rechters kunnen bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat zij reeds op basis van het door de partijen aangevoerde bewijsmateriaal kunnen ramen welk aandeel van de meerkosten werd doorberekend, in plaats van nog meer gegevens te verzamelen. Naargelang van de middelen die naar nationaal recht beschikbaar zijn, kunnen zij ook economische deskundigen aanwijzen of de vragen waarop de door de partijen

(34) Zie alinea (16) en volgende hierboven.

aangewezen deskundigen moeten antwoorden beperken. Meer gedetailleerde richtsnoeren zijn te vinden in hoofdstuk 4 hieronder.

- (30) Via de nationale rechterlijke instantie, en onder strikt toezicht van die instantie, kan om bewijsmateriaal van een andere partij worden verzocht. Het verzoek moet betrekking hebben op welbepaalde bewijsstukken of categorieën bewijsmateriaal. Mits de nationale rechterlijke instantie rekening houdt met de algemene beginselen van evenredigheid en de bescherming van de rechtmatige belangen zoals uiteengezet in artikel 5, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen, kan aan de partij die het doorberekeningseffect moet bewijzen zelfs toegang tot vertrouwelijke informatie moeten worden verleend. Wanneer toegang tot dergelijke informatie wordt gelast, is het van essentieel belang dat de rechter beschikt over maatregelen om vertrouwelijke informatie te beschermen. Dergelijke maatregelen zijn bijvoorbeeld "confidentiality rings" of "data rooms" waar de vertegenwoordigers van de partijen toegang krijgen tot vertrouwelijke informatie die voor de zaak van belang is³⁵.
- (31) De toegang tot bewijsmateriaal in het dossier van een mededingingsautoriteit zou relevant kunnen zijn voor de begroting van de meerkosten, maar is doorgaans minder relevant in de context van doorberekening (met name omdat de doorberekening van meerkosten te maken heeft met het prijsstellingsgedrag van de afnemers, en de dossiers van mededingingsautoriteiten daarover doorgaans geen informatie bevatten). Zoals bepaald in artikel 6, lid 10, van de richtlijn schadevorderingen is de toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt, slechts in laatste instantie mogelijk.
- (32) Het type bewijsmateriaal dat noodzakelijk is om de doorberekening aan te tonen en te begroten, wordt in grote mate bepaald door de gebruikte economische methode. Zoals hieronder meer in detail wordt beschreven, kunnen de partijen hun analyse in het algemeen baseren op economische theorie en kwantitatieve economie. Los van het feit dat er andere manieren bestaan om bewijsmateriaal in te delen, wordt het bewijsmateriaal daarom meestal ingedeeld in kwalitatief en kwantitatief bewijs. In de richtlijn schadevorderingen zelf is bepaald dat "bewijsmateriaal" elk type bewijsmiddel omvat dat bij de nationale rechterlijke instantie ontvankelijk is.³⁶ Dat kan onder andere het volgende omvatten:
- kwalitatief bewijs, zoals bijvoorbeeld i) contracten, ii) interne documenten over ondernemingsgedrag en prijsstellingsstrategieën, iii) financiële en boekhoudkundige verslagen, iv) getuigenverklaringen, v) adviezen van deskundigen en vi) industrieverslagen en marktstudies;
 - kwantitatief bewijs, met name in verband met gegevens voor het gebruik van econometrische technieken³⁷, zoals i) verkoopprijzen, detailhandelsprijzen en eindconsumentenprijzen voor de betrokken producten of diensten en voor

(35) De Commissie maakt gebruik van data rooms om partijen bij concentratie- en mededingingszaken toegang te verlenen tot vertrouwelijke informatie, zie bijvoorbeeld het werkdokument van de diensten van de Commissie "Best practices for the submission of evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases", alinea 47.

(36) Zie artikel 2, lid 13, van de richtlijn schadevorderingen waarin uitdrukkelijk is bepaald dat "bewijsmateriaal" documenten en andere informatiedragers omvat, ongeacht het medium waarop de informatie is opgeslagen.

(37) Econometrische technieken worden hieronder uitgelegd in deel 4.3 en in aanhangsel 2.

vergelijkbare producten of diensten, ii) financiële verslagen, iii) adviezen van deskundigen, iv) gereguleerde prijzen, v) verkoopvolumes, vi) kortingen en vii) andere inputkosten en kostenelementen.

- (33) Zoals uit de bovenstaande niet-limitatieve lijst kan worden geconcludeerd, kunnen bepaalde soorten bewijsmateriaal zowel bij kwalitatief als bij kwantitatief bewijsmateriaal worden ingedeeld, bijvoorbeeld financiële verslagen en adviezen van deskundigen.
- (34) Tot slot, zoals aangegeven in artikel 15, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen, kunnen schadevorderingen die verband houden met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht van de EU en daarmee verband houdende uitspraken ook een bron van relevante informatie voor het begroten van de doorberekening zijn.

2.4. Begroting van de doorberekening: de ramingsbevoegdheid van de rechtbank

- (35) Artikel 12, lid 5, van de richtlijn schadevorderingen verplicht de lidstaten specifiek ervoor te zorgen dat de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid hebben om in overeenstemming met de nationale procedures te ramen welk deel van de meerkosten werd doorberekend. Die bevoegdheid bestrijkt alle doorberekeningseffecten, d.w.z. het prijseffect en het volume-effect. Dit volgt tevens uit artikel 17, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen, dat meer specifiek van toepassing is op de begroting van de schade.
- (36) Wanneer de lidstaten de ramingsbevoegdheid in nationale wetgeving implementeren, moeten zij rekening houden met de in de richtlijn schadevorderingen en de rechtspraak van het Hof van Justitie neergelegde regels en beginselen. De nationale rechterlijke instanties moeten hun procedurele instrumenten dienovereenkomstig gebruiken. Zij moeten met name de regels inzake bewijslast en bewijsnorm toepassen zodat de volle werking van artikel 101 VWEU niet in gevaar komt.
- (37) Zo oordeelde het Hof van Justitie op basis van het doeltreffendheidsbeginsel in *Kone* dat de benadeelden van een beschermde prijs ("umbrella pricing") vergoeding kunnen vorderen van de wegens een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU geleden schade en dat aan de volle werking van artikel 101 VWEU afbreuk zou worden gedaan indien het nationale recht het recht om vergoeding van de geleden schade te vorderen op categorische wijze en los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval zou uitsluiten. Voorts onderstreept de bovengenoemde zaak dat de rechtspraak van de EU en de richtlijn schadevorderingen relevant zijn voor de beoordeling van het oorzakelijk verband bij vorderingen tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht van de EU. Dit aspect is van belang voor de doorberekening van meerkosten omdat doorgaans feitelijke en juridische vragen rijzen met betrekking tot het oorzakelijk verband wanneer beweerd wordt dat de directe afnemer van een inbreukpleger de meerkosten geheel of gedeeltelijk aan een indirecte afnemer zou hebben doorberekend.
- (38) Ook wanneer de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig de richtlijn schadevorderingen en in overeenstemming met de nationale procedures ramen wat het bedrag is van de schade en welk deel van de meerkosten werd doorberekend, moeten zij de bovengenoemde beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid eerbiedigen. Wat betreft de begrotingsbevoegdheid betekent dit

dat de nationale rechterlijke instanties geen doorberekeningszaken kunnen afwijzen omdat een partij niet in staat is de doorberekeningseffecten nauwkeurig te begroten.

- (39) De ramingsbevoegdheid, zoals neergelegd in artikel 12, lid 5, en artikel 17, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen verplicht de nationale rechterlijke instanties hun beoordeling in de eerste plaats te baseren op de informatie die redelijkerwijs beschikbaar is en in de tweede plaats te streven naar een plausibele benadering van het bedrag of het aandeel van de schade wegens doorberekening. Dit volgt uit de richtlijn schadevorderingen, die benadrukt dat er informatieasymmetrie bestaat en erkent dat de schade nooit exact kan worden begroot³⁸. In de praktijk zullen de nationale rechterlijke instanties moeten uitgaan van vermoedens.³⁹
- (40) Het beginsel van volledige vergoeding vereist niettemin dat de nationale rechterlijke instanties een zo goed mogelijke raming maken. De artikelen 101 en 102 VWEU geven elk slachtoffer van een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU het recht in de positie te worden gebracht waarin die persoon zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt (zie alinea (11) hierboven), niet meer of niet minder. Daarom bepaalt artikel 15, lid 1, van de richtlijn schadevorderingen dat zowel onder- als overcompensatie moet worden vermeden.
- (41) De uitoefening van de raming wordt geregeld door het nationale recht. In feite hebben enkele lidstaten al regels die overeenstemmen met de ramingsbevoegdheid waarin de richtlijn schadevorderingen voorziet.⁴⁰

3. ECONOMISCHE THEORIE VAN DOORBEREKENING

3.1. Overzicht

- (42) De doorberekening van meerkosten en de daaraan verbonden prijs- en volume-effecten ontstaan wegens de stimulansen die een onderneming krijgt om op kostenstijgingen te reageren door haar prijzen te verhogen. De oorspronkelijke meerkosten kunnen worden opgevat als een prijsstijging van de inputkosten voor de directe afnemer. Om de doorberekeningseffecten te ramen, moet de rechtbank nagaan welke gevolgen een dergelijke kostenstijging zou hebben voor 1) de prijzen van de directe afnemer op een volgend niveau van de markt en 2) op het door de directe afnemer geleverde volume.
- (43) De nationale rechterlijke instanties ramen de doorberekening volgens de omstandigheden van de specifieke zaak. Een algemeen begrip van de economische theorie van doorberekening en de daarmee verbonden effecten kan voor de

(38) Zie overweging 46 van de richtlijn schadevorderingen. Om dergelijk problemen aan te pakken zijn in de richtlijn schadevorderingen onder meer regels opgenomen over de toegang tot bewijsmateriaal (zie hieronder alinea (27) en volgende), de mogelijkheid de nationale mededingingsautoriteit om bijstand te verzoeken overeenkomstig artikel 17, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen en de verplichting rekening te houden met andere procedures in verband met dezelfde inbreuk (zie alinea (24) hieronder).

(39) Praktische gids, alinea 16. De algemene benadering voor het begroten van schade in mededingingszaken wordt eveneens uiteengezet in de alinea's 11 tot en met 20 van de praktische gids.

(40) Bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk begroten de nationale rechterlijke instanties de schade "by the exercise of a sound imagination and the practice of the broad axe" (*Gibson v Pride Mobility Products Ltd* [2017] CAT 9), in Nederland begroot de rechter die een veroordeling tot schadevergoeding uitsprekt, de schade "voor zover hem dit mogelijk is" (zie artikel 612 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) en op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is (zie artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek).

rechtbank om verschillende redenen van belang zijn. Ten eerste biedt de economische theorie de rechtbank een kader voor de beoordeling van kwantitatief en kwalitatief bewijsmateriaal. Dergelijk bewijsmateriaal wordt in deel 4.2 nader toegelicht. Ten tweede kan economische theorie met name in een vroeg stadium van de procedure de rechters bij hun beslissingen in verband met de toegang tot gegevens of informatie helpen om de relevantie ervan te beoordelen. Tot slot kunnen theoretische of conceptuele overwegingen ook een basis vormen voor het beoordelen van de geloofwaardigheid en de rendabiliteit van verschillende economische verklaringen die de partijen geven voor het verband tussen meerkosten en doorberekening.

- (44) In de richtlijn schadevorderingen wordt geen onderscheid gemaakt tussen de schade wegens 1) prijsverhoging (prijs effecten) en de doorberekening van dergelijke meerkosten en 2) lagere kwaliteit van de producten of belemmerde innovatie (niet-prijs effecten) en de potentiële effecten in de gehele toeleveringsketen wegens zulke schade. In de richtsnoeren wordt niet ingegaan op doorberekening in het kader van niet-prijs effecten.
- (45) Volgens de economische theorie worden het bestaan en de omvang van de doorberekeningseffecten, d.w.z. de daaraan verbonden prijs- en volume-effecten door een aantal factoren bepaald.⁴¹ Deze factoren zijn onder meer:
- i) de aard van de inputkosten⁴² waarop wordt doorberekend (of deze kosten vast of variabel zijn, of de inbreuk slechts voor één klant verhoogt of voor alle klanten op een bepaalde markt);
 - ii) de aard van de vraag naar het product bij directe of indirecte klanten (met name, het verband tussen de vraag en het prijsniveau);
 - iii) de aard en de intensiteit van de concurrentie tussen de ondernemingen op de markt waar de directe of indirecte klanten actief zijn; en
 - iv) zoals in bijlage 1 meer in detail wordt uiteengezet, andere elementen; zoals de kenmerken van de klanten (consumenten of ondernemingen); het aandeel van de verschillende inputs van een onderneming waarop de meerkosten invloed hebben, afnemersmacht, verticale integratie van directe en indirecte klanten, prijsregulering of de timing van prijsstellingsbeslissingen op de verschillende niveaus in de toeleveringsketen⁴³.
- (46) Ten eerste wordt door de aard van de inputkosten van de directe afnemer met meerkosten bepaald of, en in welke mate, deze meerkosten kunnen worden doorberekend. Wanneer de meerkosten gevolgen hebben voor kosten van de directe afnemer die niet variëren naargelang van de inpuhoeveelheid (d.w.z. vaste kosten), zullen zij waarschijnlijk niet worden doorberekend omdat zulke kosten doorgaans geen gevolgen hebben voor de prijsstelling van de directe afnemer, of toch niet op

(41) De redenen waarom de factoren in alinea (45) van belang kunnen zijn voor het bepalen van het bestaan en de omvang van de met doorberekening verbonden prijseffecten, worden in dit deel uitgelegd. Een meer gedetailleerde verklaring van de gevolgen van elke factor is te vinden in aanhangsel I, samen met een verklaring van het standaardmechanisme van prijsvorming.

(42) Dit wordt nader toegelicht in aanhangsel I.

(43) De timing van de prijsstellingsbeslissingen kan onder meer invloed hebben op de tijdshorizon van de inbreuk en de mogelijke vertraging van de doorberekening van meerkosten.

korte termijn.⁴⁴ Maar wanneer de meerkosten gevolgen hebben voor kosten van de directe afnemer die wel variëren naargelang van de inputhoeveelheid (d.w.z. variabele kosten), is het doorgaans veel waarschijnlijker dat zij zullen worden doorberekend, toch zeker in bepaalde mate. Dit komt doordat de marginale kosten (een subcategorie van de variabele kosten) doorgaans de prijsstellingsbeslissingen van de directe afnemer beïnvloeden.⁴⁵

- (47) Ten tweede heeft de vraag naar het product bij de directe klant gevolgen voor het niveau van de doorberekening. Een standaard prijsvormingsmechanisme bouwt voort op het feit dat de vraag bij een onderneming (d.w.z. de hoeveelheid die zij verkoopt) daalt wanneer zij haar prijzen verhoogt. De mate waarin een directe afnemer zijn eigen prijzen verhoogt wanneer hij met meerkosten te maken heeft, hangt af van de mate waarin de vraag op een dergelijke prijsverandering reageert. Bijvoorbeeld wanneer de directe afnemer een monopolist is en de vraag waarmee hij te maken heeft, op alle prijsniveaus even gevoelig is voor prijsveranderingen, zal doorgaans de helft van de meerkosten worden doorberekend. Indien de vraag bij de monopolist steeds meer daalt (d.w.z. in een toenemend tempo) wanneer de prijzen stijgen, zal de directe afnemer doorgaans niet meer dan de helft van de meerkosten doorberekenen. Indien de vraag bij de monopolist steeds minder daalt (d.w.z. in een dalend tempo) wanneer de prijzen stijgen, zal de directe afnemer doorgaans meer dan de helft van de meerkosten doorberekenen.
- (48) Ten derde hebben de aard en de intensiteit van de concurrentie tussen de ondernemingen op de markt waar de klanten van de inbreukpleger actief zijn ook gevolgen voor het niveau van de doorberekening. Het is belangrijk zich ervan bewust te zijn dat het effect van sterkere concurrentie op de mate van doorberekening afhankelijk is van de vraag of de oorspronkelijke meerkosten enkel van belang zijn voor de directe klant (d.w.z. ondernemingsspecifieke meerkosten) of ook voor de concurrenten van de directe klant (meerkosten voor een hele sector). Indien de meerkosten enkel gevolgen hebben voor één directe afnemer die hevig concurreert met andere directe afnemers, is doorberekening minder waarschijnlijk dan in een situatie waarin de enige getroffen directe afnemer weinig concurrentie heeft. Indien er echter voor een hele sector meerkosten zijn, zal een groot aantal concurrerende directe afnemers doorgaans de voorkeur geven aan een hogere doorberekening van die meerkosten in vergelijking met markten waar er minder concurrentie is⁴⁶.
- (49) In een aantal uitspraken van nationale rechterlijke instanties in vorderingen tot schadevergoeding is onderstreept hoe belangrijk het is rekening te houden met de verandering van de vraag als reactie op veranderingen in prijzen, de intensiteit van de concurrentie en of de concurrenten van de directe klant al dan niet door de doorberekening worden geraakt.⁴⁷

(44) Op lange termijn kunnen vaste kosten echter de analyse aantasten van de strategische beslissingen van een onderneming om bijvoorbeeld de productiecapaciteit te verhogen, waardoor op zijn beurt dan weer het daarop volgende prijsvormingsmechanisme (op korte termijn) kan worden beïnvloed.

(45) Zie de richtsnoeren van de Commissie voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB C 31 van 5.2.2004, punt 80).

(46) Deze voorspellingen op basis van economische theorie worden nader geïllustreerd en toegelicht in voorbeeld 3 in hoofdstuk 3.2.

(47) Voorbeelden van uitspraken in verband met het belang van marktdynamica en de reactie van de vraag naar aanleiding van prijsveranderingen zijn te vinden in bijvoorbeeld de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 28 juni 2011, Zaak nr. KZR 75/10 (*ORWI*) punten 59 en 69 en van Landgericht Düsseldorf van 19 november 2015, Zaak nr. 14d O 4/14 (*German Car*).

- (50) Ten vierde, zoals vermeld in alinea (45) en in aanhangsel 1, kunnen andere elementen onder bepaalde voorwaarden een cruciale rol spelen voor het prijsvormingsmechanisme van de directe afnemer en dus voor de doorberekening van meerkosten door de directe afnemer. Deze elementen kunnen bijvoorbeeld niet alleen gevolgen hebben voor de doorberekening van het met de doorberekening verbonden prijseffect, maar ook voor het volume-effect (bijvoorbeeld meerkosten voor het ene product kunnen ook gevolgen hebben voor andere producten die de directe afnemer verkoopt wanneer deze producten onderling substitueerbaar zijn) of voor het tijdstip wanneer dergelijke effecten zich zouden voordoen (bijvoorbeeld vertraging van de doorberekening van meerkosten in de tijd, of het geval wanneer een directe afnemer die kosten zou moeten maken om zijn prijzen te wijzigen, besluit geringe meerkosten niet door te berekenen wegens dergelijke "menukosten"). Een ander element dat voor het begroten van de doorberekening van meerkosten van belang kan zijn, is de vraag of de input waarop de doorberekening invloed heeft, een groot of een klein gedeelte van de variabele kosten van de directe afnemer vertegenwoordigt. Sommige van die factoren zijn ook door nationale rechterlijke instanties meegenomen in doorberekeningszaken⁴⁸.
- (51) Uiteindelijk is het ook van belang dat de bovengenoemde factoren gelijktijdig de resultaten van een doorberekeningsscenario beïnvloeden, en dat ook rekening moet worden gehouden met hun onderlinge afhankelijkheid. Het relatieve belang van elke factor kan echter van geval tot geval variëren.
- (52) Het bestaan en de omvang van de doorberekening heeft te maken met de verminderde verkoop die elke prijsstijging doorgaans meebrengt. Zoals hierboven werd beschreven, kan deze verminderde verkoop worden omschreven als het volume-effect. Het volume-effect ontstaat doordat de afnemer doorgaans te maken heeft met een dalende vraagcurve. Indien de oorspronkelijke meerkosten worden doorberekend naar de volgende niveaus in de toeleveringsketen, zal op alle niveaus van de verticale keten een volume-effect optreden. Wanneer een claim schadevergoeding wegens volume-effecten omvat, moeten de rechters dus ook dit effect ramen.
- (53) Zoals hierboven aangegeven kan iedere benadeelde van een inbreuk op het mededingingsrecht van de EU volledige vergoeding eisen voor de schade die causaal verband houdt met de inbreuk. Wanneer doorberekening wordt ingeroepen, is een beoordeling van het volume-effect belangrijk om de schade ten gevolge van de doorberekening te begroten. Een raming van de totale schade door het prijseffect ten gevolge van doorberekening eenvoudig af te trekken van het effect van de meerkosten, leidt tot een onderschatting van de door de directe of indirecte klant geleden schade, aangezien er geen rekening wordt gehouden met het volume-effect.

(2) _____
Glass), punt 221. Het belang van de concurrentiegraad en de vraag of de oorspronkelijke meerkosten ondernemingsspecifiek zijn of voor een hele sector gelden, wordt eveneens behandeld in een aantal uitspraken van nationale rechterlijke instanties, zie bijvoorbeeld een Deense uitspraak, SØ- og Handelsretten in zaak nr. V 15/01, *EKKO*, (2002), en een Spaanse uitspraak, Tribunal Supremo, 7 november 2013 in zaak nr. 5819/2013 (*Nestle e.a./Ebro Puleva*).

(48) Voor een geval waarin wordt nagegaan of doorberekening waarschijnlijk is indien de door meerkosten getroffen input een klein gedeelte van de variabele kosten van de directe afnemer vertegenwoordigt, zie bijvoorbeeld de Franse uitspraak, Cour d'appel de Paris, arrest van 27 februari 2014, zaak nr. 10/18285 (*DOUX/Ajinomoto & CEVA*). Dit arrest wordt nader toegelicht in **Error! Reference source not found.** hieronder.

- (54) Het door de meerkosten gederfde volume wordt beïnvloed door de gevoeligheid van de vraag bij de afnemer en de wijze waarop de concurrenten van de afnemer op de meerkosten reageren. Bijvoorbeeld, indien de afnemer te maken heeft met een inelastische vraag, d.w.z. wanneer de klanten slechts in beperkte mate gevoelig zijn voor prijsverhogingen, leidt de prijsstijging slecht tot een relatief beperkte daling van het verkochte volume. Dit zal onder voor het overige gelijkblijvende omstandigheden tot een kleiner volume-effect leiden dan bij een elastischere vraag. Tegelijkertijd kan dit bij prijsstijgingen van de concurrenten van de afnemer naar aanleiding van meerkosten ook de gevolgen van de eigen prijsstijging van de afnemer voor zijn verkoop beperken.⁴⁹

3.2. Voorbeelden

- (55) Voorbeeld 1 beschrijft ondernemingsspecifieke meerkosten op een markt met sterke concurrentie.

Voorbeeld 1

Situatie: Er zijn 10 producenten van appelsap op dezelfde relevante markt. Een van de producenten betreft zijn appels van een leverancier uit een prijskartel. De appelsapproducent vordert schadevergoeding voor meerkosten. De verweerder (de appelleverancier) voert doorberekeningsverweer aan en stelt dat de appelsapproducent de volledige meerkosten aan de indirecte afnemers heeft doorberekend.

Analyse: De appelsapproducent met de meerkosten krijgt voor de productie en de levering van appelsap sterke concurrentie van de negen andere bedrijven. Alle producten die door de tien ondernemingen worden verkocht, zijn voor de consumenten eerder homogeen. Voor zover de andere producenten geen appels van de kartelliden betrekken, maar deze elders tegen lagere prijzen kunnen kopen, ondervindt de producent die van het kartel moet kopen een concurrentieel nadeel ten opzichte van zijn concurrenten. Het vermogen van de appelsapproducent de kostenstijging door te berekenen zou dus worden beperkt door het feit dat hij bij doorberekening, zelfs bij gedeeltelijke doorberekening, veel verkoop (en winst) zou verliezen aan zijn concurrenten. Hoe sterker de concurrentie tussen de 10 appelsapproducenten, hoe groter de beperking van het vermogen de kostenstijging door te berekenen. In dit scenario zal de directe klant dus de prijsstijging (de meerkosten) normaal gezien niet kunnen doorberekenen.

- (58) In onderstaand voorbeeld 2 wordt een situatie geschetst van meerkosten voor een hele sector en de intensiteit van de concurrentie.

Voorbeeld 2

Situatie: De 10 appelsapproducenten in voorbeeld A betrekken allemaal hun

(49) Indien enkel de afnemer zijn prijzen verhoogt, zouden zijn klanten van zijn concurrenten kunnen kopen. Wanneer de concurrenten hun prijzen echter ook verhogen, kan het voor de klanten minder aantrekkelijk zijn om over te stappen, waardoor de daling van de totale verkoop van de eerste afnemer minder groot zou kunnen zijn. Indien een of meer klanten reageren op een prijsstijging op de gehele markt door het product helemaal niet meer te kopen, kan het volume-effect zelfs groter zijn dan in het geval van een prijsstijging bij één enkele afnemer.

appels van leveranciers uit een prijskartel. De leden van het kartel beweren dat meerkosten worden doorberekend aan de indirecte afnemers.

Analyse: De appelsapproducenten zijn in vergelijkbare mate blootgesteld aan de meerkosten en de markt wordt als concurrerend beschouwd. Aangezien alle producenten met meerkosten te maken hebben, zal de ene onderneming geen concurrentienadeel ondervinden ten opzichte van de andere ondernemingen. Het is daarom waarschijnlijker dat elke appelsapproducent de meerkosten grotendeels zal doorberekenen, in vergelijking met het geval in voorbeeld 1 (waar de meerkosten ondernemingsspecifiek waren). Ter illustratie, bij volledige mededinging is de prijs gelijk aan de marginale kosten, en een stijging van de kosten van een input zal daarom onmiddellijk tot een prijsstijging leiden.

(60) Mate van doorberekening bij monopolisten met verschillende vraag

Voorbeeld 3

Situatie: Appelsapproducent A is een monopolist op de markt van de productie van appelsap in lidstaat 1, terwijl appelsapproducent B een monopolist is op dezelfde productmarkt in lidstaat 2. De productiekosten voor een extra eenheid appelsap zijn constant en voor A en B vergelijkbaar.

De twee appelsapproducenten betrekken hun appels van C, een leverancier uit een prijskartel. Daardoor hebben A en B 6 euro/appel meerkosten wanneer zij van C kopen.

Bij A en B is de vraag van detailhandelsketens in elke lidstaat verschillend. In lidstaat 1 is de vraag op alle prijsniveaus even gevoelig voor prijsveranderingen (d.w.z. de vraag is lineair, zie ook Vak 9) Dat is niet het geval in lidstaat 2. Daar daalt de vraag steeds minder (d.w.z. in een dalend tempo) wanneer de prijs stijgt (d.w.z. de vraag is convex, zie ook Vak 9). A en B vorderen vergoeding van C (lid van het kartel) voor de schade door meerkosten. C roept doorberekeningsverweer in, en stelt dat A en B de helft van de meerkosten zullen doorberekenen.

Analyse: De monopolisten in de lidstaten 1 en 2 hebben in elke lidstaat te maken met een verschillende vraag van de detailhandelsketen. Hun kosten voor de productie van een extra eenheid appelsap zijn constant. De meerkosten van 6 euro per appel voor beide gevallen wordt voor beiden als stijging van de marginale kosten beschouwd. Na een dergelijke kostenstijging is de ruimte om de prijzen naar boven bij te stellen bepaald door het volume aan output dat elk van hen moet opofferen om een bepaald gedeelte van de kostenwijziging door te berekenen, d.w.z. de prijzen te verhogen. Als de gedeelde volumes bij prijsstijgingen relatief laag zijn, zal de prijsstijging aantrekkelijker zijn dan wanneer het gedeelde volume hoog is. Het gedeelde volume bij prijsverhoging houdt verband met de kromming van de vraag bij de monopolist, d.w.z. of de vraag lineair, convex of concaaf is. Dit wordt nader toegelicht in Vak 10 hieronder.

Voor monopolist A in lidstaat 1 voorspelt de economische theorie dat een dergelijke monopolist de helft van de meerkosten zou doorberekenen, 3 euro dus. Aangezien monopolist B te maken heeft met een convexe vraag zou de resterende

vraag echter minder prijsgevoelig worden naarmate de prijs stijgt. In vergelijking met A, (die te maken heeft met een lineaire vraag), zal B minder volume verliezen wanneer hij zijn prijs met 3 euro verhoogt. Dit betekent dat B een stimulans heeft om meer dan de helft van de oorspronkelijke meerkosten door te berekenen.

4. BEGROTING VAN DE PRIJS- EN VOLUME-EFFECTEN IN VERBAND MET DOORBEREKENING

4.1. Inleiding

- (62) Vergoeding van de geleden schade heeft tot doel de benadeelde partij in de positie te brengen waarin die zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was geweest. Om deze positie te kunnen bepalen, moet de vastgestelde situatie, d.w.z. een situatie waarin een inbreuk is begaan, worden vergeleken met een hypothetische situatie, d.w.z. een situatie waarin geen inbreuk is begaan. Deze hypothetische situatie wordt het "nulscenario" genoemd.
- (63) Het construeren van een nulscenario heeft tot doel het effect van de inbreuk te isoleren van andere factoren die een invloed hebben op de prijzen en die zelfs een invloed zouden hebben gehad op de prijzen in de getroffen markt wanneer er geen inbreuk was geweest⁵⁰. Bijvoorbeeld een stijging van de vraag zou normaalgezien tot een prijsstijging leiden; ook zonder kartel. Voor dat effect hoeven directe of indirecte afnemers niet vergoed te worden. Om te voorzien in de constructie van een nulscenario moeten dus factoren worden gecontroleerd die geen verband houden met de inbreuk⁵¹.
- (64) Aangezien het nulscenario een hypothetisch scenario is, kan het niet rechtstreeks worden vastgesteld. Zoals hieronder wordt beschreven, zijn er verschillende methoden en technieken ontwikkeld in de economische en de juridische praktijk om het nulscenario vast te stellen. Deze methoden en technieken variëren wat betreft de onderliggende aannames en de verschillende soorten benodigde gegevens.
- (65) De keuze van de techniek voor een bepaald geval zal doorgaans worden bepaald door een aantal aspecten. Zoals in deel 2 hierboven is toegelicht, moeten de nationale rechterlijke instanties bij de ramingen van het aandeel van de doorberekende meerkosten het doeltreffendheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. De ramingsbevoegdheid verplicht de nationale rechterlijke instanties hun beoordeling in de eerste plaats te baseren op de informatie die redelijkerwijs beschikbaar is en in de tweede plaats te streven naar

(50) De noodzaak om bij een beoordeling van doorberekening een nulscenario te construeren is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake doorberekening in de context van terugbetaling van door de lidstaten onrechtmatige opgelegde heffingen en douanerechten, zie arrest van het Hof van Justitie van 4 oktober 1979, C-238/78 (*Ireks-Arkady tegen Raad en Commissie*), EU:C:1979:226, punt 14; arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2000, C-441/98 (*Michailidis*), EU:C:2000:479, punt 33 en volgende; arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2011, C-398/09 (*Lady & Kid e.a.*), EU:C:2011:540. Verder wijst de advocaat-generaal erop in punt 78 van zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Justitie van 9 december 2003 in zaak C-129/00 (*Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek*) EU:C:2003:319, dat een nulscenario nodig zou zijn om aan te tonen hoe de prijzen op een volgend niveau in de toeleveringsketen zouden zijn geëvolueerd indien de oorspronkelijke meerkosten er niet zouden zijn geweest.

(51) Zie de daarmee verbonden discussie in alinea (79).

een plausibele benadering van het bedrag of het aandeel van de schade wegens doorberekening.

- (66) Bijvoorbeeld, wanneer de eiser en de verweerder verschillende methodes hanteren en de toepassing van deze methodes tot tegenstrijdige resultaten leidt, is het doorgaans niet aangewezen de raming van de doorberekening te baseren op het gemiddelde van de beide resultaten, of te stellen dat de tegenstrijdige resultaten elkaar opheffen in de zin dat beide resultaten buiten beschouwing moeten worden gelaten. Zoals in de praktische gids is vermeld, zou het in een dergelijk scenario eerder aangewezen zijn de redenen voor de uiteenlopende resultaten te onderzoeken en rekening te houden met de sterke en zwakke punten van beide methoden en hun uitvoering⁵².
- (67) De volgende delen geven een overzicht van verschillende technieken voor de raming van de door doorberekening veroorzaakte prijs- en volume-effecten. Zoals hieronder wordt toegelicht, variëren de technieken wat betreft complexiteit en benodigde gegevens, gaande van analyses op basis van kwalitatief bewijsmateriaal enerzijds tot econometrische technieken⁵³ op basis van kwantitatieve gegevens anderzijds. Hoe dan ook moet de benadering van de raming in lijn zijn met de toepasselijke regels naar nationaal recht, met inachtneming van het evenwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel⁵⁴.
- (68) In deze context bestaat er geen techniek die in alle gevallen beter geschikt zou zijn dan andere. Het gebruik van econometrische technieken illustreert dit. In de meeste gevallen kan het gebruik van dergelijke technieken de nauwkeurigheid van een raming verbeteren. Zulke technieken vereisen doorgaans aanzienlijk wat gegevens, die niet altijd beschikbaar zijn. Het verzamelen van gegevens en de economische analyse ervan kunnen aanzienlijke kosten meebrengen die niet evenredig zijn met het bedrag van de betrokken schadevergoeding.
- (69) De kosten waarmee in deze context rekening moet worden gehouden zijn misschien niet enkel de kosten van de partij die de bewijslast draagt wanneer zij een bepaalde methode toepast, maar ook die van de andere partij om een argument te weerleggen, de kosten van derden en die van het gerechtelijk stelsel wanneer de rechter de raming van de doorberekening maakt, met inbegrip van de kosten van een eventuele door de rechter aangewezen economische deskundige. Indien de bovengenoemde kosten te hoog zijn, kunnen zij de uitoefening van het recht op volledige vergoeding praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maken⁵⁵.
- (70) Wanneer de doorberekeningseffecten worden berekend, kunnen de nationale rechterlijke instanties gebruikmaken van direct bewijsmateriaal dat voor de zaak van belang is. Bijvoorbeeld door de directe afnemer of de indirecte afnemer opgestelde interne documenten of andere documenten van kwalitatieve aard met betrekking tot de verhouding tussen de meerkosten en de veranderingen in de eigen prijzen. Indien dit type bewijsmateriaal beschikbaar is, kan de rechter het voldoende achten de doorberekeningseffecten (prijs- en volume-effecten) te ramen

(52) Zie ook de praktische gids, alinea 125.

(53) Het concept van econometrische technieken wordt uitgelegd in deel 4.3 hieronder en in aanhangsel 2.

(54) Zie alinea (9) hierboven.

(55) Het belang van het doeltreffendheidsbeginsel wordt eveneens benadrukt in de praktische gids in de context van de raming van meerkosten.

door rekening te houden met kwalitatief bewijsmateriaal of door aanpassingen te maken in de kwantitatieve gegevens zonder gebruik te maken van een regressieanalyse. De beschikbaarheid van kwalitatief bewijsmateriaal kan een belangrijke rol spelen wanneer een rechtbank beslist of en welke kwantitatieve technieken uit het volgende gedeelte door een partij kunnen worden gebruikt om te voldoen aan de bewijsnorm naar toepasselijk recht⁵⁶.

- (71) Zoals in Figuur 5 in bijlage 1 wordt geïllustreerd, vloeien de drie elementen van de schade voort uit de meerkosten, het door de doorberekening veroorzaakte prijseffect en het door de doorberekening veroorzaakte volume-effect. De rechter en de economische deskundigen kunnen ervoor kiezen deze drie componenten achtereenvolgens te ramen. De eerste stap bestaat in de begroting of de raming van de doorberekening. Voor de raming van dit effect kunnen verschillende methoden worden gebruikt. Deze methoden worden in de praktische gids toegelicht.
- (72) De tweede stap is de raming van de omvang van het door doorberekening veroorzaakte prijseffect. De omvang van dit effect kan rechtstreeks worden geraamd, door vergelijkbare methoden te gebruiken als bij de begroting van de meerkosten, of, indien aan bepaalde aannames is voldaan, indirect door een raming van de mate waarin de stijging van de getroffen inputkosten had moeten worden doorberekend en door deze raming te combineren met informatie over de meerkosten en de verkoop. In de delen 4.3.1 en 4.3.2 wordt een overzicht gegeven van de verschillende benaderingen voor de begroting van deze effecten.
- (73) Als derde stap worden de door de doorberekening veroorzaakte volume-effecten geraamd. Zoals bij het door doorberekening veroorzaakte prijseffect kan het volume-effect direct of indirect worden bepaald. De delen 4.4.2 en 4.4.3 bevatten verschillende benaderingen voor de begroting van die effecten.
- (74) Andere benaderingen, zoals de holistische benadering, waarbij gelijktijdig rekening wordt gehouden met de doorberekening en de volume-effecten, kunnen eveneens worden gebruikt voor het begroten van de schade bij schadevorderingen voor nationale rechterlijke instanties wegens inbreuken op het mededingingsrecht van de EU.

4.2. Voor de begroting van het doorberekeningseffect benodigde gegevens en informatie

- (75) Zoals toegelicht in deel 2.2, moet de richtlijn schadevorderingen ervoor zorgen dat de uitoefening van rechten en de wapengelijkheid worden gewaarborgd door regels vast te stellen voor de toegang tot bewijsmateriaal. De gegevens en de informatie waarover de partijen of derden beschikken, zijn belangrijke factoren om een grondige economische analyse van de doorberekening uit te voeren. Bij de begroting van het prijseffect ten gevolge van de doorberekening kan het vaststellen van de behoefte aan gegevens en de van de beschikbaarheid van die gegevens een nuttige eerste stap zijn.
- (76) Zoals hierboven aangegeven, is het economische leidbeginsel bij de raming van doorberekening in deze context de vergelijking van de feitelijke situatie met de situatie die zich zou hebben voorgedaan zonder de inbreuk, d.w.z. het nulscenario.

(56) Daarop wordt ook gewezen in de praktische gids, alinea 14.

Het verzamelen van gegevens en informatie moet daarom worden toegespitst op het verzamelen van kwantitatieve en kwalitatieve gegevens waarmee het nulscenario kan worden geconstrueerd.

- (77) De keuze voor een bepaald soort gegevens dat nodig is voor de raming van doorberekening, vereist een goede kennis van de betrokken sector en van de voornaamste kenmerken van de markt met betrekking tot de hangende zaak. Daarom kan het nuttig zijn documenten te raadplegen die om te beginnen al een indicatie geven van de plausibiliteit van de doorberekening, zoals bestaande gerechtelijke uitspraken, parallelle civielrechtelijke procedures op hetzelfde of op een ander niveau in de toeleveringsketen op dezelfde markt, marktstudies of beslissingen van mededingingsautoriteiten waarin de relevante marktdynamica wordt beschreven.

- (78) Zoals hierboven werd aangegeven, is het mogelijk dat de rechter rekening moet houden met bewijsmateriaal van zowel kwalitatieve als kwantitatieve aard. Kwalitatief bewijsmateriaal, zoals interne documenten over prijsstelling, strategieën, contracten en financiële verslaglegging, kan worden geanalyseerd in het kader van de economische theorie. Dergelijke documenten kunnen ook informatie verstrekken over de vraag of er bewijs bestaat van het verband tussen de prijsstelling op een volgend niveau in de keten en de doorberekening op een eerder niveau in de keten ten gevolge van de inbreuk.

- (79) Om een nulscenario te kunnen vaststellen en na te gaan welke factoren allemaal van invloed zijn op de doorberekening, hebben de partijen in de meeste gevallen evenwel kwantitatief bewijsmateriaal nodig. Dergelijk bewijsmateriaal kan gegevens over daadwerkelijke prijzen, kosten of marges omvatten, alsook externe indicatoren die van invloed zouden zijn op de prijsbesluiten van ondernemingen, bijvoorbeeld geaggregeerde indicatoren van de economische activiteit (zoals bbp-groei, inflatie- en arbeidsparticipatiecijfers). In sommige gevallen kunnen regionale variabelen van economische activiteit nuttig zijn voor de controle van verschillende regionale trends die geen verband houden met de inbreuk.

- (80) De rechter kan ook rekening houden met meer sector- of ondernemingsspecifieke factoren die van invloed zijn op de prijsvorming. Als in het in vak 1 hierboven weergegeven hypothetische geval plastic tijdens de periode van de inbreuk ook een essentiële input voor de productie van kabelbomen was geweest, terwijl koperproducent A met zijn concurrent was overeengekomen prijzen vast te leggen voor koper als hoofdininput voor kabelboomleverancier B, zou B aan zijn klanten wellicht ook een prijsverhoging hebben doorberekend voor plastic waarvoor geen inbreuk op het mededingingsrecht van de EU was begaan. In dit geval, een raming van de doorberekening waarbij geen rekening wordt gehouden met de effecten van prijsstijgingen voor plastic, zou de doorberekening van de meerkosten aanzienlijk kunnen worden overschat door de volledige prijsstijging ten onrechte aan de inbreuk toe te schrijven. Hetzelfde geldt voor potentiële dalingen van andere inputkosten die, als ze niet zijn geboekt en doorberekend op een volgend niveau van de toeleveringsketen, de geraamde doorberekening van de meerkosten als gevolg van het kartel kunstmatig zouden doen dalen.

- (81) De relevantie van gegevens hangt niet alleen af van de gebruikte methode of techniek, maar ook van het concrete geval. De verschillende vereisten voor elke methode worden hieronder nader beschreven. In onderstaande voorbeelden is de toepassing van de methoden toegespitst op de prijs. Afhankelijk van de

beschikbaarheid van gegevens en de omstandigheden van een bepaald geval kan de rechter dezelfde methoden ook overwegen voor de raming van andere economische variabelen, zoals winstmarges of het kostenniveau van een onderneming. De gegevens die worden gebruikt om de getroffen markt te vergelijken met het nulscenario kunnen betrekking hebben op de hele markt (bijv. het gemiddelde van de prijs van kabelbomen voor alle klanten op andere product- of geografische markten) of op bepaalde klanten of klantengroepen.

- (82) Wanneer op grond van nationaal recht toegang tot gegevens wordt gelast, moet de rechtbank, zoals in de richtlijn schadevorderingen is aangegeven, rekening houden met de beginselen van redelijkheid en evenredigheid.⁵⁷ In overeenstemming met deze beginselen kan de rechter bijvoorbeeld rekening houden met de beschikbaarheid, de hoeveelheid en de kosten van het ontsluiten en mogelijk opschonen van gegevens⁵⁸, of algemener, met de bestede tijd.
- (83) In vele gevallen van beoordeling van de doorberekening van meerkosten kunnen economische deskundigen bij de schadevorderingen voor nationale rechterlijke instanties betrokken worden. De regels inzake deskundigenbewijs verschillen aanzienlijk per lidstaat⁵⁹, maar nationale rechters vinden richtsnoeren over algemene beginselen en instrumenten die relevant zijn wanneer economische deskundigen worden ingeschakeld, wellicht nuttig. Hoe dan ook moeten zij de nationale procedures zo toepassen dat getuigenbewijs van deskundigen wordt gebruikt om een doeltreffende en evenredige toepassing van het EU-recht te garanderen.
- (84) De rechter kan reeds in het beginstadium van de procedure besprekingen faciliteren tussen de deskundigen die de betrokken partijen vertegenwoordigen. Dergelijke besprekingen kunnen erop gericht zijn de gebieden van overeenstemming en onenigheid over aangelegenheden die voor de zaak van belang zijn, te beperken, met inbegrip van kwesties over bekendmakingsvereisten. Een voorbeeld van een dergelijke aanpak is in Vak 3 hieronder weergegeven.

Vak 3: voorbeeld van een zaak waarin bewijsmateriaal door economische deskundigen is geleverd⁶⁰

In een bij een rechtbank in het Verenigd Koninkrijk hangende zaak hadden de economische vertegenwoordigers van beide partijen (inbreukpleger en eiser) elk een verschillende methode voor de raming van de doorberekening voorgesteld. De rechter was bezorgd over de mogelijke complexiteit van het deskundigenbewijs en verzocht de deskundigen van de partijen tot een overeenkomst over de voorgestelde benadering van het economisch bewijsmateriaal van de doorberekening te komen voordat hij toegang tot

(57) Zie de bovenstaande alinea's (28) en (29).

(58) Onder het opschonen van gegevens wordt verstaan het opsporen en verwijderen van tegenstrijdigheden in de gegevens.

(59) In Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk werken rechters bijvoorbeeld grotendeels rechtstreeks met door de partijen aangewezen economische deskundigen. In andere lidstaten, zoals België, Denemarken, Duitsland, Hongarije en Italië, hebben rechters in veel gevallen advies gevraagd aan door de rechter aangewezen deskundigen. In de respectieve nationale rechtstelsels wordt ook op uiteenlopende wijze beoordeeld ten opzichte van wie de deskundige een verplichting heeft. In een aantal lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk en Ierland, heeft de deskundige een verplichting tegenover de rechter, zelfs wanneer hun vergoedingen/honoraria door de partijen worden betaald. In Spanje hebben door de partijen aangewezen deskundigen een verplichting tot objectiviteit en onafhankelijkheid, terwijl in sommige lidstaten, zoals Duitsland en Italië, een dergelijke expliciete verplichting niet bestaat.

(60) High Court of England and Wales, *Emerald Supplies v. British Airways Plc*, HC-2008-000002.

bewijsmateriaal gelastte. Als de deskundigen het niet eens werden over de benadering, zou de rechter luisteren naar de verklaringen over de respectieve benaderingen, waarbij werd toegelicht wat elke deskundige voorstelde, de vereiste informatie en de kosten van de oefening, en dan een beslissing nemen over de toe te passen methode.

- (85) In een aantal jurisdicties kunnen de nationale rechterlijke instanties economische deskundigen aanwijzen die de rechter bijstaan bij de raming van de doorberekening, en hebben zij deze benadering steeds gevolgd om de oorspronkelijke meerkosten te ramen. Zoals hierboven uitgelegd, kan de rechter een vergelijkbare benadering volgen bij de raming van de doorberekening, bijv. door gebruik te maken van op vergelijking gebaseerde methoden (zogenoemde "comparator based methods"). De ervaring met het inschakelen van door de rechter aangewezen deskundigen bij de raming van de meerkosten kan bijgevolg ook relevant zijn voor de raming van de doorberekening. Een voorbeeld van een benadering waarbij de rechter een economische deskundige heeft aangewezen, is weergegeven in Vak 4 hieronder.

Vak 4: voorbeeld van een zaak⁶¹ waarin de rechter een economische deskundige aanwijst

In deze zaak was een economische deskundige aangewezen door de rechter. De deskundige had de taak een methode voor te stellen en vervolgens de meerkosten te begroten. Als eerste stap stelde de deskundige een empirische methode voor de raming van de meerkosten voor. De door de deskundige voorgestelde benadering is via schriftelijke procedure en in mondelinge hoorzittingen besproken voordat de rechter een beslissing nam over de te volgen benadering.

Als volgende stap is de gekozen methode toegepast en zijn de meerkosten berekend. De voor de berekeningen gebruikte onderliggende gegevens zijn voorgelegd aan de rechter en aan de partijen.

De derde stap bestond in een robuustheidstoets waarbij diverse partijen (de verweerders, het Openbaar Ministerie en de nationale mededingingsautoriteit) in de gelegenheid werden gesteld opmerkingen te maken en vragen te stellen. Deze opmerkingen zijn in aanmerking genomen bij de aan de rechter voorgelegde eindbeoordeling. In de eindbeoordeling is ook gekeken naar de geloofwaardigheid van de geraamde resultaten, de robuustheid van de geraamde effecten en de kwaliteit van de onderliggende gegevens.

- (89) In zaken waarin er tussen de economische deskundigen die de partijen vertegenwoordigen, meningsverschillen bestaan over de benadering voor de raming van de doorberekening, kan de nationale rechter van de nationale mededingingsautoriteit ook advies krijgen over de te gebruiken methode⁶². Om de

(61) Oberlandesgericht Düsseldorf Düsseldorf, vonnis van 26 juni 2009, Zaak nr. VI-2a Kart 2 – 06/08, (*Zement*).

(62) Uit artikel 17, lid 3, van de richtlijn schadevorderingen volgt dat een nationale mededingingsautoriteit op verzoek van een nationale rechterlijke instantie bijstand kan verlenen bij het bepalen van het bedrag van de schade, indien die nationale mededingingsautoriteit deze bijstand passend acht.

mate van doorberekening te beoordelen, kan de nationale rechter zich in principe ook baseren op informatie in een besluit van een mededingingsautoriteit, bijv. betreffende de oorspronkelijke meerkosten⁶³.

- (90) De raming van het prijseffect als gevolg van doorberekening is gebaseerd op een analyse van de financiële informatie of gegevens van de onderneming. Dergelijke gegevens zijn vaak historisch, maar in een aantal gevallen kunnen ze commercieel gevoelig zijn voor de partijen in een bepaalde zaak, en bijgevolg als vertrouwelijke informatie worden beschouwd. Zoals hierboven in deel 2 reeds werd uiteengezet, kan de rechter de toegang tot bewijsmateriaal met vertrouwelijke informatie gelasten indien er maatregelen beschikbaar zijn om vertrouwelijke informatie te beschermen.

4.3. Begroting en raming van de prijseffecten als gevolg van doorberekening

- (91) Wanneer de nationale rechterlijke instanties de prijseffecten ten gevolge van de doorberekening ramen, kunnen zij verschillende soorten economische benaderingen voor begroting hanteren, met name de directe benadering, zoals hieronder beschreven in alinea (92) en volgende, maar ook de indirecte benadering⁶⁴, zoals hieronder beschreven in punt 4.3.2.1 en volgende.

4.3.1. Directe benaderingen - op vergelijking gebaseerde methoden

- (92) Het prijseffect als gevolg van doorberekening in verschillende stadia van de toeleveringsketen kan worden berekend aan de hand van een directe raming van de uit de impact van de oorspronkelijke meerkosten voortvloeiende prijsstijging of verandering in marge.
- (93) Op vergelijking gebaseerde methoden hebben het voordeel dat ze gebruikmaken van reële gegevens die op dezelfde of een vergelijkbare markt worden waargenomen⁶⁵. Zij zijn gebaseerd op het feit dat het referentiescenario als representatief kan worden beschouwd voor het scenario zonder inbreuk. Of de markt waarop de inbreuk werd gepleegd en de referentiemarkten voldoende vergelijkbaar worden geacht om de resultaten van een vergelijking te gebruiken voor het begroten van de doorberekening, wordt bepaald door de nationale rechtsstelsels⁶⁶.

(63) In een vonnis van de handelsrechtbank van Nanterre in zaak nr. 2004FO22643, *Arkopharma v. Group Hoffman La Roche*, 2006, verwijst een Franse rechter bijvoorbeeld naar de bevindingen van de Europese Commissie in zaak COMP/E-1/37.512, *Vitamins*, wat betreft de weerslag van het kartel op de markt en op de consument ter ondersteuning van de conclusie dat er waarschijnlijk sprake is geweest van doorberekening aan de consument.

(64) De indirecte benadering berust onder andere op de sterke aanname dat veranderingen in inputkosten worden doorberekend volgens eenzelfde tarief, ongeacht de relevantie van de inputkosten en de omvang van de verandering in die inputkosten. Zoals hieronder in alinea **Error! Reference source not found.** is uiteengezet, hoeft de indirecte methode enkel te worden overwogen als de aanname plausibel is op basis van de feiten van de zaak.

(65) Dit feit wordt benadrukt in alinea 37 van de praktische gids en de daarin aangehaalde rechtspraak inzake de raming van meerkosten. Eveneens in de context van raming van meerkosten heeft een Duitse rechtbank geoordeeld dat vergelijkbare methoden bij voorkeur met andere benaderingen worden vergeleken, zie Oberlandesgericht Düsseldorf, Zaak VI-2a Kart 2 – 06/08, 2009, alinea 469 en volgende.

(66) In de praktische gids wordt op dit probleem ingegaan in de context van de beoordeling van meerkosten, zie bijvoorbeeld alinea 37 en de alinea's 59 tot en met 95.

4.3.1.1. Methoden

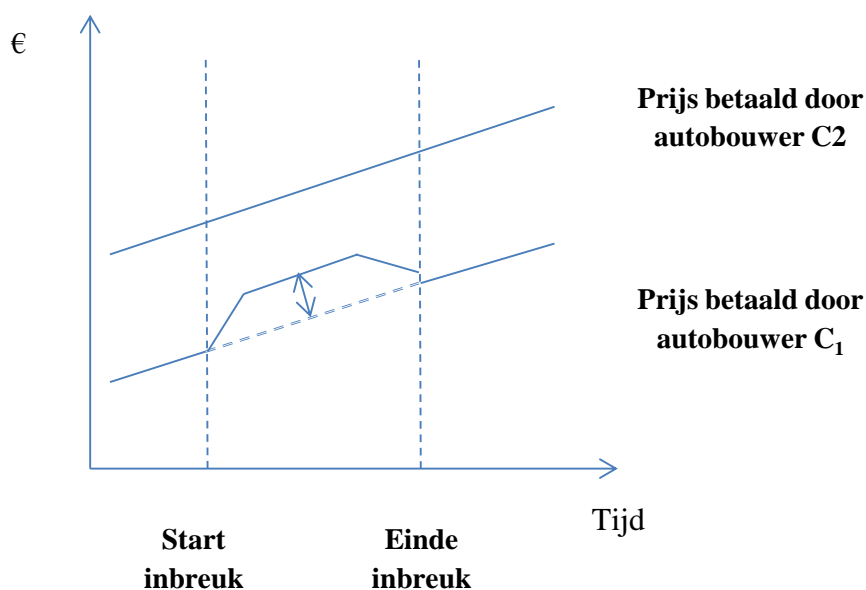
- (94) Bij de raming van het prijseffect als gevolg van doorberekening aan de hand van de directe methode kan de nationale rechter gebruikmaken van verschillende benaderingen. Afhankelijk van de beschikbaarheid van gegevens kan de rechter de prijsstijging op een volgend niveau van de markt als gevolg van de stijging van de kosten direct ramen of doorberekening afleiden aan de hand van margegegevens⁶⁷. Indien de eerste benadering wordt gevolgd, kan de rechter de verschillen tussen de waargenomen prijzen en de prijzen van het nulscenario ramen volgens dezelfde methoden als voor de berekening van de oorspronkelijke meerkosten, d.w.z. op vergelijking gebaseerde methoden voor de begroting van de meerkosten.
- (95) Zoals hierboven is uiteengezet, moeten bij de raming van de doorberekening de gebruikte technieken en methoden rekening houden met andere factoren dan die welke voortvloeien uit de inbreuk. Idealiter zou de getroffen markt worden vergeleken met identiek dezelfde markt zonder inbreuk. Zoals in de praktisch gids reeds is aangegeven, is het doorgaans niet mogelijk exact te weten hoe een markt zonder inbreuken zou zijn geëvolueerd. Bijgevolg moet in de praktijk een "vergelijkbare" markt als referentie worden onderzocht.
- (96) Referentiemarkten kunnen van de inbreukmarkten op twee vlakken verschillen, ofwel wat betreft het aspect tijd, ofwel wat betreft het aspect product. Een vergelijking in de tijd houdt in dat de inbreukmarkt wordt vergeleken met zichzelf, op een ander tijdstip. Een vergelijking per product houdt in dat de inbreukmarkt wordt vergeleken met dezelfde markt maar in een ander geografisch gebied, ofwel met een andere productmarkt waarvan wordt aangenomen dat zij op een vergelijkbare wijze evolueert als de inbreukmarkt⁶⁸.
- (97) Idealiter wordt een methode gebruik die een combinatie is van beide dimensies, d.w.z. de tijdsdimensie *en* de productdimensie. Deze methode wordt de "difference-in-differences-methode" genoemd. Hierbij wordt gekeken naar de ontwikkeling van de relevante economische variabele op de markt die door de doorberekening wordt getroffen, gedurende een bepaalde periode (verschil in de tijd op de markt waarop doorberekening plaatsvindt) en wordt die vergeleken met de ontwikkeling van dezelfde variabele gedurende dezelfde periode op een niet-getroffen referentiemarkt (bijvoorbeeld een andere geografische markt).
- (98) In het schematische voorbeeld van het koperkartel in Figuur 1 en Figuur 3 hieronder wordt geïllustreerd hoe deze methode kan worden gebruikt.
- (99) Aangenomen dat autobouwer C_1 in lidstaat 1 (de indirecte afnemer) in het hypothetische geval schadevergoeding vordert van koperproducent A_1 (de inbreukpleger), dan volgt alle schade die C_1 lijdt zoals in alinea (19) werd uiteengezet, uit de doorberekening van meerkosten van kabelboomleverancier B_1 . Door te kiezen voor een difference-in-differences-benadering zou de evolutie worden beoordeeld van de prijs die autobouwer C_1 gedurende een bepaalde periode betaalt in lidstaat 1 (de markt met prijseffect ten gevolge van de doorberekening),

(67) De benadering waarbij gebruik wordt gemaakt van margegegevens, wordt nader toegelicht in het deel over de raming van het volume-effect hieronder.

(68) Wanneer voor een nulscenario referentiemarkten in andere landen in aanmerking worden genomen, moet de nationale rechter ook rekening houden met mogelijke verschillen in wetgeving. Dit is met name van belang in het geval van gereguleerde markten, zoals farmaceutica of energie.

om deze te vergelijken met de evolutie van de prijs die autobouwer C_2 in dezelfde periode betaalt in lidstaat 2 (zonder invloed van de inbreuk en dus zonder doorberekening van daaraan verbonden prijseffecten). De vergelijking toont het verschil tussen deze twee verschillen in de tijd. Dit geeft een raming van de verandering in de door de autobouwer betaalde prijs, met uitsluiting van alle factoren die op dezelfde wijze van invloed waren op de markten in zowel lidstaat 1 als lidstaat 2. Bij de methode wordt het prijseffect als gevolg van de doorberekening geïsoleerd van andere invloeden op de prijs van kabelbomen die zich op beide markten voordoen. Deze benadering wordt geïllustreerd in Figuur 1 hieronder.

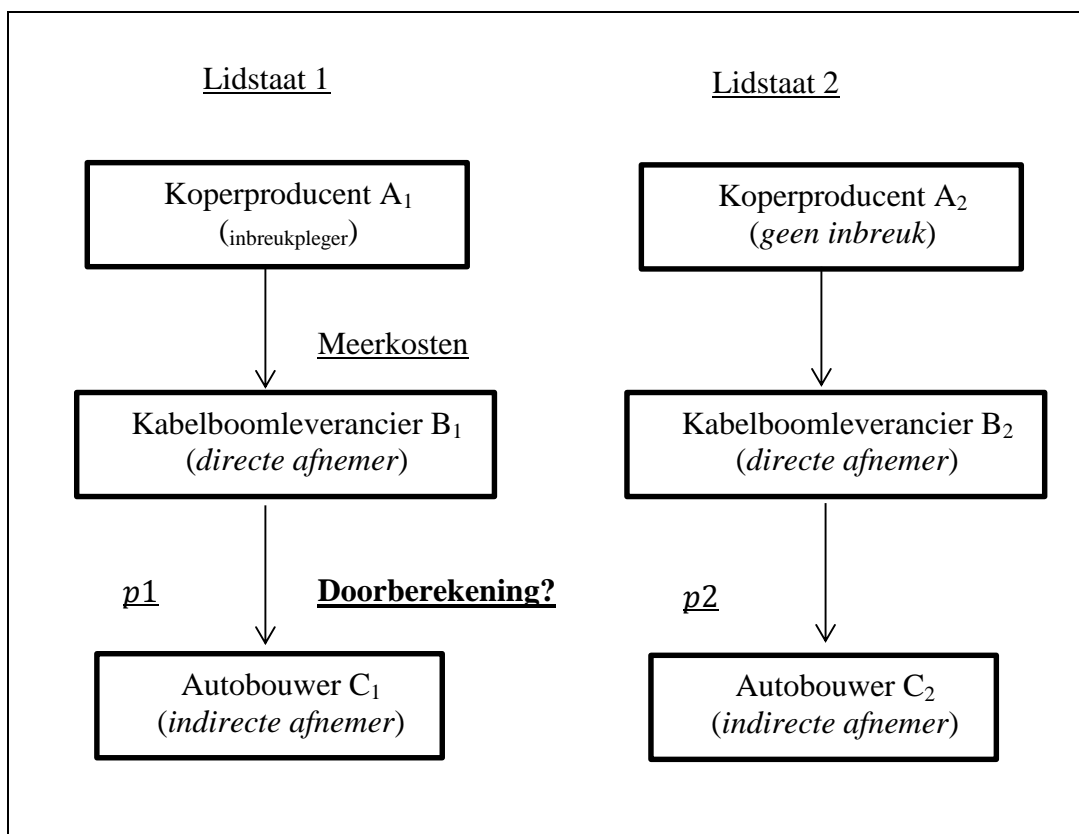
Figuur 1 Illustratie van de difference-in-differences-benadering



- (100) Een eenvoudig voorbeeld, afgeleid uit het bovenstaande voorbeeld van het koperkartel in alinea 0, kan de methode illustreren. Laten we aannemen dat uit de vergelijking van de situatie voor, tijdens en na blijkt dat de eenheidsprijs van kabelbomen in lidstaat 1 (waar de inbreuk en de doorberekening hebben plaatsgevonden) tussen 2005 en 2010 met 100 euro is gestegen. Kijken we naar de niet-getroffen markt in lidstaat 2 in dezelfde periode, dan zien we dat de eenheidsprijs voor kabelbomen met slechts 10 euro is gestegen, als gevolg van een stijging van andere inputkosten, bijvoorbeeld van plastic. In de veronderstelling dat de hogere inputkosten (van plastic) zich ook in ook lidstaat 1 voordoen, zou uit een vergelijking tussen de respectieve prijsontwikkeling voor kabelbomen in lidstaat 1 en 2 blijken dat de prijsverhoging door het doorberekeningseffect is veroorzaakt. In het voorbeeld zou dat 90 euro zijn.
- (101) Een belangrijk sterk punt van deze methode is bijgevolg dat veranderingen die geen verband houden met het prijseffect van de doorberekening en die zich voordeden in dezelfde periode, kunnen worden gefilterd. Ze berust evenwel op de veronderstelling dat andere factoren (in het voorbeeld hierboven de prijs van plastic) de markten in gelijke mate beïnvloeden. Is dit niet het geval, dan kan een econometrische uitvoering van de difference-in-differences-techniek nodig zijn. Deze benaderingen worden hierna meer gedetailleerd beschreven.

(102) Zoals aangegeven in de praktische gids⁶⁹ kunnen ook andere methoden worden gebruikt om een nulscenario vast te stellen. Deze zijn bijzonder nuttig indien voor de inbreukmarkt noch voor de referentiemarkt historische gegevens over prijzen beschikbaar zijn. In de praktijk betekent dit dat het onmogelijk kan zijn om op de referentiemarkten of de inbreukmarkten prijsontwikkelingen in de tijd vast te stellen. In dat geval kan een andere op vergelijking gebaseerde methode worden gebruikt, namelijk een methode waarbij verschillende geografische markten worden vergeleken. Zoals in onderstaande Figuur 2 is aangegeven, zou een nationale rechterlijke instantie rekening kunnen houden met de vergelijking van de prijs die autobouwer C_1 tijdens de inbreukperiode in lidstaat 1 heeft betaald (p_1), met de gemiddelde prijs die een vergelijkbare autobouwer in lidstaat 2 heeft betaald, d.w.z. op een afzonderlijke geografische markt die geen invloed van de inbreuk ondervindt (p_2). Deze methode wordt de "marktvergelijkingsmethode" genoemd⁷⁰.

Figuur 2 Op vergelijking gebaseerde methoden voor de begroting van de doorberekening



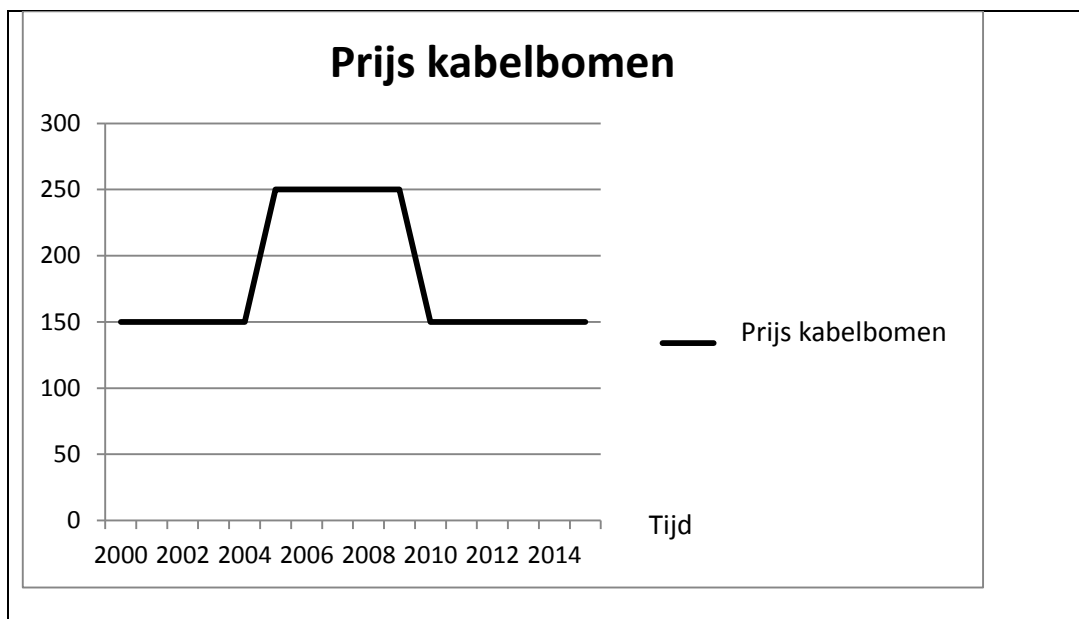
(103) Als p_1 hoger blijkt te zijn dan p_2 , duidt dit op een prijseffect als gevolg van de doorberekening door kabelboomleverancier B_1 aan autobouwer C_1 in lidstaat 1. Een dergelijke vergelijking kan ook voor andere economische variabelen worden gemaakt, bijvoorbeeld voor marges of voor verkochte hoeveelheden.

(69) Zie de praktische gids, alinea 49 en volgende.

(70) Deze methode is frequent gebruikt voor het beoordelen van de oorspronkelijke meerkosten bij schadevorderingen, zie bijvoorbeeld de aangehaalde zaken in voetnoot 45 van de praktische gids.

- (104) Het is mogelijk dat geen andere productmarkt kan worden gevonden die voldoende vergelijkbaar is met de inbreukmarkt om een marktvergelijking te rechtvaardigen. Een andere op vergelijking gebaseerde methode die kan worden toegepast, is een vergelijking in de tijd van prijzen op dezelfde markt, d.w.z. vóór-na vergelijking⁷¹. In dat geval is de referentiemarkt identiek dezelfde productmarkt als de inbreukmarkt, maar dan onderzocht op verschillende tijdstippen. Deze benadering wordt geïllustreerd in Figuur 3 hieronder.

Figuur 3: op vergelijking gebaseerde methoden voor de begroting van de doorberekening in de tijd⁷²



- (105) In dit voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de illegale prijsstelling in de kopersector gedurende vijf jaar plaatsvond, van 2005 tot en met 2010. In die periode⁷³ werden de oorspronkelijke meerkosten doorberekend aan autobouwer C. Bij deze methode wordt de prijs die de autobouwer tijdens de inbreukperiode heeft betaald vergeleken met de prijs die de autobouwer heeft betaald in een periode waarin er geen invloed was van de inbreuk en de doorberekening, bijvoorbeeld in 2003 en 2004. In **Error! Reference source not found.** hieronder wordt een voorbeeld gegeven van een zaak waarin een eiser deze benadering heeft toegepast.
- (106) Wanneer de bovenstaande methoden worden gebruikt, moet rekening worden gehouden met andere factoren dan diegene die voortvloeien uit de inbreuk en een invloed kunnen hebben gehad op de mate waarin werd doorberekend. Wanneer de rechter bijvoorbeeld nagaat of andere markten of perioden geschikt zijn als nulscenario, moet hij ook rekening houden met andere factoren in bovenstaand deel 3 (over de economische theorie van doorberekening) die gevolgen hebben voor de doorberekening. Bovendien kunnen andere factoren, zoals verschillen in

(71) Zie de praktische gids, alinea 38 tot en met 48.

(72) Om het eenvoudig te houden illustreert deze grafiek enkel het effect van de inbreuk op de prijs. In een reëel scenario worden prijzen ook beïnvloed door andere factoren dan alleen het doorberekeningspercentage, zoals inflatie en andere kostenschokken.

(73) Het probleem van vertraagde doorberekening dat in aanhangsel 1 ter sprake komt, kan van belang zijn wanneer de prijzen tijdens de inbreuk worden vergeleken met de prijzen voor en na de inbreuk.

inputkosten, inflatie, enz. ook verschillen per markt. Om een plausibel nulscenario vast te stellen is het bijgevolg cruciaal om rekening te houden met dergelijke factoren. Hieronder worden verschillende technieken voor de toepassing van deze benadering beschreven.

Vak 5 Vergelijking vóór, tijdens en na - de Duitse autoruitenzaak⁷⁴

De eiser in deze vordering tot schadevergoeding was een indirecte afnemer van de leden van een autoruitenkartel. De leden van het kartel hebben inbreuk gemaakt op artikel 101 VWEU en zijn in 2008 beboet door de Europese Commissie.

De deskundigen van de eiser hebben een analyse verricht van de prijsontwikkelingen vóór, tijdens en na de kartelperiode. Er zijn geen regressie- of correlatieanalyses verricht. De deskundigen hebben veeleer getracht een verband te leggen tussen de prijs van autoruiten (het onder het kartel vallende product) en de prijs van autoruiten bij vervanging door louter de prijspatronen te observeren.

De rechter oordeelde echter dat deze analyse niet toereikend is om een rechtstreeks verband aan te tonen tussen de prijsstelling van beide eerder genoemde producten. In deze zaak is dan ook geconcludeerd dat deze benadering onvoldoende bewijst dat er sprake is van doorberekening.

4.3.1.2. Toepassing van directe benaderingen in de praktijk

- (107) Voor de raming van de prijseffecten als gevolg van doorberekening op basis van de hierboven beschreven directe benadering zijn verschillende technieken voorhanden. Bepaalde factoren, zoals een stijging van de grondstofprijzen in het voorbeeld hierboven, zullen in veel gevallen alleen van invloed zijn op de referentiemarkt, of alleen op de markt die wordt getroffen door de doorberekening. Zoals hierboven werd uitgelegd, zijn aanpassingen aan de geobserveerde gegevens nodig om rekening te houden met dergelijke invloeden. In gevallen waarin relatief gemakkelijk rekening kan worden gehouden met de beïnvloedende factor en de omvang van de effecten daarvan, kunnen dit eenvoudige aanpassingen zijn.
- (108) In een aantal gevallen, wanneer de beschikbaarheid en de kwaliteit van de gegevens dit toelaten, kunnen aanpassingen aan referentiegegevens op basis van econometrische technieken worden gedaan, met name aan de hand van een regressieanalyse. Regressieanalyse is een statistische techniek waarmee patronen in de relatie tussen twee economische variabelen kunnen worden geanalyseerd.
- (109) Bij een regressieanalyse wordt een aantal gegevenswaarnemingen voor de onderzoeksvariabele en de vermoedelijke beïnvloedende variabelen door middel van statistische technieken onderzocht. De relatie wordt doorgaans uitgedrukt in de vorm van een vergelijking. Aan de hand van deze vergelijking kunnen de effecten van beïnvloedende variabelen op de onderzoeksvariabele worden geraamd en kunnen zij worden gescheiden van de gevolgen van de inbreuk. Op basis van een regressieanalyse kan worden geraamd hoe nauw de relevante variabelen met elkaar

(74) Landgericht Düsseldorf, vonnis van 19 november 2015, zaak nr. 14d O 4/14 (*German Car Glass*).

in verband staan, wat in een aantal gevallen kan wijzen op een oorzakelijke invloed van een bepaalde variabele op een andere⁷⁵.

- (110) De verschillende technieken voor aanpassingen aan referentiegegevens zijn nader beschreven in de praktische gids⁷⁶. Aan de hand van voorbeelden en illustraties biedt de praktische gids richtsnoeren over de begrippen, de benaderingen en de voorwaarden voor de toepassing van de verschillende technieken en moet hij als basis dienen voor de behandeling van kwesties in verband met de benaderingen die beschikbaar zijn om de op vergelijking gebaseerde methoden toe te passen.
- (111) Zoals hierboven werd vermeld, kunnen technieken die gebaseerd zijn op econometrische analyses in bepaalde gevallen aanzienlijke kosten met zich meebrengen die wellicht niet in verhouding staan tot de waarde van de gevorderde schadevergoeding. In dergelijke gevallen kan de rechter het voldoende achten de doorberekening te ramen door tegelijkertijd kwantitatieve gegevens te beoordelen zonder gebruik te maken van een regressieanalyse en kwalitatief bewijsmateriaal in aanmerking te nemen.
- (112) Bij de raming van de doorberekening op basis van kwalitatief bewijsmateriaal kunnen documenten waarin het prijsbeleid van een onderneming wordt beschreven bijzonder relevant zijn. Bij de beoordeling van interne documenten moet de rechter zich ervan bewust zijn dat ondernemingen in verschillende sectoren, of zelfs binnen dezelfde sector, een verschillend prijsbeleid kunnen voeren. In een aantal gevallen kan het zijn dat een onderneming een duidelijk beleid voert of dat zij conform haar gevestigde praktijk prijsaanpassingen uitvoert die voortvloeien uit specifieke veranderingen in de kosten. In andere gevallen kan de onderneming bepaalde prestatiedoelstellingen nastreven. De directe afnemer kan bijvoorbeeld een specifieke marge toepassen op de prijzen van de producten die hij levert. In principe impliceert een dergelijk beleid dat veranderingen in de kosten worden doorberekend.
- (113) Bovendien moet de rechter bij de beoordeling van het prijsbeleid van ondernemingen er ook op letten of het prijsbeleid van de betrokken onderneming daadwerkelijk is uitgevoerd, door bijvoorbeeld prijsgegevens te bekijken om na te gaan of deze overeenkomen met het betrokken prijsbeleid.
- (114) Hieronder worden voorbeelden gegeven van zaken waarin de nationale rechter kwalitatief bewijsmateriaal in aanmerking heeft genomen.

Vak 6: Raming van de doorberekening op basis van kwalitatief bewijsmateriaal - *Cheminova* (2015)

In deze uitspraak heeft het hof (Sø- og Handelsretten) geoordeeld dat een producent van pesticiden 50 % van de oorspronkelijke meerkosten had doorberekend aan de indirecte klanten. Deze conclusie was gebaseerd op een economische theorie volgens dewelke 50 % van de meerkosten wordt doorberekend indien de directe klant een monopolist is en de vraag lineair is. In dit geval kon de rechter een beroep doen op voor het publiek beschikbare marktstudies waarin de markt waarop de directe klant actief was als een

(75) Regressieanalyses worden in detail uitgelegd in alinea 69 en volgende van de praktische gids.

(76) Ibidem, hoofdstuk II B.

monopolie werd gekenmerkt. In een door de directe klant verstrekt verslag werd aangevoerd dat de markt in feite eerder als concurrerende markt dan als monopolie moest worden gekenmerkt. De directe klant voerde bijvoorbeeld aan dat een groot aantal producten op de markt concurreerde en dat de beperkte marktaandelen wezen op een concurrerende markt. Gezien de feiten van de specifieke zaak was de rechter het evenwel oneens met deze benadering.

Vak 7: raming van de doorberekening op basis van kwalitatief bewijsmateriaal - *DOUX Aliments* (2014)

In deze uitspraak heeft het hof (Cour d'appel de Paris) geoordeeld dat de eiser heeft bewezen dat er geen sprake was van doorberekening. De meerkosten hadden in deze zaak betrekking op lysine, een grondstof die wordt gebruikt bij de productie van kippen. Het hof heeft geoordeeld dat lysine slechts 1 % van de kosten van de kippenproductie uitmaakt, en dat zo'n kleine stijging van de kosten niet volstond als bewijs om het Hof ervan te overtuigen dat dit zou leiden tot een verhoging van de prijzen voor kippen. Het hof heeft geoordeeld dat de prijzen reageerden op andere factoren, zoals concurrentie met andere vleesproducten en afnemersmacht. In haar conclusie dat de meerkosten niet zijn doorberekend aan de indirecte retailers verwees het hof naar het feit dat de kippen op een internationale en concurrerende markt waren aangekocht en dat de detailhandelsketens een sterke afnemersmacht hadden.

- (115) Voorts hebben rechters bij de toepassing van op vergelijking gebaseerde methoden voor de raming van meerkosten soms de zogeheten veiligheidsaftrek toegepast, d.w.z. dat zij een van de geobserveerde gegevenswaarden een bedrag aftrekken dat groot genoeg is om onzekerheden met betrekking tot een raming in aanmerking te nemen⁷⁷. Indien het niet haalbaar is een economische analyse uit te voeren, kan een dergelijke benadering ook bij de raming van de doorberekening worden toegepast. Een dergelijke benadering heeft tot doel de effecten op de onderliggende variabelen uit te sluiten, bijvoorbeeld de door de indirecte klant geboden prijs, of andere mogelijke factoren.

4.3.1.3. Problemen

- (116) Wanneer de rechter het prijseffect van de doorberekening raamt, kan hij met name technieken gebruiken die zo veel mogelijk rekening houden met andere factoren dan die welke voortvloeien uit de inbreuk. De difference-in-differences-techniek is een dergelijke techniek. Ze vereist informatie of gegevens van een referentiemarkt (bijvoorbeeld een andere geografische markt) en tijdreeksen van de door de doorberekening getroffen markt. De rechter moet er zich evenwel van bewust zijn dat er potentiële uitdagingen zijn die van invloed kunnen zijn op de geldigheid van de op vergelijking gebaseerde methoden.
- (117) Zoals hierboven werd uitgelegd, is de referentiemarkt idealiter vergelijkbaar met de inbreukmarkt, zonder zelf de gevolgen van de inbreuk te ondervinden. De afnemers op elk van de markten gebruiken evenwel vaak dezelfde input. In dergelijke gevallen kan het moeilijk zijn een niet-getroffen referentie te vinden. Met name

(77) Zie ook de praktische gids, alinea 95.

indiende inbreuk qua omvang een groot geografisch gebied treft, is het waarschijnlijk dat producten die met het onderzochte product vergelijkbaar zijn en waarvoor dezelfde input gebruikt wordt, eveneens getroffen zijn. Daardoor kan het moeilijk zijn een passende referentiemarkt te vinden.

- (118) In andere omstandigheden kan de referentiemarkt indirect worden getroffen door de oorspronkelijke meerkosten. In het schematische voorbeeld van het koperkartel in Figuur 2 koopt kabelboomleverancier B_1 koper aan bij inbreukpleger A_1 . Hoewel kabelboomleverancier B_2 op de referentiemarkt niet inkoopt bij inbreukpleger A_1 , kunnen kabelboomleveranciers B_2 en B_1 concurrenten zijn op dezelfde geografische downstreammarkten. Dit impliceert dat als kabelboomleverancier B_1 zijn prijzen verhoogt als reactie op de oorspronkelijke inbreuk, zijn concurrenten hun prijzen ook kunnen verhogen. In dat geval kan de prijs die kabelboomleverancier B_2 biedt indirect door de inbreuk beïnvloed zijn, en is hij dus geen goede referentie⁷⁸.
- (119) Wat betreft vergelijking in de tijd, kan het moeilijk zijn om voldoende nauwkeurig te bepalen in welke periode de markt door een inbreuk werd getroffen. De partijen kunnen een besluit van een mededingingsautoriteit indienen waarin een inbreukperiode is bepaald, d.w.z. waarin data zijn bepaald waarop de inbreuk is gestart en is geëindigd. Het is echter mogelijk dat die periode niet overeenstemt met de periode waarin een markt door de inbreuk daadwerkelijk ongunstig werd beïnvloed. Het bepalen van de data van ofwel de inbreukperiode ofwel van de periode waarin de markt ongunstig werd beïnvloed, kan grote gevolgen hebben voor de resultaten van de analyse.
- (120) Zoals hierboven aangegeven is het mogelijk dat de gevolgen van de inbreuk niet beperkt blijven tot de periode die in een dergelijk besluit is bepaald⁷⁹. Enerzijds kan de begindatum die de mededingingsautoriteit heeft vastgesteld, na het eigenlijke begin van de inbreuk liggen, bijvoorbeeld bij gebrek aan betrouwbaar bewijs. Anderzijds kan de einddatum die in een inbreukbeslissing is bepaald, vóór het daadwerkelijke einde van de eigenlijke inbreuk liggen.
- (121) De gevolgen van een inbreuk hoeven ook niet beperkt te zijn tot de periode van de inbreuk. Zelfs nadat het door het mededingingsrecht van de EU verboden gedrag is geëindigd kan de inbreuk nog een ongunstige invloed hebben op de betrokken markt. Dit kan met name het geval zijn op oligopolide markten, indien de tijdens de inbreuk verzamelde informatie de leveranciers van een bepaald product in staat stelt na de beëindiging van de inbreuk op duurzame wijze een optreden te bepalen om aan een hogere prijs dan een concurrerende prijs te verkopen, d.w.z. een prijs die zou zijn aangerekend zonder de inbreuk, zonder praktijken die door het mededingingsrecht van de EU zijn verboden.⁸⁰

(78) Dit effect is vergelijkbaar met de hierboven in alinea (37) genoemde effecten van een beschermde prijs ("umbrella pricing").

(79) Zie ook de praktische gids, alinea 43.

(80) Zie ook de praktische gids, alinea 153. Bijvoorbeeld in een zaak waarin de nationale rechter oordeelde dat de prijzen die in rekening werden gebracht in de vijf maanden na het einde van de inbreuk, nog steeds beïnvloed waren door het kartel. Zie uitspraak van Oberlandesgericht Karlsruhe van 11 juni 2010 in zaak 6 U 118/05, ook aangehaald in de praktische gids, alinea 44.

De mogelijkheid dat afnemers op verschillende niveaus van de toeleveringsketen de doorberekening uitstellen, kan ook een aanzienlijke invloed hebben op de vergelijking⁸¹. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het in

(81) Bovendien kunnen ondernemingen zich bewust zijn van het risico op schadeclaims en van het feit dat de omvang van een dergelijke claim kan worden geraamd op basis van prijzen van na de inbreuk. Dit kan hen stimuleren om na het einde van de inbreuk hetzelfde prijsniveau te behouden.

- (122) Vak 1 vermeldde koperkartelvoorbeeld. Stel dat autobouwer C jaarlijks over prijzen onderhandelt met kabelboomleverancier B. Kabelboomleverancier B past zijn prijzen slechts eenmaal per jaar aan, nadat de onderhandelingen met autobouwer C zijn afgerond. Wanneer een prijskartel op de kopermarkt wordt aangegaan vlak na de onderhandelingen tussen de kabelboomleverancier en de autobouwer, kan de kabelboomleverancier de stijging van de koperprijs pas bij de onderhandelingen het jaar erna doorberekenen in zijn eigen prijs.
- (123) De vertraging bij de doorberekening op een volgend niveau van de toeleveringsketen kan leiden tot problemen bij het bepalen van de relevante periode om prijzen tijdens de inbreuk te vergelijken met de prijzen voor of na de inbreuk (of met beide). De rechter kan de analyse aanpassen door rekening te houden met de aard van elke zaak, bijvoorbeeld door het prijsbeleid van de partijen te analyseren, en op basis daarvan een bepaalde periode in te lassen bij de analyse van prijsstellingspatronen op verschillende niveaus van de toeleveringsketen.

4.3.2. Indirecte benaderingen - raming van het doorberekeningspercentage

4.3.2.1. Overzicht

- (124) In het deel hierboven worden methoden en technieken voor een directe raming van het prijseffect als gevolg van de doorberekening beschreven. In de regel heeft de directe methode de voorkeur wanneer ze haalbaar en evenredig is. Dit komt doordat de directe methode het duidelijke voordeel heeft dat de doorberekening kan worden geraamd op basis van de *daadwerkelijke* prijzen die een directe of indirecte afnemer tijdens de inbreukperiode heeft bepaald. Ze berust evenwel *onder andere* op de beschikbaarheid van gegevens over deze prijzen. Dergelijke informatie kan in veel gevallen beschikbaar zijn. Als aan de rechtbank echter geen informatie over daadwerkelijke prijzen kan worden verstrekt, bijvoorbeeld wanneer deze oordeelt dat toegang tot dergelijke informatie niet evenredig is met de waarde van de desbetreffende claim, kan de doorberekening *indirect* worden geraamd.
- (125) Deze indirecte aanpak kan worden gevolgd door te analyseren hoe eerdere wijzigingen in de kosten van een onderneming voor of na de inbreukperiode haar prijzen hebben beïnvloed. In het hierboven in alinea 0 aangehaalde voorbeeld van het koperkartel kan de mate van doorberekening enkel worden geraamd door te analyseren hoe de historische veranderingen in de kosten van koper de prijzen van kabelbomen hebben beïnvloed. Simpel gezegd, wanneer een stijging van de kosten van koper met 10 euro wordt gevolgd door een stijging van de prijs voor kabelbomen met 5 euro, wordt het doorberekeningspercentage op 50 % geraamd. Om de doorberekening tijdens de inbreukperiode te ramen kan de rechter dan dit geraamde doorberekeningspercentage combineren met informatie over de meerkosten en de verkoop.
- (126) De indirecte methode is evenwel niet zonder risico en kan in een aantal gevallen zelfs misleidende resultaten opleveren. Dit komt doordat de rechter bij de toepassing van de indirecte methode voor de raming van de doorberekening niet kan vaststellen of de meerkosten daadwerkelijk zijn doorberekend, en evenmin kan zien of de veranderingen in de kosten voor het getroffen basisproduct tot uitdrukking komen in de prijzen op de downstreammarkten. Het is daarom van essentieel belang dat de rechter zich ervan bewust is dat de indirecte methode gebaseerd is op de aanname dat veranderingen in de inputkosten tijdens de inbreukperiode zichtbaar zijn in de prijzen op een volgend niveau van de

toeleveringsketen. Als deze aanname onjuist is, kan deze benadering ramingen opleveren die misleidend zijn in die zin dat een doorberekening van meerkosten wordt gevonden die eigenlijk niet heeft plaatsgevonden.

- (127) Wanneer de rechter gebruik maakt van de indirecte methode, moet hij ernaar streven de doorberekening te ramen op basis van de manier waarop veranderingen in de kosten van het getroffen basisproduct voordien in de prijzen op een volgend niveau van de toeleveringsketen tot uitdrukking kwamen. Is dergelijke informatie echter niet voorhanden, dan kan de rechter kijken naar de ontwikkeling van andere elementen van de marginale kosten van de afnemer en analyseren hoe die kostenveranderingen van invloed zijn op de prijzen op een volgend niveau van de toeleveringsketen. In het hypothetische geval van alinea 0, nader uitgewerkt in bovenstaand alinea (80), betekent dit dat de rechter rekening kan houden met een analyse van het verband tussen de prijs van kabelbomen en de kosten van plastic (dat niet door de inbreuk wordt beïnvloed) en het doorberekeningspercentage op basis van dat verband kan ramen.
- (128) In de meeste gevallen heeft de onderzochte inbreuk betrekking op een input die slechts één element is van de marginale kosten van de afnemer. Zo kan de kabelboomleverancier bijvoorbeeld meer moeten betalen voor koper als de inbreuk gevolgen heeft voor koper. De kosten van koper zullen evenwel slechts een deel van de totale marginale kosten zijn.
- (129) Indien de input die door de inbreuk is beïnvloed slechts een zeer klein gedeelte van de marginale kosten vertegenwoordigt, kan zelfs een aanzienlijke verhoging van de kosten van die input nauwelijks in de prijsgegevens van de afnemer worden opgespoord, zelfs als die volledig wordt doorberekend. Als alternatieve benadering kan het doorberekeningspercentage worden geraamd op basis van veranderingen in de kosten van significantere grondstoffen en niet alleen op basis van veranderingen in de kosten van de getroffen minder significante grondstoffen, maar de prijs hiervoor is dat de stijgingen van de marginale kosten hoogstwaarschijnlijk zouden worden doorberekend tegen eenzelfde percentage, ongeacht de bron van de kostenstijging. Wanneer met een directe methode, d.w.z. een raming op basis van de daadwerkelijke prijs, geen statistisch significante doorberekening wordt gevonden, kan dit bovendien worden beschouwd als een bewijs voor de hypothese dat feitelijk geen doorberekening heeft plaatsgevonden. Met andere woorden, de bevinding op basis van de directe methode dat geen doorberekening heeft plaatsgevonden, is geen geldig argument op zich om gebruik te maken van een indirecte methode.
- (130) Zoals uitgelegd in aanhangsel 1 zijn er ook goede redenen voor ondernemingen om kleine veranderingen in hun marginale kosten niet altijd door te berekenen, althans niet op korte termijn, zelfs wanneer zij grotere kostenveranderingen wel zouden doorberekenen. Bijgevolg kan wellicht niet zomaar worden aangenomen dat het doorberekeningspercentage hetzelfde zal zijn voor verschillende veranderingen in de inputkosten. Een verklaring kan zijn dat de onderneming zogeheten menukosten heeft, en dus liever wacht tot de stijgingen van de marginale kosten een bepaalde drempel hebben bereikt alvorens haar prijzen te wijzigen. Een andere verklaring kan zijn dat de directe afnemer wellicht niet heeft erkend dat zich een aanzienlijke verandering in de inputkosten heeft voorgedaan.
- (131) Bij de beoordeling van het indirecte bewijsmateriaal voor doorberekening op basis van ontwikkelingen in de kostenelementen die niet getroffen zijn door de

meerkosten, kan de nationale rechter in bepaalde gevallen ook rekening houden met kwalitatief bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de doorberekening van kleine kostenstijgingen in overeenstemming is met de commerciële praktijk van de directe of indirecte afnemer.

4.3.2.2. Methoden

- (132) De indirecte benadering vereist informatie over de oorspronkelijke meerkosten en het desbetreffende doorberekeningspercentage. Het kan zijn dat de meerkosten reeds in het kader van andere procedures zijn geraamd of kunnen worden afgeleid uit eerdere rechtszaken, en dan kan dat als uitgangspunt dienen. Is er geen eerdere raming van de meerkosten voorhanden, dan kan de rechter de in de praktische gids vermelde technieken in overweging nemen⁸². In dergelijke gevallen kan de rechtbank op verzoek van de eiser toegang tot relevante gegevens van de inbreukpleger gelasten.
- (133) De *directe* methode heeft als voordeel dat een nulscenario kan worden vastgesteld. Zoals in bovenstaande alinea (63) is aangegeven, heeft deze oefening tot doel de effecten van de inbreuk af te zonderen van andere factoren die eveneens de prijzen beïnvloeden. Terwijl bij de indirecte methode geen dergelijke benadering mogelijk is, blijft het belangrijk rekening te houden met factoren die geen verband houden met de inbreuk. Een mogelijkheid is gebruik te maken van kwantitatieve technieken, zoals regressieanalyse⁸³. Bij het koperkartel kan de rechter bijvoorbeeld een analyse van het verband tussen de door de kabelboomleverancier aangerekende prijzen en de veranderingen in de inputkosten van kabelbomen in aanmerking nemen. Andere factoren kunnen evenwel ook van invloed zijn op de prijs op downstreamniveau: de prijs van kabelbomen kan bijvoorbeeld ook worden beïnvloed door schommelingen in de vraag van autobouwers. Als de rechter nalaat rekening te houden met dergelijke aanvullende factoren, zal het geraamde doorberekeningspercentage hoogstwaarschijnlijk vertekend zijn.
- (134) Een regressieanalyse vereist doorgaans een grote hoeveelheid kosten- en prijsgegevens. Voor de raming van het doorberekeningspercentage kan de rechter bijgevolg ook nagaan of ramingen uit andere bronnen een redelijke raming kunnen opleveren van het doorberekeningspercentage in de betrokken zaak. Voorbeelden van dergelijke andere bronnen zijn onder andere doorberekeningspercentages die in andere zaken zijn vastgesteld voor dezelfde sector of voor andere sectoren, academische studies die relevant zijn voor de sector in de betrokken zaak of bewijsmateriaal uit getuigenverklaringen. Dit is met name een haalbaar alternatief wanneer de noodzakelijke gegevens niet beschikbaar zijn of kwantitatieve methoden geen relevante controlefactoren bevatten.
- (135) Het is echter cruciaal dat de rechter zich bewust is van het feit dat ramingen die zijn gebaseerd op andere bronnen het risico inhouden dat geen rekening wordt gehouden met factoren die relevant zijn voor het doorberekeningspercentage in de betrokken zaak. Het kan met name van belang zijn te kijken naar de methode die ten grondslag ligt aan de raming uit andere bronnen en de gevoeligheid van de resultaten voor mogelijke verschillen tussen een dergelijke raming en het doorberekeningspercentage in de betrokken zaak. Hiertoe kan de rechter rekening

(82) Zie de praktische gids, alinea 26 en volgende.

(83) Het begrip regressieanalyse wordt in detail toegelicht in hoofdstuk II (2) van de praktische gids.

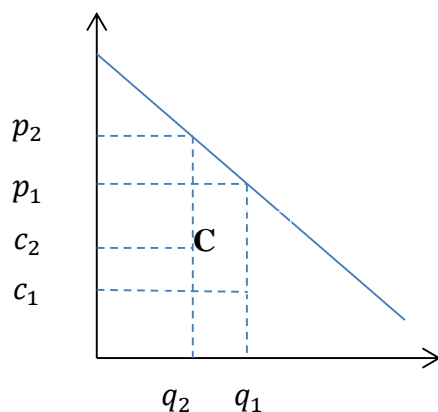
houden met relevante inzichten uit de economische theorie, zoals uitgelegd in deel 2.4 hierboven en in aanhangsel 1, zoals de concurrentiegraad. Als er slechts beperkte informatie is over bijvoorbeeld de verschillende marktvoorwaarden of over de wijze waarop het doorberekeningspercentage is bepaald, is de indirecte methode wellicht niet geschikt.

4.4. Begroting en raming van de volume-effecten

4.4.1. Inleiding

- (136) Zoals in bovenstaande alinea (11) werd aangegeven, hebben benadeelden van inbreuken op het mededingingsrecht van de EU recht op volledige vergoeding. Wanneer de doorberekening in aanmerking wordt genomen zonder het volume-effect, wordt de reële schade onderschat. De raming van het volume-effect is bijgevolg essentieel als raming van het prijseffect als gevolg van de doorberekening⁸⁴.
- (137) Zoals hieronder in Figuur 4 wordt geïllustreerd, verwijst het volume-effect naar de gedeelde winst wegens een afname van de verkoop ten gevolge van doorberekening, d.w.z. er wordt wegens hogere prijzen een kleiner volume verkocht. Bij de hierboven in alinea (71) bedoelde sequentiële benadering, bestaat de derde stap in een volledige begroting van de schade ten gevolge van meerkosten in de raming van de omvang van het volume-effect.

Figuur 4: het volume-effect



- (138) Het volume-effect komt overeen met het verschil tussen q_1 en q_2 . De winstderving door de gedeelde verkoop is aangeduid door het gebied C, dat het resultaat is van de vermenigvuldiging van dit gedeelde volume met de winstmarge ($p_1 - c_1$) die de afnemer in het nulscenario bereikt, d.w.z. de marge die de afnemer zou hebben genomen zonder inbreuk en doorberekening.
- (139) De raming van het volume-effect vereist een beoordeling van twee factoren, namelijk i) de verandering van de hoeveelheid als gevolg van de prijsstijgingen en

(84) Nationale rechters in de EU hebben in verscheidene zaken het belang van het ramen van het volume-effect bevestigd. Zo heeft het Oberlandesgericht Karlsruhe in 2016 in zaak U 2014/15 geoordeeld dat de doorberekening van meerkosten kan leiden tot een afname van de door de directe afnemer verkochte hoeveelheid.

ii) de marge van het nulscenario. De raming van deze factoren vereist andere gegevens over parameters dan die welke nodig zijn voor de raming van het prijseffect als gevolg van de doorberekening. De beschikbaarheid van gegevens is een cruciaal element dat door de rechter in aanmerking moet worden genomen bij de raming van het volume-effect. Afhankelijk van de beschikbare gegevens kunnen verschillende methoden worden gebruikt. Hierna wordt daarop ingegaan.

4.4.2. *Directe benadering*

4.4.2.1. Benodigde gegevens/informatie

- (140) De directe benadering voor de raming van het volume-effect vereist informatie over i) de hoeveelheid die de door de doorberekening getroffen onderneming heeft verkocht, ii) het verkochte volume in het nulscenario en iii) de prijs/kosten-marge die de afnemer zonder de inbreuk had kunnen nemen. Op verzoek van de wederpartij kan de rechtbank de toegang tot dergelijke gegevens van de afnemer gelasten. Opgemerkt zij evenwel dat de vastgestelde prijs/kosten-marge niet de benodigde relevante marge voor de raming van het volume-effect is. Als de afnemer bijvoorbeeld de helft van de meerkosten doorberekent, zal dit zijn marge beperken, wat impliceert dat de vastgestelde marge kleiner zal zijn dan de waarde volgens het nulscenario. In dit geval zou door gebruikmaking van de vastgestelde marge de omvang van het volume-effect worden onderschat.
- (141) Bovendien moet de rechter er zich van bewust zijn dat de voor de raming relevante marge niet noodzakelijk overeenkomt met standaardwaarden van de boekhoudkundige marge van een onderneming, zoals de winst vóór interest en belastingen (EBIT) of het netto-inkomen van de onderneming.
- (142) De voor de raming van het volume-effect relevante marges worden bepaald door de prijzen van de relevante producten minus de vermeden kosten, d.w.z. de kostenbesparingen als gevolg van de afname van de output. Naast de beoordeling welke kosten kunnen worden vermeden, kan de rechtbank tevens de toegang tot de prijzen van de relevante producten gelasten. In deze context kan de rechtbank ook toegang gelasten tot interne documenten die informatie verstrekken over de dekkingsbijdrage die de afnemer voor zijn eigen prijsstellingsbeslissingen hanteert.

4.4.2.2. Methoden en uitdagingen

- (143) De winstderving ten gevolge van het volume-effect kan rechtstreeks worden geraamd door de marge van het nulscenario te vermenigvuldigen met de door de doorberekening van meerkosten veroorzaakte afname van het verkoopvolume.
- (144) Aan de hand van de relevante gegevens van de eiser kan de rechter de hierboven beschreven op vergelijking gebaseerde methoden in overweging nemen voor de raming van de marge van het nulscenario en de hoeveelheid van het nulscenario. Aangezien de vastgestelde winstmarge en de vastgestelde hoeveelheid beïnvloed kunnen zijn door andere factoren die geen verband houden met de inbreuk, zal het vaak nodig zijn rekening te houden met dergelijke aanvullende factoren. De rechter moet dus proberen een van de hierboven beschreven benaderingen toe te passen om rekening te houden met factoren die geen verband houden met de inbreuk, door bijvoorbeeld een regressieanalyse uit te voeren.

- (145) Als de voor de difference-in-differences-benadering benodigde gegevens niet beschikbaar zijn, kan de rechter andere hierboven beschreven technieken in overweging nemen, d.w.z. een marktvergelijking of een vergelijking in de tijd. Als dergelijke technieken worden gebruikt, is het evenwel ook belangrijk een degelijk nulscenario vast te stellen, rekening houdend met factoren die verschillen per markt of per periode.
- (146) De op vergelijking gebaseerde methoden berusten op de veronderstelling dat de referentieperiode of de referentiemarkt voldoende vergelijkbaar zijn, met name wat betreft de marktkkenmerken die relevant zijn voor winstmarges, zoals de mate concurrentie op de markt of de kostenstructuur van de leveranciers. Deze veronderstellingen zijn moeilijk verifieerbaar, omdat bij de vaststelling van de marges van een onderneming waarschijnlijk een groot aantal factoren en strategische beslissingen een rol spelen.

4.4.3. *Elasticiteitsbenadering*

- (147) Het volume-effect kan ook worden geraamd door de vastgestelde prijsstijging door een prijseffect als gevolg van doorberekening te combineren met een raming van de prijsgevoeligheid van de relevante vraag. Zoals hierboven vermeld bepaalt de prijsgevoeligheid van de vraag hoe sterk het verband tussen prijs en vraag is. Als een prijsstijging van 1 euro samengaat met een aanzienlijke daling van de aangekochte hoeveelheid, zou de vraag prijsgevoeliger zijn dan wanneer de aangekochte hoeveelheid minder sterk afneemt bij dezelfde prijsstijging van 1 euro. De zogeheten prijselasticiteit van de vraag geeft aan met hoeveel procent de gevraagde hoeveelheid verandert bij een prijsstijging van één procent.

4.4.3.1. Methoden en benodigde informatie

- (148) Doorgaans wordt de daling van het volume, die in Figuur 4 hierboven wordt weergegeven door de daling van de verkoop van q_1 tot q_2 , beïnvloed door een prijsstijging van de onderneming zelf, alsook door veranderingen in de prijzen van de concurrenten⁸⁵. De omvang van daling van het volume vereist bijgevolg een beoordeling van de manier waarop de doorberekening gevolgen heeft gehad voor de prijzen van alle concurrenten op de markt, en van de gevoeligheid van de vraag voor die prijsveranderingen. Bij de toepassing van deze methode wordt het volume-effect⁸⁶ geraamd door de daling van het volume te vermenigvuldigen met de marge van het nulscenario.
- (149) Welke gegevens bij de raming van het volume-effect aan de hand van de elasticiteitsbenadering vereist zijn, hangt af van de vraag of de relevante ondernemingen op dezelfde wijze worden getroffen door de meerkosten, d.w.z. of het sectorbrede meerkosten betreft. Als dit het geval is, zou een daling van de verkoop normaliter producten en ondernemingen buiten de markt betreffen. Voorts kunnen de volume-effecten van zowel de eigen prijselasticiteit als de kruiselingse prijselasticiteit worden weergegeven in de marktprijselasticiteit. In dergelijke omstandigheden kan het volume-effect worden berekend op basis van de marge van het nulscenario, de marktelasticiteit van de vraag en de prijzen en hoeveelheden bij p_1 en q_2 .

(85) Gezien de prijsconcurrentie tussen ondernemingen.

(86) Het volume-effect is in Figuur 5 van aanhangsel 1 weergegeven als vlak C.

- (150) De marge van het nulscenario kan ook volgens de directe benadering worden geraamd. Voor een kwantitatieve raming van de marktelasticiteit van de vraag kunnen zeer grote hoeveelheden gegevens over prijs en hoeveelheden vereist zijn, die in bepaalde gevallen niet beschikbaar of niet proportioneel kunnen zijn. In dergelijke omstandigheden kan de rechter het afdoende achten andere bronnen van bewijsmateriaal te gebruiken, bijvoorbeeld informatie in eerdere marktstudies over de relevante markt of interne documenten met informatie over de relevante elasticiteit.⁸⁷
- (151) Zoals in alinea (179) en volgende is verduidelijkt, kunnen bedrijven ook gestimuleerd worden om als reactie op ondernemingsspecifieke meerkosten hun prijzen te verhogen en de output te verminderen. In dergelijke gevallen kan het noodzakelijk zijn zowel de eigen prijselasticiteit en de kruiselingse prijselasticiteit van een onderneming te bepalen, d.w.z. hoe het verkochte volume van een onderneming verandert wanneer zij haar eigen prijzen verandert en wat de gevolgen zijn voor het verkochte volume van een onderneming door prijsveranderingen bij andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn. De omvang van het tweede effect is afhankelijk van de vraag hoe goed de op de markt aangeboden producten substitueerbaar zijn. Indien de producten van de concurrent geen goede substituten zijn, kan daaruit worden afgeleid dat de reacties van concurrenten wellicht geen aanzienlijke invloed zullen hebben op het verkochte volume, zelfs als het bijvoorbeeld bij gebrek aan gegevens niet mogelijk is om deze gevolgen nauwkeurig te meten.

4.4.3.2. Problemen

- (152) Wanneer de elasticiteitsbenadering wordt toegepast, kan de rechter de relevante elasticiteitsparameters ramen. Een van de manieren om dit te doen is door een vraagmodel te construeren en gebruik te maken van econometrie. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, vereist deze benadering veel gegevens en veronderstellingen. Indien er geen gegevens beschikbaar zijn en andere bronnen worden gebruikt, bijvoorbeeld marktstudies of informatie uit eerdere zaken, kunnen die bronnen echter ongeschikt zijn indien de marktstructuur van de voorliggende zaak verschilt van die welke beschreven is in de marktstudies. In dergelijke gevallen is het mogelijk dat de elasticiteitsbenadering geen betrouwbare raming van het volume-effect oplevert.
- (153) Zoals in de inleiding van dit gedeelte over begroting werd vermeld, zijn de drie mogelijke componenten van de schade in schadevergoedingszaken afgeleid van de oorspronkelijke meerkosten, het doorberekeningseffect en het volume-effect⁸⁸. De rechter kan deze drie componenten achtereenvolgens ramen, met de begroting van de meerkosten als eerste stap, de raming van het prijseffect ten gevolge van de doorberekening als tweede stap en de raming van het volume-effect ten gevolge van de doorberekening als derde stap.

(87) Zie bijvoorbeeld arrest van 15 januari 2015 in zaak U-4-07 – Cheminova/Akzo Nobel.

(88) Zie alinea (71).

5. BIJLAGE 1 – ECONOMISCHE THEORIE

5.1. Inleiding

(154) In dit aanhangsel worden de inzichten uit de economische theorie uiteengezet die in de context van doorberekening van belang zijn. Zoals hierboven beschreven in alinea (45) en volgende, kunnen verschillende factoren bepalen in welke mate in een gegeven geval wordt doorberekend, zoals de aard van de inputkosten waarop wordt doorberekend, de aard van de vraag naar het product bij de directe of indirecte klant, de aard en de intensiteit van de concurrentie tussen de ondernemingen op de markt waar de directe of indirecte klanten actief zijn, en andere elementen zoals het aandeel van de verschillende vormen van input van een onderneming waarop wordt doorberekend of de tijdshorizon van de inbreuk.

5.2. Inputkosten en het effect ervan op prijsstellingsbeslissingen

(155) Zoals in bovenstaand alinea (42) is uiteengezet, leiden de oorspronkelijke meerkosten tot een stijging van de inputkosten voor afnemers van de producten of diensten met meerkosten. Of deze afnemers de meerkosten aan hun eigen klanten kunnen en willen doorberekenen, en zo ja, in welke mate, is onder meer afhankelijk van de kostenstructuur van de afnemers. Hieronder wordt nader ingegaan op de gevolgen van de vaste en variabele kosten en de structuur van de contracten tussen ondernemingen op verschillende niveaus van de toeleveringsketen voor de mate waarin meerkosten worden doorberekend.

(156) Om doorberekeningseffecten op te sporen, is het van belang te bepalen of de inputkosten van een afnemer die met meerkosten te maken krijgt, al dan niet variëren naargelang van de bestelde inpuhoeveelheid (d.w.z. variabele of vaste inputkosten). De economische theorie geeft inderdaad aan dat de relevante kostencategorie voor prijsvorming op korte termijn de variabele kosten zijn, of nauwkeuriger nog: de marginale kosten; d.w.z. de kostenstijging bij de aankoop van een extra inpuiteenheid (zie Vak 8 hieronder). Het tegenovergestelde van dit soort kosten zijn de vaste kosten, die doorgaans van belang zijn voor de strategische beslissingen van ondernemingen voor de lange termijn, zoals marktdeelneming, introductie van producten en investeringsniveau.

Vak 8: Voorbeelden van marginale en vaste kosten

Om de concepten marginale (variabele) en vaste kosten uit te leggen is het nuttig terug te grijpen naar de vereenvoudigde voorbeelden van het reeds in Vak 1 vermelde koperkartel.

De variabele kosten van de kabelboomleveranciers zijn dan bijvoorbeeld de kosten die verband houden met de productie van een extra kabelboom. Deze kosten kunnen de input omvatten om die extra kabelboom te produceren, (inclusief koper en plastic), elektriciteit en arbeidskosten in verband met de extra productie.

De kabelboomleverancier heeft voor zijn productie echter ook vaste kosten, zoals de marketing van zijn producten en de investeringen in nieuwe machines. Deze kosten worden niet beïnvloed door de productie van een extra kabelboom, en worden dus geacht vaste kosten te zijn.

- (157) Doorgaans zijn de gevolgen van de meerkosten voor de marginale of variabele kosten van de afnemer het relevante uitgangspunt voor de beoordeling van doorberekeningseffecten.
- (158) Contracten tussen ondernemingen op verschillende niveaus van de toeleveringsketen, waarin is bepaald tegen welke voorwaarden ondernemingen hun producten of diensten aan de afnemers leveren, kunnen betrekking hebben op bestanddelen die hetzij als vaste, hetzij als variabele kosten kunnen worden beschouwd. Zo zijn bepaalde bestanddelen van de prijs die een afnemer betaalt, niet afhankelijk van de gekochte hoeveelheid, terwijl sommige andere bestanddelen dat wel zijn. Bijgevolg is het bij mededingingszaken waar doorberekening wordt ingeroepen belangrijk te bepalen of de prijscomponenten die door de inbreuk zijn beïnvloed vanuit het standpunt van de afnemer vast zijn of niet.
- (159) In het extreme geval waarbij de inbreukpleger enkel een vast prijsbestanddeel verhoogt, wordt op korte termijn geen doorberekening verwacht in de vorm van een prijsverhoging voor de eigen producten van de afnemer. Op lange termijn kunnen bestanddelen van vaste kosten voor de input echter wel een invloed hebben op de strategische beslissingen van ondernemingen. Het effect van hogere vaste kosten voor input kan dus voor de doorberekening eveneens van belang zijn. Als bijvoorbeeld een door de inbreukpleger bepaald prijsbestanddeel van hoge vaste kosten ervoor zorgt dat een of meer directe afnemers de markt verlaten, wordt het concurrentievermogen op de markt beperkt en zorgt dit ervoor dat de resterende afnemers hogere prijzen hanteren. Met andere woorden, de hogere inputkosten door het hogere vaste bestanddeel heeft in bepaalde mate gevolgen voor de prijzen van de directe afnemers en wordt dus ook aan de indirecte afnemer doorberekend.
- (160) Het tijdsbestek dat voor de prijsstelling in aanmerking wordt genomen, zal van belang zijn om de kosten in te delen onder variabele kosten of vaste kosten. De economische theorie suggereert doorgaans dat bij een langer tijdsbestek een groter gedeelte van de totale kosten als variabel dient te worden aangemerkt. Met andere woorden, een bepaalde kostencategorie die op korte termijn als vaste kosten wordt beschouwd, kan door een onderneming op een langere termijn als variabele kosten worden beschouwd. Bij de beoordeling van het tijdsbestek in een concreet geval, kan de rechter rekening houden met informatie in interne documenten van een partij, bijvoorbeeld informatie over de kosten die de onderneming bij haar prijsstellingsbeslissingen in aanmerking neemt.
- (161) Het is voor de rechter van bijzonder belang rekening te houden met vaste en variabele kosten wanneer het volume-effect wordt geraamd, aangezien voor de raming van dat effect een beoordeling van de marges van de bij de zaak betrokken ondernemingen vereist is.

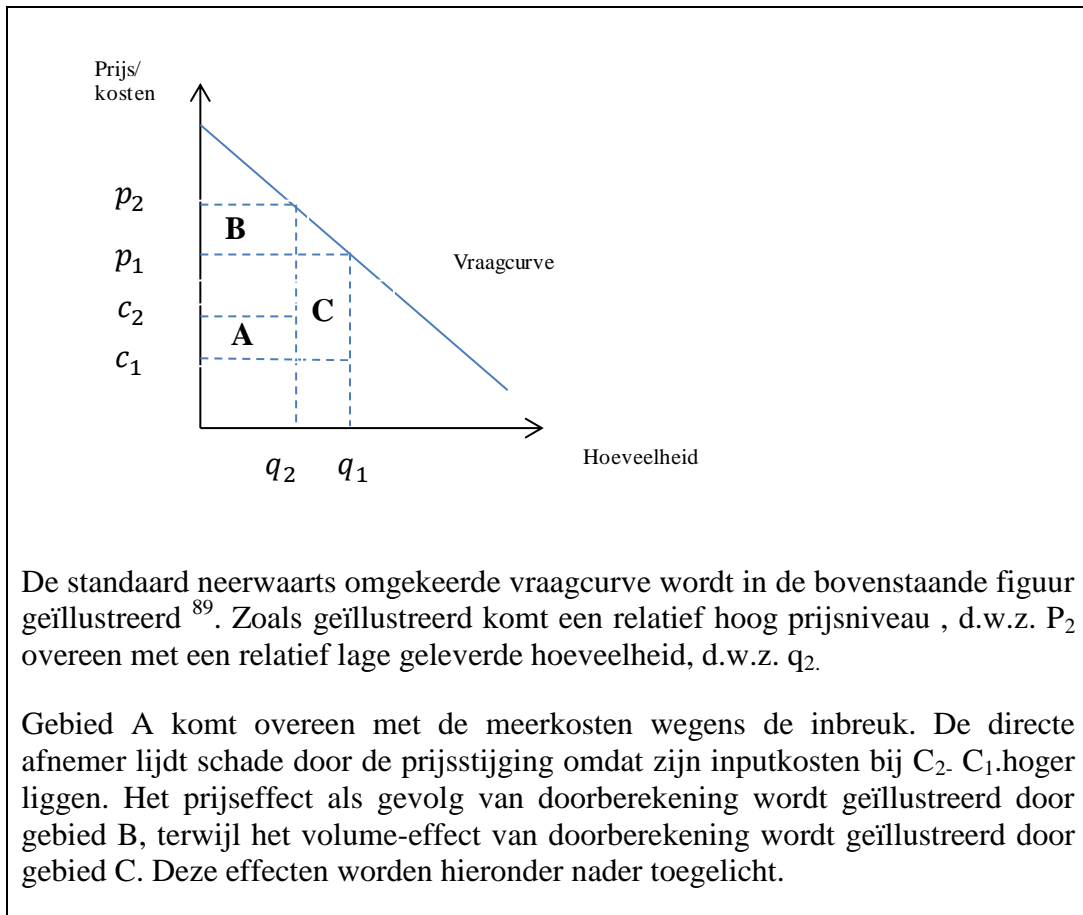
5.3. Kenmerken van de vraag en verband met prijzen

- (162) Een andere cruciale factor voor de raming van doorberekeningseffecten is de aard van de vraag waarmee de directe afnemers te maken hebben op de markt waarop zij actief zijn. In de economie is het verband tussen de vraag en het prijsniveau een belangrijke factor om de werking van een markt te beschrijven. In elke markt wordt

de vraag gedefinieerd als de hoeveelheid van het goed of de dienst in kwestie die afnemers op een markt zouden kopen bij een bepaald prijsniveau.

- (163) Over het algemeen bestaat er een negatief verband tussen de vraag en het prijsniveau. Dit houdt in dat de totale hoeveelheid producten die de afnemers op de markt willen kopen lager is naarmate het prijsniveau hoger is. De prijsgevoeligheid van de vraag bepaalt hoe sterk het verband tussen prijs en vraag is. Als bijvoorbeeld een prijsstijging van 1 euro samengaat met een aanzienlijke afname van de aangekochte hoeveelheid, zou de vraag prijsgevoeliger zijn dan wanneer de aangekochte hoeveelheid minder sterk afneemt bij dezelfde prijsstijging van 1 euro.

Figuur 5 De vraagcurve



- (164) Een frequent gebruikte samenvatting van de eigen prijsgevoeligheid van de vraag is de zogeheten prijselasticiteit van de vraag. De prijselasticiteit van de vraag geeft aan met hoeveel procent de hoeveelheid van de vraag verandert bij een prijsstijging van één procent. Bijvoorbeeld de eigen prijselasticiteit van de vraag van een onderneming van -0,5 betekent dat een prijsstijging van één procent gepaard gaat met een afname van de vraag met 0,5 procent. Een elasticiteit van -0,2 daarentegen betekent slechts een afname van de vraag met 0,2 procent bij een prijsstijging van één procent. In dat laatste geval zegt men dat de vraag minder elastisch is dan in het

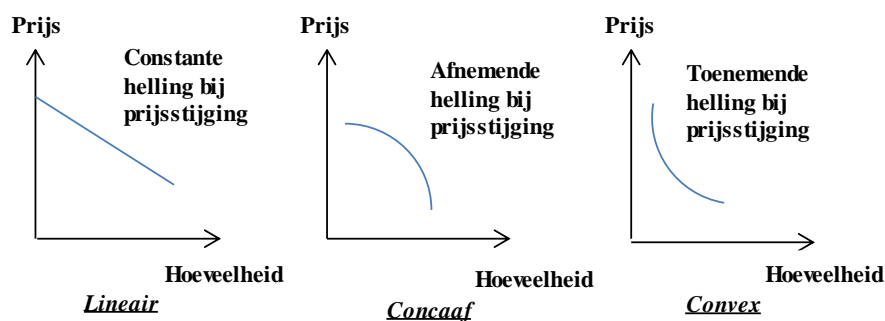
(89) De figuur geeft een illustratie van prijzen (verticale as) als functie van de gevraagde hoeveelheid (horizontale as). Deze vraagcurve wordt vaak de "omgekeerde vraagcurve" genoemd, terwijl een curve waarbij de vraag op de verticale as wordt weergegeven als functie van de prijzen op de horizontale gewoon de "vraagcurve" wordt genoemd. In de volgende grafieken worden omgekeerde vraagcurves gegeven. Om het taalgebruik te vereenvoudigen worden zij vaak "vraagcurve" genoemd.

eerste geval, d.w.z. minder prijsgevoelig, aangezien de afgenomen hoeveelheid minder sterk reageert op de prijsstijging.

- (165) In de context van doorberekening van een directe naar een indirecte klant is de vraag bij de directe klant van belang. De indirecte klanten kunnen hun vraag beperken als reactie op een prijsverhoging door de directe klant. Bij een vordering tot schadevergoeding voor een nationale rechterlijke instantie wegens een schending van het mededingingsrecht van de EU kan deze prijsstijging het gevolg zijn van de doorberekening van de inputkosten, geheel of gedeeltelijk, van de directe afnemer aan de indirecte afnemer.
- (166) De omvang van het volume-effect wordt rechtstreeks beïnvloed door de prijsgevoeligheid van de vraag. Dat komt doordat de prijsgevoeligheid bepalend is voor de afname van de vraag bij een prijsstijging. Bij een gegeven prijsstijging is de afname van de output groter naarmate de vraag prijsgevoeliger is. Het volume-effect, d.w.z. de door de klant van de inbreukpleger gederfde winst wegens een afname van de output (vraag), houdt nauw verband met de prijsgevoeligheid van de vraag.
- (167) De mate van doorberekening, en dus de omvang van de doorberekeningseffecten, houdt ook verband met de verhouding tussen de vraag en het prijsniveau. In dit geval is het echter niet de prijsgevoeligheid van de vraag die van belang is. Het is eerder de verandering van de prijsgevoeligheid van de vraag wanneer het prijsniveau verandert. Deze verandering van de prijsgevoeligheid naargelang van het prijsniveau wordt de kromming van de vraag genoemd.
- (168) De kromming van de vraag is de mate waarin de reactie van de vraag op prijswijzigingen varieert naargelang de prijs of de output verandert. Wanneer de vraagcurve lineair is, zoals hieronder links in vak 9, is er geen kromming en is de helling constant. Bij een convexe vraag, zoals rechts in vak 9, wordt de vraag minder gevoelig voor prijswijzigingen naarmate de prijs stijgt. Dit kan het geval zijn wanneer de betrokken goederen of diensten waarvoor meerkosten bestaan essentiële goederen zijn. Een voorbeeld daarvan is de vraag naar drinkwater, aangezien een klant steeds minder gevoelig is voor prijsstijgingen naarmate de beschikbare hoeveelheid afneemt.
- (169) Omgekeerd, als de vraagcurve concaaf is, zoals in het midden van Vak 9, wordt de vraag gevoeliger voor prijswijzigingen naarmate de prijs stijgt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de klant kan beschikken over een substituuat van het door de meerkosten getroffen product. Een voorbeeld hiervan is de vraag naar benzine. Bij een bepaald prijsniveau kunnen de klanten hun consumptie bijstellen en overschakelen van benzinevoertuigen op elektrische voertuigen. Dat zou betekenen dat de vraag naar benzine gevoeliger wordt voor prijswijzigingen, aangezien meer klanten zich anders gaan bevoorraden als de benzineprijs stijgt.
- (170) De kromming van de vraagcurve kan aanzienlijke gevolgen hebben voor de doorberekening van meerkosten. Bij een bepaald concurrentieniveau zal de doorberekening van sectorbrede meerkosten stijgen naarmate de vraagcurve convexer is. Als de vraag voldoende convex is, kan de doorberekening zelfs meer dan 100 procent bedragen.

Vak 9: De kromming van de vraag

Naargelang van de kenmerken van de markt kan de vraagcurve zoals hierboven aangegeven lineair, convex of concaaf zijn. De neerwaartse vorm van een vraagcurve geeft aan dat bij dalende prijzen de klanten meer product vragen. De helling van de vraagcurve illustreert hoe de gevraagde hoeveelheid verandert naargelang van de prijs. Een steilere vraagcurve betekent dat de vraag minder gevoelig is voor prijsstijgingen.



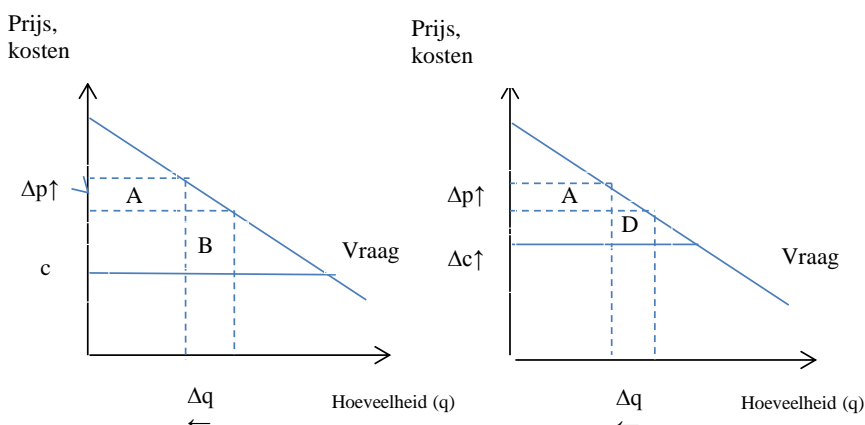
5.4. De prijsstellingsbeslissing van een onderneming

- (171) Zoals hierboven in de alinea's (46) en (47) is uiteengezet, wordt de stimulans voor een onderneming om meerkosten aan haar klanten door te berekenen bepaald door het type van de betrokken vraag en van de kosten⁹⁰. Volgens de economische theorie zal een onderneming haar prijzen slechts aanpassen wanneer daardoor de winst stijgt. Om een hogere prijs te krijgen, zal een onderneming doorgaans genoeg moeten nemen met een afname van de verkoop. De beoordeling van de afweging tussen hogere winsten door hogere prijzen en lagere winsten door een afname van de verkoop is belangrijk om de omvang van de doorberekeningseffecten bij vorderingen tot schadevergoeding te begrijpen.
- (172) Deze afweging wordt hieronder schematisch weergegeven in Vak 10. Indien een onderneming, bijvoorbeeld een directe klant van een grondstoffenproducent, haar prijzen verhoogt, kan het effect van de hogere prijzen op de winst worden geïllustreerd door gebied A in het linkergedeelte van Vak 10. De gedeelde winst ten gevolge van een daling van de verkoop is gelijk aan gebied B. Wanneer het effect van een nieuwe kleine prijsstijging ertoe leidt dat gebied A gelijk is aan gebied B, dan is er geen ruimte om door verdere prijsaanpassingen extra winst te boeken. Als de prijzen boven dit punt stijgen, zal de door de afname van de verkoop gedeelde winstmarge de hogere marge op de resterende verkoop overtreffen.
- (173) Indien de directe afnemer te maken krijgt met hogere prijzen voor grondstoffen, bijvoorbeeld indien de leveranciers van grondstoffen de prijzen in strijd met artikel 101 VWEU verhogen, kan dit de voorwaarden voor de in bovenstaande alinea (172) beschreven afweging veranderen. Een stijging van de kosten van de directe klant beperkt de marge die tegen de geldende prijs op de verkoop wordt genomen.

(90) Zie ook "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag", (2004/C 101/08), punt 98.

Voor de winst is het daardoor minder duur de prijzen te verhogen en daardoor wat verkoop te derven. De door een lagere verkoop gedeelde winst bij prijsstijgingen is gebied D in het rechtergedeelte van Vak 10 hieronder. Aangezien gebied D kleiner is dan gebied B, heeft de directe klant een stimulans om als reactie op de verhoging van de kosten zijn eigen prijzen te verhogen, en dus de verandering van de kosten ten minste in zekere mate door te berekenen.

Vak 10 Afweging tussen prijsstijging en gedeelde verkoop



5.5. Intensiteit van de concurrentie en verband met doorberekening

5.5.1. Continuüm van concurrentievermogen van markten

- (174) Op een bepaald niveau van de toeleveringsketen kan de intensiteit van de concurrentie tussen ondernemingen variëren. Bij het ene uiterste, wanneer een onderneming op zijn niveau van de toeleveringsketen monopolist is, is er geen concurrentie. Bij het andere uiterste kan de concurrentie tussen ondernemingen zeer intens zijn (bijvoorbeeld wanneer veel ondernemingen eerder homogene producten verkopen op een markt met weinig belemmeringen voor de toetreding), zodat elke onderneming als prijsvolger handelt en geen invloed heeft op de marktprijzen, die zich bevinden op het niveau van de marginale productiekosten of dicht in de buurt daarvan. Dit laatste geval wordt volledige mededinging genoemd. Tussen deze twee uitersten ligt een brede waaier aan tussenliggende scenario's, waarbij de intensiteit van de concurrentie kan variëren, naargelang van bijvoorbeeld het aantal ondernemingen in de sector of de substitueerbaarheid van producten die door verschillende ondernemingen worden verkocht.
- (175) Dit concurrentievermogen van de markt heeft een directe invloed op de doorberekening. In het referentiegeval van volledige mededinging worden sectorbrede schokken voor 100 % aan de directe klanten doorberekend. Daarom moeten in dergelijke gevallen na de meerkosten enkel nog de volume-effecten worden begroot. Die gestileerde marktstructuur van volledige mededinging kan voor de rechter als benchmark dienen bij de beoordeling van de doorberekeningseffecten (hoewel dit op reële markten minder vaak voorkomt).

- (176) In geval van een monopolie of in de tussenliggende scenario's is de doorberekening van meerkosten dan misschien geen 100 %, maar kan boven of onder die drempel liggen. Daarom is het bij vorderingen tot schadevergoeding voor nationale rechterlijke instanties wegens schendingen van het mededingingsrecht van de EU over het algemeen relevant niet alleen de meerkosten te ramen, maar ook de doorberekening en de volume-effecten, zodra de marktstructuur afwijkt van de benchmark van volledige mededinging.
- (177) Een voorbeeld van marktstructuren met onvolledige mededinging is een markt met productdifferentiatie. Differentiatie kan zich voordoen op het niveau van de productkenmerken of van de geografie. De directe afnemer kan bijvoorbeeld producten aanbieden die onderling verschillen in hun daadwerkelijke kwaliteit, of in hun door de klanten gepercipieerde kwaliteit. In het andere geval kunnen door de verschillende locaties van de directe afnemers de transportkosten van de aangeboden goederen van klant tot klant verschillen (die zich ook op verschillende locaties kunnen bevinden). Door differentiatie kunnen producten onderling minder substitueerbaar zijn. Het is mogelijk dat de klanten niet alle producten als volledig substitueerbaar zien.
- (178) Die onvolmaakte substitueerbaarheid kan ervoor zorgen dat er minder concurrentiedruk is op leveranciers zonder concurrenten die goed substitueerbare producten aanbieden. Met andere woorden, volgens de economische theorie zal de intensiteit van de concurrentie afnemen naarmate de productdifferentiatie toeneemt. Zoals hierboven in alinea (175) en volgende is uiteengezet, zal zwakkere concurrentie ervoor zorgen dat de sectorbrede meerkosten in mindere mate worden doorberekend, d.w.z. de differentiatie van de producten van de directe afnemers zorgt ervoor dat de mate waarin de sectorbrede meerkosten worden doorberekend, in de buurt komt van de doorberekening indien elke directe afnemer een monopolist is. Omgekeerd, wanneer de productdifferentiatie beperkt is, zullen de sectorbrede meerkosten in grotere mate worden doorberekend.

5.5.2. *Sectorbrede meerkosten tegenover ondernemingsspecifieke meerkosten en doorberekening*

- (179) De doorberekening van meerkosten aan de eigen klanten door een bepaalde afnemer varieert gewoonlijk, naargelang de concurrenten van de afnemer al dan niet ook door de meerkosten getroffen worden. Wanneer slechts één afnemer door de meerkosten getroffen wordt, zal de doorberekening automatisch ondernemingsspecifiek zijn. Indien daarentegen alle afnemers op een gegeven niveau van de toeleveringsketen door de meerkosten worden getroffen, zou men kunnen denken aan doorberekeningspercentages per onderneming, maar ook aan sectorbrede doorberekening.
- (180) Indien slechts één afnemer getroffen wordt, d.w.z. indien de meerkosten ondernemingsspecifiek zijn, kunnen de doorberekeningseffecten eerder beperkt zijn, vooral wanneer deze afnemer wegens de sterke druk van zijn concurrenten geen invloed kan uitoefenen op de verkoopprijzen in zijn markt.
- (181) Omgekeerd, wanneer alle ondernemingen op een markt getroffen worden door meerkosten, d.w.z. wanneer de meerkosten sectorbreed zijn, krijgen alle ondernemingen te maken met hogere inputkosten, wat betekent dat zij de meerkosten op zijn minst gedeeltelijk aan hun eigen klanten kunnen

doorberekenen. De sectorbrede meerkosten kunnen de verschillende concurrenten echter op een andere manier treffen.

5.6. Enkele andere factoren met gevolgen voor de doorberekening

- (182) Op sommige markten verkopen ondernemingen een verscheidenheid aan producten, bijvoorbeeld in de levensmiddelendetailhandel. Op dergelijke markten kunnen producten door de vraag met elkaar verbonden zijn, bijvoorbeeld wanneer een detailhandelaar voor verscheidene productcategorieën concurrerende merken verkoopt. Wanneer die producten substituten zijn, kan een kostenschok bij het ene product ook gevolgen hebben voor de prijzen van de andere producten die de detailhandelaar verkoopt. Een prijswijziging bij andere producten kan ook leiden tot een prijswijziging van het product dat rechtstreeks door de prijsschok wordt getroffen. Dergelijke feedbackeffecten van andere producten kunnen dus leiden tot een verhoging van de oorspronkelijke doorberekening op markten waar ondernemingen een verscheidenheid aan producten verkopen.
- (183) De mate waarin een doorberekeningseffect wordt vastgesteld, kan ook variëren naargelang van de tijdshorizon waarvoor dergelijke effecten worden geraamd. Met name de doorberekening van meerkosten naar een volgend niveau van de toeleveringsketen kan om verschillende redenen worden vertraagd. Ten eerste is het mogelijk dat de oorspronkelijke meerkosten enkel gevolgen hebben voor de vaste kosten van de ondernemingen die met meerkosten te maken hebben. Hoewel het gevolg van de meerkosten op de marginale of variabele kosten van de afnemer het relevante uitgangspunt is voor de beoordeling van doorberekeningseffecten, kan een stijging van de vaste kosten gevolgen hebben voor de strategische beslissingen van een onderneming en dus ook voor de doorberekeningseffecten, zoals hierboven in alinea (159) is uiteengezet.
- (184) Zoals in alinea (50) werd vermeld, kunnen ondernemingen bovendien bij het aanpassen van de prijzen zogeheten menukosten maken, d.w.z. kosten die verband houden met het proces van de prijsaanpassing. In dat geval zal een onderneming liever het aantal prijswijzigingen beperken en de meerkosten pas na verloop van tijd doorberekenen, en bijvoorbeeld wachten tot de stijging van de marginale kosten een bepaalde drempel heeft overschreden. In bepaalde gevallen is het mogelijk dat de meerkosten een zodanig kleine verhoging van de marginale kosten zijn, dat de getroffen afnemer het niet rendabel acht om de meerkosten überhaupt door te berekenen. De mogelijke gevolgen van menukosten op de raming van de doorberekeningseffecten wordt nader behandeld in alinea 4.3.2.1 en volgende.
- (185) In bepaalde omstandigheden kan een indirecte afnemer gebruikmaken van zijn onderhandelingspositie om een directe afnemer te beperken in zijn vermogen meerkosten door te berekenen. De onderhandelingspositie van de indirecte afnemer wordt ook wel compenserende afnemersmacht genoemd.⁹¹ Afnemersmacht is niet enkel het vermogen om van leverancier te veranderen, maar bijvoorbeeld ook om upstream te integreren of de onderhandelingsmacht van de kopers.

(91) De beoordeling van compenserende afnemersmacht is een belangrijke factor van het EU-concentratietoezicht. In alinea 64 van de richtsnoeren van de Commissie voor de beoordeling van horizontale fusies wordt compenserende afnemersmacht gedefinieerd als de sterke onderhandelingspositie van de afnemer in commerciële onderhandelingen met de verkoper, welke hij te danken heeft aan zijn omvang, zijn commerciële betekenis voor de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen op andere leveranciers.

- (186) Over het algemeen zal afnemersmacht bij sectorbrede meerkosten de doorberekening niet verhinderen, maar zal zij gevolgen hebben voor de mate waarin wordt doorberekend. Enerzijds is een scenario denkbaar waarbij sterke afnemersmacht de directe afnemers dwingt de meerkosten te slikken en dus de doorberekening beperkt. Anderzijds is ook een scenario denkbaar waarbij de sterke onderhandelingspositie van de indirecte afnemers de directe afnemers dwingt hun marge te laten vallen en te verkopen tegen een prijs die enkel hun marginale kosten dekt, en de doorberekening bij meerkosten dus 100% bedraagt.
- (187) Aangezien de mate van afnemersmacht en de gevolgen daarvan voor de doorberekening zullen afhangen van de aard en de specifieke context van de individuele onderhandelingen, kan de rechter dit per geval beoordelen.
- (188) Wanneer de directe afnemer die met meerkosten te maken krijgt verticaal geïntegreerd is in een downstream detailhandelsmarkt, d.w.z. wanneer hij ook actief is op de markt waar de indirecte afnemers actief zijn, kan dit bovendien gevolgen hebben voor de stimulansen om de oorspronkelijke meerkosten door te berekenen. In een dergelijk scenario zal de directe afnemer die met meerkosten (d.w.z. een stijging van de marginale kosten) te maken krijgt, de volledige meerkosten doorgaans doorberekenen binnen de geïntegreerde onderneming. De doorberekening naar indirecte afnemers buiten de integratie zal er echter anders uitzien, bijvoorbeeld afhankelijk van de kosten- en winstmarges van de verschillende indirecte afnemers.
- (189) In bepaalde sectoren kan de door de directe of indirecte afnemers geboden prijs gereguleerd zijn, d.w.z. prijsreglementering door overheidsinstanties. Prijsreglementering kan gevolgen hebben voor de mate van doorberekening. Wanneer bijvoorbeeld de gereguleerde prijs wordt bepaald zonder rekening te houden met de specifieke kosten van de producten waarvoor er meerkosten bestaan, zal bij de prijszetting het prijseffect ten gevolge van de doorberekening onbestaand of beperkt zijn. Zoals reeds vermeld in alinea (44), kan de schade wegens een schending van het mededingingsrecht van de EU andere factoren dan prijsfactoren beïnvloeden. Anderzijds, wanneer de regulator om de gereguleerde prijs te bepalen rekening houdt met de kosten van de producten waarvoor er meerkosten bestaan, kan er ook op gereguleerde markten een aanzienlijke mate van doorberekening zijn.

6. BIJLAGE 2 -- VERKLARENDE WOORDENLIJST

- (190) Dit aanhangsel bevat een overzicht van economische termen die in deze richtsnoeren worden gebruikt.
- **econometrische techniek:** ook regressieanalyse genoemd. Dit is een statistische techniek die patronen helpt analyseren in het verband tussen economische variabelen, bijvoorbeeld hoe de ontwikkeling van kosten de prijsontwikkeling op een bepaalde markt beïnvloedt.
 - **elasticiteit van de vraag:** procentuele verandering van de gevraagde hoeveelheid naar aanleiding van een prijsstijging van één procent.

- helling van de vraag: verhouding van de verandering van de hoeveelheid ten opzichte van de verandering van de prijzen tussen twee willekeurig gekozen, dicht bij elkaar gelegen punten op de vraagcurve.
- kromming van de vraag: de verandering van de elasticiteit van de vraag wanneer het prijsniveau verandert.
- marginale kosten: de stijging van de totale kosten ten gevolge van de productie van een extra eenheid.
- ondernemingsspecifieke meerkosten: slechts één afnemer is door de meerkosten getroffen.
- sectorbrede meerkosten: alle afnemers op een bepaald niveau van de toeleveringsketen zijn door de meerkosten getroffen.
- variabele kosten: kosten die variëren naargelang van de hoeveelheid geproduceerde output.
- vaste kosten: kosten die niet variëren naargelang van de hoeveelheid geproduceerde output.
- vraag: de hoeveelheid van een goed of een dienst die afnemers op een markt zouden kopen bij een bepaald prijsniveau.
- vraagcurve: een illustratie van het verband tussen de gevraagde hoeveelheid en de prijs van een product.