



Brussel, XXX
[...] (2013) XXX draft

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**

bij de

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of
102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie**

INHOUDSOPGAVE

Deel 1 — Context en algemene benadering voor de begroting van schade in mededingingszaken	9
I. Juridische context.....	9
A. Het recht op schadevergoeding	9
B. Nationale regels op het gebied van schadebegroting en de onderhavige praktische gids	10
II. Algemene benadering voor de begroting van schade in mededingingszaken.....	12
III. Structuur van de praktische gids	14
Deel 2 — Methoden en technieken	16
I. Overzicht	16
II. Op vergelijking gebaseerde methoden	17
A. Methoden voor het opstellen van een niet-inbreukscenario.....	18
(1) Vergelijking in de tijd op dezelfde markt	18
(2) Vergelijking met gegevens van andere geografische markten.....	21
(3) Vergelijking met gegevens van andere productmarkten	23
(4) Combinatie van vergelijkingen in de tijd en tussen markten	24
B. Toepassing van de methode in de praktijk: technieken voor de raming van de prijs of een andere economische variabele in het niet-inbreukscenario	25
(1) Eenvoudige technieken: afzonderlijke gegevenswaarnemingen, gemiddelden, interpolatie en eenvoudige correcties.....	26
(2) Regressieanalyse	28
a. Het begrip regressieanalyse en het doel ervan	28
b. Voorbeelden en illustraties.....	29
c. Voorwaarden voor de toepassing van regressieanalyse	33
(3) Keuze van technieken	36
III. Simulatiemodellen, op kosten gebaseerde analyse en andere methoden	37
A. Simulatiemodellen.....	37
B. Op kosten gebaseerde methoden	40
C. Overige methoden	43
IV. Keuze van methoden	44
Deel 3 – Begroting van schade ten gevolge van een prijsstijging.....	46
I. Gevolgen van inbreuken die tot een prijsstijging leiden.....	46
II. Kwantificering van de meerprijs.....	48
A. Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van kartels.....	48
(1) Gevolgen van kartels.....	49

(2)	De door de directe afnemer betaalde initiële meerprijs	51
a.	Vergelijking in de tijd	52
b.	Andere op vergelijking gebaseerde methoden	54
(3)	Doorberekening van meerprijzen	55
B.	Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van andere soorten inbreuken die leiden tot benadeling in de vorm van meerprijzen	58
III.	Begroting van schade ten gevolge van het volume-effect	59
DEEL 4 —	Begroting van schade ten gevolge van uitsluitingsgedrag	60
I.	Gevolgen van uitsluitingsgedrag	60
II.	Begroting van schade voor concurrenten	61
A.	De tijdsdimensie van uitsluitingsgedrag	61
B.	Algemene benadering voor de begroting van de gedeelde winst	62
C.	Bestaande concurrenten	64
(1)	Vergelijking in de tijd	65
(2)	Andere op vergelijking gebaseerde methoden	68
D.	Belemmering van de markttoegang	68
E.	Vergoeding voor toekomstig verlies	70
III.	Begroting van de schade voor afnemers	71
A.	Goedmaking van verliezen	72
B.	Schade voor concurrenten als afnemers van de inbreukmakers	73
	Tabel van aangehaalde zaken	74

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

bij de

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

INHOUD

		<i>Punt</i>
DEEL 1	CONTEXT EN ALGEMENE BENADERING VOOR DE BEGROTING VAN SCHADE IN MEDEDINGINGSZAKEN	0-24
I.	JURIDISCHE CONTEXT	0-9
A.	<i>Het recht op schadevergoeding</i>	<i>1-1</i>
B.	Het recht op schadevergoeding op grond van het EU-recht - doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen [1].	0-9
II.	<i>Nationale regels op het gebied van schadebegroting en de onderhavige praktische gids</i> Inbreuk en causaliteit [3]; Nationale en EU-context voor schadeclaims [4]; Pragmatische benaderingen in het nationale recht [5]; Doel van de richtsnoeren [6]; Juridische status van de richtsnoeren [7-9].	0-19
III.	ALGEMENE BENADERING VOOR DE BEGROTING VAN SCHADE IN MEDEDINGINGSZAKEN Toepassingsgebied van de term "vergoeding van de geleden schade" [11,20]; "Niet-inbreukscenario" [12]; Bewijzen waarover rechtbanken kunnen beschikken [14]; Belangrijke stappen bij de begroting van schade [13-15]; Aan de begroting van schade inherente onzekerheden [16-17];	0-24
	STRUCTUUR VAN DE PRAKTISCHE GIDS	

DEEL 2	METHODEN EN TECHNIEKEN	0-124
I.	OVERZICHT Overzicht van de verschillende methoden [27]; Op vergelijking gebaseerde methoden [27]; Andere methoden [28].	0-30
II.	OP VERGELIJKING GEBASEERDE METHODEN Voorbeeld van een op vergelijking gebaseerde analyse [32]; Voordelen van de op vergelijking gebaseerde methode [37].	0-94
A.	<i>Methoden voor het opstellen van een niet-inbreukscenario</i>	0-56
(1)	Vergelijking in de tijd op dezelfde markt Verschillende referentiepunten voor de vergelijking [39]; Aanpassingen aan gegevens [40]; Keuze tussen verschillende benaderingen [43]; Eindpunt van de inbreuk [44]; Oligopolistische markten [45].	0-47
(2)	Vergelijking met gegevens van andere geografische markten Voldoende gelijkenis tussen geografische markten [50]; Naburige markten [53].	0-52
(3)	Vergelijking met gegevens van andere productmarkten	0-54
(4)	Combinatie van vergelijkingen in de tijd en tussen markten "Verschil in verschil"-methode [56]; Sterke en zwakke punten [58].	0-56
B.	<i>Toepassing van de methode in de praktijk: technieken voor de raming van de prijs of een andere economische variabele in het niet-inbreukscenario</i> Mogelijkheid om rechtstreeks beschikbare gegevens te gebruiken [60]; Noodzaak van aanpassing (alternatieve oorzaken) [61]; Keuze tussen verschillende benaderingen [62].	0-94
(1)	Eenvoudige technieken: afzonderlijke gegevenswaarnemingen, gemiddelden, interpolatie en eenvoudige correcties Beschikbare gegevens [64]; Gebruik van gemiddelden [66]; Lineaire interpolatie [67]; Identificatie van differentiërende factoren [68].	0-0
(2)	Regressieanalyse <i>Het begrip regressieanalyse en het doel ervan</i>	0-89
a.	Wat is een regressieanalyse? [69]; Soorten regressieanalyses [71]. <i>Voorbeelden en illustraties</i>	0-71

	<p><i>b.</i> Basisstappen in een regressieanalyse [73-76]; regressieanalyse met meerdere variabelen (multivariate analyse) [77]; voorspellende methode [80].</p> <p><i>0-80</i></p> <p><i>Voorwaarden voor de toepassing van regressieanalyse</i></p> <p><i>c.</i> Gegevenswaarneming [81-84]; wegnemen van onzekerheden (statistische significantie) [87-88]; "analyse op beperktere schaal" [90].</p> <p><i>0-89</i></p> <p>Keuze van technieken</p> <p>Keuze van begrotingstechnieken en proportionaliteitsoverwegingen [92-93].</p> <p>0-94</p>	
(3)		
III.	SIMULATIEMODELLEN, OP KOSTEN GEBASEERDE ANALYSE EN ANDERE METHODEN	0-120
A.	<p><i>Simulatiemodellen</i></p> <p>Modellen van oligopolistische markten [98]; Gebruik van simulatiemodellen [100]; Voorbeeld [101-102]; Sterke en zwakke punten van de benadering [103-105].</p> <p><i>0-104</i></p>	
B.	<p><i>Op kosten gebaseerde methoden</i></p> <p>Basisbenadering [107]; Bepaling van de relevante kosten [109]; Winstmarge [111]; Op kosten gebaseerde methode [114-118].</p> <p><i>0-117</i></p>	
C.	<p><i>Overige methoden</i></p> <p>KEUZE VAN METHODEN</p> <p><i>0-120</i></p>	
IV.		0-124
DEEL 3	BEGROTING VAN SCHADE TEN GEVOLGE VAN EEN PRIJSSTIJGING	0-178
I.	GEVOLGEN VAN INBREUKEN DIE TOT EEN PRIJSSTIJGING LEIDEN	0-134
	Directe en indirecte afnemers [126]; Voorbeelden van inbreuken [127]; Twee soorten schade: "meerprijs" en "volume-effect"/"hoeveelheidseffect" [128].	
II.	KWANTIFICERING VAN DE MEERPRIJS	0-173
A.	<i>Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van kartels</i>	<i>0-170</i>
(1)	Gevolgen van kartels	0-144
	Definitie van kartelinbreuken [139]; Empirische conclusies/economische studies over het algemene effect van kartels [141-145].	

<p>(2)</p> <p>a.</p> <p>b.</p> <p>(3)</p> <p>B.</p> <p>III.</p>	<p>De door de directe afnemer betaalde initiële meerprijs Praktisch voorbeeld van door kartels bij directe afnemers veroorzaakte schade [147].</p> <p><i>Vergelijking in de tijd</i> Toepassing van vergelijking in de tijd in het praktisch voorbeeld [149]; Wenselijkheid om prijzen na de inbreuk te gebruiken voor vergelijkingsdoeleinden [153].</p> <p><i>Andere op vergelijking gebaseerde methoden</i> Vergelijking met prijzen van een andere geografische markt [155]; prijzen van een andere productmarkt [160].</p> <p>Doorberekening van de meerprijs Doorberekening en vermindering van het verkoop/volume-effect [162]; "passing-on defense" en acties van indirecte afnemer tegen inbreukmaker [164]; Benaderingen voor eisers en verweerders om hun beweringen te staven [166]; Marktenmerken die de mate van doorberekening kunnen beïnvloeden [167].</p> <p><i>Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van andere soorten inbreuken die leiden tot benadeling in de vorm van prijsverhogingen</i></p> <p>BEGROTING VAN SCHADE TEN GEVOLGE VAN HET VOLUME-EFFECT</p>	<p>0-159</p> <p><i>0-153</i></p> <p><i>0-159</i></p> <p>0-170</p> <p><i>0-173</i></p> <p>0-178</p>
<p>DEEL 4</p>	<p>BEGROTING VAN SCHADE TEN GEVOLGE VAN UITSLUITINGSGEDRAG</p>	<p>0-215</p>
<p>I.</p> <p>II.</p> <p>A.</p> <p>B.</p> <p>C.</p>	<p>GEVOLGEN VAN UITSLUITINGSGEDRAG Uitsluiting van concurrenten van de markt: marktafscherming [180]; Gevolgen van uitsluitingsgedrag [181-182].</p> <p>BEGROTING VAN DE SCHADE VOOR CONCURRENTEN</p> <p><i>De tijdsdimensie van uitsluitingsgedrag</i></p> <p><i>Algemene benadering voor de begroting van gedeelde winst</i> Ontwikkeling van het contrafeitelijke scenario [188]; Berekening gedeelde winst [189-190]; Mogelijkheid om vergoeding te eisen voor slechts een deel van de schade [191].</p> <p><i>Bestaande concurrenten</i></p> <p>Vergelijking in de tijd</p>	<p>0-182</p> <p>0-207</p> <p><i>0-186</i></p> <p><i>0-192</i></p> <p><i>0-0</i></p>

(1)	Praktisch voorbeeld [195-196]; Gebruik van marktaandelen [197].	0-197
	Andere op vergelijking gebaseerde methoden	
(2)		0
	<i>Belemmering van de markttoegang</i>	
D.	Specifieke problemen [200]; Praktisch voorbeeld [202-204];	0-204
	<i>Vergoeding voor toekomstig verlies</i>	
E.		0-207
	BEGROTING VAN DE SCHADE VOOR AFNEMERS	
III.		0-215
	<i>Recuperatie</i>	
A.	Voorbeeld bij toepassing van rooftprijzen [210-212]; Voorbeeld van een uitgesloten bedrijf [213].	0-213
	<i>Schade voor concurrenten als afnemers van de inbreukmakers</i>	
B.		0-215

TABEL MET ILLUSTRATIEVE VOORBEELDEN

Het meelkartel [32], [147]

Weigering om een onmisbare input te leveren voor commerciële oplosmiddelen [194], [195], [196], [208]

De zaak medische apparatuur [203], [205]

Recuperatie bij toepassing van rooftprijzen [211], [214]

Deel 1 — Context en algemene benadering voor de begroting van schade in mededingingszaken

I. JURIDISCHE CONTEXT

A. *Het recht op schadevergoeding*

1. Eenieder die schade heeft geleden wegens een inbreuk op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) heeft recht op vergoeding van die schade. Het Hof van Justitie van de EU heeft verklaard dat dit recht wordt gewaarborgd door het primaire EU-recht¹. Schadevergoeding houdt in dat de situatie wordt hersteld waarin de benadeelde partij zou verkeren indien er geen inbreuk had plaatsgevonden. Schadevergoeding omvat derhalve niet alleen vergoeding van de reële schade (*damnum emergens*) maar ook van gederfde winst (*lucrum cessans*), alsmede van rente². Reële schade houdt de vermindering van het vermogen van een persoon in; gederfde winst betekent dat de vermeerdering van het vermogen, welke zonder de inbreuk zou hebben plaatsgevonden, is uitgebleven³.
2. Over civiele vorderingen voor schadevergoeding wordt doorgaans door de nationale rechter beslist⁴. Bij ontbreken van EU-regelgeving op dit gebied is het aan het interne rechtsstelsel van elke lidstaat om de precieze regels vast te stellen die van toepassing zijn op de uitoefening van het recht op schadevergoeding dat door het EU-recht wordt gewaarborgd. Die regels mogen echter de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten in de praktijk niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) en mogen evenmin ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel)⁵.

¹ Arrest van 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage*, Jurispr. 2001, blz. I-6297, punt 26; arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 60; arrest van 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer*, Jurispr. 2011, blz. I-5161, punt 36 en arrest van 6 november 2012, zaak C-199/11, Europese Commissie / Otis NV en anderen, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd. Deze zaken hebben betrekking op artikel 101 VWEU (ex artikel 81 EG-Verdrag); dezelfde beginselen zijn echter van toepassing op artikel 102 VWEU (ex artikel 82 EG-Verdrag) – arrest van 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer*, jurispr. 2011, blz. I-5161, punt 36.

² Arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 95.

³ Zie conclusie van advocaat-generaal Capotorti bij het arrest van 4 oktober 1979, zaak 238/78, *Ireks-Arkady GmbH / Raad en Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 2955, punt 9.

⁴ De internationale bevoegdheid van de nationale rechters wordt vaak bepaald door Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1. Deze verordening is recentelijk vervangen door Verordening (EU) nr. 1215/2012 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, die grotendeels in werking zal treden op 10 januari 2015. Het materiële recht dat in een afzonderlijk geval van toepassing is, zal vaak door EU-verordeningen worden bepaald, met name door artikel 6 van Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, PB L 199 van 31.7.2007, blz. 40. De toepasselijke procedureregels zijn doorgaans die welke van kracht zijn in het land waar de schadeactie is ingesteld (*lex fori*). Over schadeacties kan ook worden beslist door arbitragerechtbanken en rechtbanken van niet-EU-landen.

⁵ Arrest van 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage*, Jurispr. 2001, blz. I-6297, punt 29; Arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 62.

B. Nationale regels op het gebied van schadebegroting en de onderhavige praktische gids

3. Bij een schadeactie met het oog op de vergoeding van schade die werd geleden als gevolg van een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU, moet de nationale rechter vaststellen of de eiser schade heeft geleden als gevolg van de inbreuk en zo ja, het aan de eiser als vergoeding voor die schade toe te kennen bedrag vaststellen⁶. Het beoordelen en bewijzen van de omvang van de schade is vaak moeilijk⁷. Normaliter is dit slechts noodzakelijk wanneer de nationale rechter uitspraak heeft gedaan over de andere rechtsvoorschriften voor een schadeclaim, en met name over een inbreuk en het oorzakelijk verband tussen deze inbreuk en de door de eiser geleden schade⁸.
4. Het rechtskader waarbinnen rechters de begroting van schade behandelen, wordt vastgesteld door het EU- en het nationale recht, en omvat regels inzake:
 - de schadecategorieën waarvoor schadevergoeding moet worden toegekend en de algemene aansprakelijkheidsregels die op schadevorderingen van toepassing zijn;
 - bepalingen zoals causaliteit of proximateit die het bestaan van een verband tussen de onrechtmatige daad en de geleden schade voorschrijven. Het Hof van Justitie heeft in dit verband verduidelijkt dat het, voor zover er geen voorschriften op EU-niveau op dit gebied zijn, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de regels vast te stellen voor de toepassing van het begrip "causaal verband", mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen⁹;
 - het procedurele kader voor de toewijzing van schadevorderingen. Doorgaans is in de nationale rechtsvoorschriften voorzien welke partij de bewijslast draagt en welke feitelijke gegevens door elke partij voor de rechter moeten worden aangevoerd¹⁰;
 - de passende bewijsstandaard, die voor de verschillende onderdelen van de procedure, alsook wat betreft de aansprakelijkheid voor en de omvang van de geleden schade, verschillend kan zijn;
 - in hoeverre en op welke wijze de rechtbanken bevoegd zijn de geleden schade te begroten op basis van zo nauwkeurig mogelijke schattingen of overwegingen van billijkheid; en
 - de toelaatbaarheid en het gewicht van bewijsmiddelen in civiele zaken en de beoordeling ervan (en met name van deskundigenbewijs).

⁶ Deze praktische gids heeft uitsluitend betrekking op de begroting van schade in verband met vorderingen voor financiële (monetaire) compensatie. Hoewel deze nota niet specifiek ingaat op de vaststelling van schadevergoeding in andere civielrechtelijke procedures, kunnen de inzichten die zij biedt daarbij wellicht van pas komen, met name in het geval van vorderingen tot terugbetaling.

⁷ Zie voor nadere bijzonderheden punt 11 e.v. in hoofdstuk II.

⁸ Artikel 16 van Verordening (EG) nr. 1/2003. In de onderhavige gids wordt niet specifiek ingegaan op de vraag of een bepaalde gedraging een inbreuk vormt op artikel 101 of 102 VWEU.

⁹ Arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, Manfredi, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punten 61 en 64; Arrest van 20 september 2001, zaak C-453/99, Courage, Jurispr. 2001, blz. I-6297, punt 29.

¹⁰ Zie voor een voorbeeld van een dergelijke verdeling van de bewijslast in mededingingszaken, Kammergericht Berlin, (Gerechtshof, Berlijn), arrest van 1 oktober 2009, zaak nr. 2 U 10/03 Kart (Vitaminpreise).

5. Binnen hun respectieve rechtsorde hebben wetgevers en nationale rechters bij de vaststelling van het toe te kennen schadebedrag vaak een pragmatische benadering gevolgd. Zo hebben zij het begrip "vermoeden" toegepast. De bewijslast mag worden omgekeerd, bijvoorbeeld wanneer een partij een bepaalde hoeveelheid feiten en bewijzen heeft overgelegd. Ook kan in het recht van de lidstaten zijn bepaald dat de onrechtmatige winst die de inbreukmakende ondernemingen hebben behaald, direct of indirect in aanmerking wordt genomen bij het schatten van de door de benadeelden geleden schade¹¹.
6. Het doel van deze praktische gids is rechtbanken en partijen bij schadeacties van economische en praktische inzichten te voorzien die bij de toepassing van nationale voorschriften en praktijken van pas kunnen komen. Hiertoe biedt de praktische gids inzicht in de schade die door het Verdrag verboden concurrentieverstorende gedragingen kunnen veroorzaken, en wordt informatie verstrekt over de voornaamste beschikbare methoden en technieken om deze schade te begroten¹². Deze richtsnoeren kunnen de eiser helpen om voor de rechter feitelijke argumenten aan te voeren betreffende de omvang van de schade waarvoor vergoeding wordt geëist, en kunnen de verweerder helpen zijn positie ten opzichte van deze door de eiser aangevoerde argumenten te verdedigen. De richtsnoeren kunnen de partijen tevens helpen om hun conflict bij te leggen, met of zonder gerechtelijke procedures of alternatieve mechanismen voor de beslechting van geschillen.
7. Deze praktische gids is louter informatief van aard, is niet bindend voor de nationale rechter en brengt geen wijziging in de rechtsvoorschriften die in de lidstaten van toepassing zijn op schadeacties die wegens inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU worden ingesteld¹³.
8. Het hangt met name van de in overeenstemming met de doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen van het EU-recht toegepaste nationale rechtsvoorschriften af of, en zo ja welke, in deze praktische gids beschreven methoden en technieken geschikt zijn om in een bepaald geval te worden gebruikt. Het is in dit verband wellicht relevant om na te gaan
 - of een bepaalde methode of techniek voldoet aan de door de nationale regels voorgeschreven bewijsstandaard,
 - of de partij met de bewijslast over voldoende gegevens beschikt om die methode of techniek toe te passen, en
 - of de ermee samenhangende financiële en andere lasten evenredig zijn met de waarde van de betrokken schadevordering.

Er zouden zich bijvoorbeeld bijzonder grote moeilijkheden bij de uitoefening van het door de EU-wetgeving gegarandeerde recht op schadevergoeding, en dus ook problemen met betrekking tot het doeltreffendheidsbeginsel, kunnen voordoen indien de begroting van geleden schade onevenredige kosten met zich brengt of onderworpen is aan al te strenge zekerheids- en nauwkeurigheidseisen¹⁴.

¹¹ Zie punt 146 in deel 3 hieronder.

¹² De Commissie heeft bij de opstelling van deze beleidsnota nuttig gebruik gemaakt van verschillende in opdracht uitgevoerde studies, evenals van opmerkingen die zij van externe deskundigen heeft ontvangen; zie <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ De gids doet evenmin afbreuk aan de rechten en verplichtingen van de lidstaten en van natuurlijke of rechtspersonen uit hoofde van het EU-recht.

¹⁴ Zie ook de punten 16 en 17 hieronder.

9. Deze praktische gids staat het gebruik van meer pragmatische benaderingen geenszins in de weg, en tracht evenmin wijziging te brengen in de bewijsstandaard of de mate van gedetailleerdheid van de feitelijke argumenten die krachtens de nationale rechtsstelsels van de partijen worden verlangd. Het kan namelijk voldoende zijn dat de partijen feiten en bewijzen over de omvang van de schade overleggen die minder gedetailleerd zijn dan de in deze praktische gids beschreven methoden en technieken.
10. Verder zij opgemerkt dat de economische inzichten betreffende de door inbreuken op de antitrustregels veroorzaakte schade en de methoden en technieken om die schade te begroten, in de loop van de tijd kunnen evolueren naar gelang van het theoretisch en empirisch onderzoek ter zake en de rechtspraktijk op dit gebied. De onderhavige nota dient derhalve niet als uitputtend te worden beschouwd.

II. ALGEMENE BENADERING VOOR DE BEGROTING VAN SCHADE IN MEDEDINGINGSZAKEN

11. Vergoeding voor geleden schade beoogt de situatie te herstellen waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien de inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU niet had plaatsgevonden: de feitelijke situatie van de benadeelde dient te worden vergeleken met de situatie waarin hij zonder de inbreuk zou hebben verkeerd. Deze beoordeling wordt soms de "but-for analysis" genoemd.
12. De centrale vraag bij de begroting van schade in mededingingszaken is derhalve wat er waarschijnlijk zonder de inbreuk zou zijn gebeurd. Deze hypothetische situatie kan niet rechtstreeks worden waargenomen en daarom moet, op basis van een schatting, een referentiescenario worden vastgesteld waarmee de feitelijke situatie kan worden vergeleken. Dit referentiescenario wordt het "niet-inbreukscenario" of het "contrafeitelijke scenario" (counterfactual scenario) genoemd.
13. In een specifiek geval wordt uitgegaan van de bijzonderheden van de betrokken zaak en de bewijsstukken waarover de rechter beschikt (inclusief besluiten van mededingingsautoriteiten) om na te gaan of de eiser daadwerkelijk schade heeft geleden door de inbreuk en zo ja, de omvang van die schade te bepalen. De betrokken concrete (vermeende) inbreuk en de manier waarop deze van invloed kan zijn op een bepaalde markt, zijn het uitgangspunt voor de vaststelling van de omvang van de door die inbreuk veroorzaakte schade.
14. Nationale rechtbanken kunnen, in een specifiek geval, over directe bewijsstukken beschikken die voor het begroten van schade relevant zijn, zoals documenten die door een inbreukmakende onderneming zijn opgesteld en die nadere gegevens over afgesproken prijsverhogingen en de uitvoering daarvan bevatten, of documenten waarin de ontwikkeling van haar marktpositie wordt geëvalueerd. Mondeling bewijs van getuigen kan ook worden gebruikt. De beschikbaarheid van dergelijke bewijzen kan een zeer belangrijke rol spelen wanneer een rechter beslist of de hieronder besproken methoden en technieken, en zo ja welke, door een partij kunnen worden gebruikt om aan de vereiste bewijsstandaard te voldoen overeenkomstig de geldende rechtvoorschriften.
15. Welke economische variabelen (zoals bijvoorbeeld prijzen, verkoopvolumes, winst, kosten of marktaandelen) in aanmerking moeten worden genomen, hangt af van het soort schade waarvoor de eiser vergoeding verlangt. Zo moet in geval van een kartel dat tot hogere prijzen voor de afnemers van de leden van het kartel leidt, een niet-inbreukprijs worden geraamd die vervolgens als referentiepunt wordt gebruikt voor

een vergelijking met de daadwerkelijk door deze afnemers betaalde prijs. Is er sprake van misbruik van een machtspositie waardoor concurrenten van de markt worden uitgesloten, dan kan de door deze concurrenten gederfde winst worden berekend door hun feitelijke omzet en winstmarges te vergelijken met de omzet en winstmarges die zij zonder de inbreuk waarschijnlijk zouden hebben behaald.

16. Het is onmogelijk om met zekerheid vast te stellen hoe een markt zich zou hebben ontwikkeld zonder de inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU. Prijzen, verkoopvolumes en winstmarges hangen van allerlei factoren en ingewikkelde, vaak strategische interacties tussen marktdeelnemers af, die niet gemakkelijk te schatten zijn. Het hypothetische niet-inbreukscenario berust derhalve per definitie op een aantal aannames¹⁵. In de praktijk zullen de niet-beschikbaarheid of ontoegankelijkheid van gegevens deze intrinsieke beperking nog versterken.
17. Om bovenstaande redenen gelden voor de begroting van schade in mededingingszaken aanzienlijke beperkingen wat betreft de mate van zekerheid en nauwkeurigheid die ervan kan worden verwacht. Er kan niet één enkele "echte" waarde van de geleden schade worden vastgesteld, maar er kunnen slechts zo nauwkeurig mogelijke ramingen worden gemaakt op basis van aannames en benaderingen¹⁶. De toepasselijke nationale rechtsvoorschriften en de uitlegging daarvan dienen deze inherente grenzen van de schadebegroting bij schadeacties wegens inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU te weerspiegelen overeenkomstig het in het EU-recht vastgelegde doeltreffendheidsbeginsel, zodat de uitoefening van het recht op schadevergoeding dat door het Verdrag wordt gewaarborgd, niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk wordt gemaakt.
18. In deze praktische gids wordt een aantal methoden en technieken geschetst die in de economische wetenschap en de juridische praktijk zijn ontwikkeld om een geschikt referentiescenario vast te stellen en de waarde van de economische onderzoeksvariabele te schatten (zoals bijvoorbeeld bij een prijskartel de prijs die vermoedelijk voor het product zou zijn aangerekend indien de inbreuk niet had plaatsgevonden)¹⁷. Deze methoden en technieken zijn gebaseerd op verschillende benaderingen en lopen uiteen wat de onderliggende aannames en de verscheidenheid en nauwkeurigheid van de benodigde gegevens betreft. Zij zijn tevens verschillend in de mate waarin zij onderzoeken of andere factoren dan de inbreuk de situatie van de eiser kunnen hebben beïnvloed. Hierdoor kan de toepassing van deze methoden en technieken meer of minder moeilijk, tijdrovend en kostbaar zijn.
19. Zodra een waarde voor de relevante economische variabele (zoals prijs of bijvoorbeeld winstmarges of verkoopvolumes) is geschat in het hypothetische niet-

¹⁵ De grenzen en gevolgen van een dergelijke evaluatie van een hypothetische situatie zijn door het Hof van Justitie erkend (in verband met de berekening van de inkomstenderving in een schadeactie tegen de Europese Gemeenschap in de landbouwsector): *"de inkomstenderving wordt niet verkregen door een eenvoudige mathematische berekening, doch is het resultaat van een begroting en waardering van ingewikkelde economische gegevens. Het Hof dient aldus economische activiteiten te waarderen die grotendeels een theoretisch karakter hebben. Evenals de nationale rechter beschikt het derhalve over een ruime beoordelingsmarge ten aanzien van de in aanmerking te nemen statistische cijfers en gegevens, vooral ten aanzien van het gebruik daarvan voor de berekening en waardering van de schade"*, zie arrest van 27 januari 2000, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e.a. / Raad en Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-203, punt 79.

¹⁶ Voorbeeld van de reconstructie van een situatie door een nationale rechter en de problemen die voortvloeien uit de onderliggende aannames: *Competition Appeal Tribunal*, arrest van 28 maart 2013, zaak nr. 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig*).

¹⁷ Zie deel 2 hieronder.

inbreukscenario, moet een vergelijking worden gemaakt met de feitelijke situatie (bijvoorbeeld de prijs die door de benadeelde daadwerkelijk is betaald) om de door de inbreuk op artikel 101 of 102 van het Verdrag veroorzaakte schade te kunnen ramen.

20. Verder moet worden nagegaan of er ook rente moet worden berekend. De toekenning van rente vormt een onlosmakelijk onderdeel van de schadevergoeding. Zoals het Hof van Justitie heeft benadrukt houdt volledige vergoeding van geleden schade in, dat de negatieve gevolgen van het tijdsverloop sinds het ontstaan van de door de inbreuk veroorzaakte schade ongedaan worden gemaakt¹⁸. Deze gevolgen betreffen geldontwaarding¹⁹ en het feit dat de benadeelde het kapitaal niet tot zijn beschikking had²⁰. Het nationaal recht kan deze gevolgen in aanmerking nemen door de toepassing van wettelijke rente of andere rentevormen, mits de bovengenoemde beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in acht worden genomen.

III. STRUCTUUR VAN DE PRAKTISCHE GIDS

21. Een schadevordering is gebaseerd op de veronderstelling dat een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU de situatie van de eiser negatief heeft beïnvloed. Over het algemeen kunnen de negatieve gevolgen van dergelijke inbreuken in twee hoofdcategorieën worden onderverdeeld:
- (a) Inbreuken kunnen resulteren in een stijging van de door afnemers van inbreukmakende ondernemingen betaalde prijzen²¹. Tot de inbreuken met een dergelijk effect behoren kartelinbreuken van artikel 101 VWEU, zoals prijskartels, marktverdelings- en productiebeperkende kartels. Misbruik door uitbuiting in de zin van artikel 102 VWEU kan hetzelfde effect hebben.
- Hogere prijzen impliceren dat de afnemers die het betrokken product of de betrokken dienst kopen²², een meerprijs betalen. Bovendien kan een prijsstijging ook leiden tot een daling van de vraag en tot een lagere winst voor afnemers die het product voor hun eigen commerciële activiteiten gebruiken²³.
- (b) Ondernemingen kunnen ook inbreuk maken op artikel 101 of 102 VWEU door illegale praktijken die concurrenten van een markt uitsluiten of hun marktaandeel beperken²⁴. Typische voorbeelden zijn misbruik van een

¹⁸ Arrest van 2 augustus 1993, zaak C-271/91, Marshall, Jurispr. 1993, blz. I-4367, punt 31; arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 97; Europese Commissie, witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (COM(2008) 165), punt 2.5 en het aangehechte werkdocument van de diensten van de Commissie (SEC(2008) 404), punt 187.

¹⁹ Zaak C-308/87, Grifoni II, Jurispr. 1994, blz. I-341, punt 40; Conclusie van advocaat-generaal Tesauro in zaak C-308/87, Grifoni II, Jurispr. 1994, blz. I-341, punt 25; arrest van 27 januari 2000, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e.a. / Raad en Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-203, punt 51. Met betrekking tot het verlies aan koopkracht, zie gevoegde zaken T-17/89, T-21/89 en T-25/89, Brazzelli Lualdi, Jurispr. 1992, blz. II-293, punt 40.

²⁰ Conclusie van advocaat-generaal Saggio in gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e.a. / Raad en Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-203, punt 105.

²¹ De inbreuk tast weliswaar de aankoopactiviteit van de inbreukmakende ondernemingen aan, maar daar staat een daling tegenover van de aankooprijzen die deze ondernemingen aan hun leveranciers moeten betalen. Zie voor nadere bijzonderheden punt 134 in deel 3, hoofdstuk I.

²² Voor het gemak wordt in de hiernavolgende tekst slechts verwezen naar "producten" die door een inbreuk worden getroffen; hiermee worden evenwel ook "diensten" bedoeld.

²³ Zie punt 128 e.v. in deel 3, hoofdstuk I, voor nadere bijzonderheden.

²⁴ Arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, nog niet gepubliceerd, punten 22, 23 en 24.

marktpositie door middel van margin squeeze, rooftprijzen, koppelverkoop of bepaalde verticale exclusiviteitsovereenkomsten tussen leveranciers en distributeurs die in strijd zijn met de mededingingsregels²⁵. Dergelijke gedragingen hebben verstrekende gevolgen voor concurrenten, die nadeel ondervinden doordat zij zakelijke mogelijkheden en winst op deze markt mislopen. Wanneer de uitsluiting van concurrenten slaagt en de concurrentiedruk in een markt afneemt, zullen ook de afnemers nadeel ondervinden, doorgaans in de vorm van een stijging van de prijzen.

22. Inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU kunnen ook nog andere nadelige gevolgen hebben, bijvoorbeeld voor productkwaliteit en innovatie. Deze praktische gids richt zich vooral op de twee voornaamste schadecategorieën en de categorieën benadeelden²⁶ die in punt 21 worden beschreven. De methoden en technieken die in de gids worden behandeld, kunnen echter ook relevant zijn bij schadeacties die betrekking hebben op andere soorten schade en andere benadeelde partijen.
23. In deel 3 van de praktische gids wordt nader ingegaan op de begroting van het soort schade dat in punt 21, onder a), wordt bedoeld. Dit deel bevat een beschrijving van de algemene markteffecten van door een inbreuk veroorzaakte prijsstijgingen, en illustreert aan de hand van voorbeelden hoe deze soorten schade (met name schade als gevolg van het betalen van een meerprijs en schade in verband met een daling van de vraag) kunnen worden berekend.
24. In deel 4 van de praktische gids wordt nader ingegaan op de begroting van het soort schade dat in punt 21, onder b), wordt bedoeld. Dit deel bevat een beschrijving van de mogelijke markteffecten van de uitsluiting van concurrenten, en illustreert hoe deze soorten schade (met name de winstderving van de uitgesloten concurrent en de schade voor afnemers) kunnen worden berekend.
25. De voornaamste methoden en technieken die voorhanden zijn om door inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU veroorzaakte schade te begroten, kunnen worden gebruikt om alle soorten door dergelijke inbreuken veroorzaakte schade te begroten. Deel 2 van de praktische gids bevat een algemeen overzicht van deze methoden en technieken en nadere informatie over de uitgangspunten waarop deze methoden berusten, met een toelichting van de praktische toepassing daarvan.

²⁵ Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten die worden gesloten tussen ondernemingen op verschillende niveaus van de leveringsketen.

²⁶ De praktische gids gaat niet specifiek in op de situatie van andere personen dan die welke in punt 21, onder a) en b), worden beschreven, hoewel andere personen (zoals leveranciers van de inbreukmakers of de afnemers van concurrenten van de inbreukmakers die zich wel aan de wet houden) eveneens kunnen worden benadeeld door inbreuken die meerprijzen of de uitsluiting van concurrenten tot gevolg hebben; zie ook voetnoot 106.

Deel 2 — Methoden en technieken

I. OVERZICHT

26. Er bestaan verschillende methoden om een niet-inbreukscenario op te stellen voor de begroting van schade in het kader van schadeacties in mededingingszaken.
27. In de meeste gevallen wordt door partijen en rechtbanken gebruik gemaakt van methoden waarbij wordt gekeken naar de perioden vóór en na de inbreuk of naar andere markten die niet door de inbreuk zijn getroffen, om na te gaan wat er zou zijn gebeurd indien de inbreuk niet had plaatsgevonden. Bij dergelijke vergelijkende methoden worden de gegevens (prijzen, verkoopvolumes, winstmarges en andere economische variabelen) die in de niet-inbreukperioden of op de niet-inbreukmarkten zijn waargenomen, gebruikt als indicatie van het hypothetische scenario zonder de inbreuk. De toepassing van deze methoden wordt soms verfijnd met econometrische technieken, die statistische of kwantitatieve methoden combineren om economische relaties tussen variabelen te herkennen en te meten. In hoofdstuk II (punten 32 tot en met 95) worden verschillende vergelijkende methoden, alsook de technieken om deze methoden toe te passen, beschreven.
28. In hoofdstuk III worden andere dan op vergelijking gebaseerde methoden besproken (punten 96 tot en met 121). Bij een van deze methoden worden economische modellen op de reële marktsituatie toegepast om het vermoedelijke marktresultaat zonder de inbreuk te simuleren. Deze modellen maken gebruik van de economische theorie om de vermoedelijke werking van een markt te verklaren op grond van de voornaamste kenmerken ervan (bijvoorbeeld het aantal concurrenten, de wijze waarop zij met elkaar concurreren, de mate van productdifferentiatie, toetredingsdrempels). Andere methoden zijn de op kosten gebaseerde methode, waarbij wordt uitgegaan van de productiekosten voor het betrokken product en een toeslag voor een "redelijke" winstmarge om het hypothetische niet-inbreukscenario te berekenen, of op kosten gebaseerde benaderingen waarbij de financiële prestaties van de eiser of de verweerder als uitgangspunt worden gebruikt.
29. Al deze methoden en technieken hebben bijzondere kenmerken en sterke en zwakke punten waardoor zij meer of minder geschikt zijn om de in een gegeven situatie geleden schade te begroten. Zij verschillen met name in de mate waarin zij gebruik maken van op daadwerkelijke marktinteracties berustende gegevens of van op economische theorie gebaseerde aannames, en in de mate waarin zij, afgezien van de inbreuk, ook rekening houden met andere factoren die de situatie van de eiser van schadevergoeding kunnen hebben beïnvloed. Bovendien verschillen de methoden en technieken qua gebruiksvriendelijkheid en wat het soort en aantal benodigde gegevens betreft.
30. Afgezien van deze methoden, waarmee wordt getracht te construeren hoe de desbetreffende markt zich zonder de inbreuk zou hebben ontwikkeld, kunnen ook meer directe bewijzen waarover de partijen en de rechtbank beschikken (bijvoorbeeld interne documenten van de inbreukmakende ondernemingen over overeengekomen prijsverhogingen), overeenkomstig de toepasselijke nationale rechtsvoorschriften, nuttige informatie bevatten om in een bepaald geval de omvang van de schade te bepalen²⁷.

²⁷

Een voorbeeld van een dergelijke benadering is het arrest van het Oberlandesgericht Karlsruhe (Deelstatelijk Gerechtshof, Karlsruhe) van 11 juni 2010, zaak nr. 6 U 118/05, waarbij op basis van

31. Hoofdstuk IV bevat overwegingen inzake de keuze van de toe te passen methode, welke doorgaans zal afhangen van de specifieke kenmerken van de betrokken zaak en van de vereisten van het toepasselijke recht.

II. OP VERGELIJKING GEBASEERDE METHODEN

32. Hoe op vergelijking gebaseerde methoden in de praktijk functioneren, kan worden geïllustreerd aan de hand van een (volkomen fictief) voorbeeld van een hypothetische schadeactie wegens een inbreuk op artikel 101 VWEU door een kartel²⁸.

Het meelkartel

We nemen aan dat de nationale mededingingsautoriteit in een bepaalde lidstaat heeft vastgesteld dat alle meelproducenten in die lidstaat hebben deelgenomen aan de vaststelling van de prijzen voor het malen van graan en de productie van meel.

Een bakkersbedrijf dat in de afgelopen jaren regelmatig meel heeft afgenomen, stelt een schadevordering in tegen een van de meelproducenten. Het bedrijf stelt dat de inbreuk heeft geleid tot een onrechtmatige verhoging van de prijs van het meel dat het van de betrokken producent heeft gekocht. Het bakkersbedrijf eist compensatie voor de meerprijs die het in de afgelopen jaren heeft betaald.

33. De kernvraag die moet worden beantwoord om in dit voorbeeld de schade te begroten is welke prijs het eisende bakkersbedrijf voor meel zou hebben betaald indien er geen inbreuk was geweest. Indien hiervoor een vergelijkende methode wordt gebruikt, wordt de prijs in het inbreukscenario vergeleken met de prijs in een niet-inbreukscenario, dat wordt vastgesteld op basis van de prijzen die zijn waargenomen

- op dezelfde markt op een moment voor en/of na de inbreuk (1); of
- op een andere, maar vergelijkbare geografische markt (2); of
- op een andere, maar vergelijkbare productmarkt (3).

Het is tevens mogelijk een vergelijking in de tijd te combineren met een vergelijking tussen verschillende geografische of productmarkten (4).

34. In het voorbeeld van het meelkartel is de toepassing van de methoden gericht op de prijzen. Het is echter evenzeer mogelijk deze methoden te gebruiken om andere economische variabelen te schatten zoals marktaandeel, winstmarges, vermogensrendement, waarde van activa of het kostenniveau van een onderneming. Welke economische variabele het meest geschikt is voor het begroten van schade, hangt af van de omstandigheden van de betrokken zaak.
35. De gegevens die bij een vergelijking tussen markten of bij een vergelijking in de tijd worden gebruikt, kunnen betrekking hebben op de gehele markt (bijvoorbeeld de gemiddelde meelprijs die wordt aangerekend aan alle bakkersbedrijven die in een naburige geografische markt opereren) of uitsluitend betrekking hebben op bepaalde

speciaal overeengekomen prijsverhogingen van de inbreukmakende karteldeelnemers werd geoordeeld over de toekenning van schadevergoeding krachtens de toepasselijke rechtsvoorschriften inzake de verdeling van fact pleading en het leveren van prima facie-bewijs. Dit deel van het arrest is in hoger beroep bevestigd door het *Bundesgerichtshof* (Federaal Gerechtshof), arrest van 28 juni 2011, zaak nr. KZR 75/10.

²⁸ Dit voorbeeld wordt in punt 147 nader toegelicht.

specifieke marktdeelnemers (bijvoorbeeld de meelprijs die wordt aangerekend aan bepaalde groepen afnemers zoals wholesale-afnemers die op een naburige markt actief zijn).

36. Met name in gevallen waarin sprake is van uitsluitingsgedrag kan het ook zinvol zijn gegevens te vergelijken die slechts op één marktdeelnemer betrekking hebben. Een voorbeeld van een dergelijke vergelijking tussen afzonderlijke ondernemingen, d.w.z. tussen de benadeelde partij en een voldoende vergelijkbare onderneming, zou de vergelijking kunnen zijn tussen de winst die gemaakt is door een onderneming die bij het betreden van een nieuwe markt geconfronteerd werd met uitsluitingsgedrag dat in strijd is met de EU-mededingingsregels, en de winst die een vergelijkbare nieuwe marktdeelnemer heeft behaald in een andere maar vergelijkbare geografische markt zonder bloot te staan aan concurrentieverstorende gedragingen. In sectie A.(1) tot en met A.(4) wordt deze vergelijking, zowel op basis van geaggregeerde marktgegevens als van bedrijfsgegevens, behandeld²⁹.
37. De kracht van alle op vergelijking gebaseerde methoden ligt in het feit dat zij gebruikmaken van reële gegevens die op dezelfde of een soortgelijke markt worden waargenomen³⁰. Deze methoden gaan uit van de veronderstelling dat het vergelijkingsscenario als representatief voor het vermoedelijke niet-inbreukscenario kan worden beschouwd en dat het verschil tussen de inbreukgegevens en de gegevens die als vergelijkingspunt zijn gekozen, door de inbreuk is veroorzaakt. Belangrijke marktkenmerken die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of twee markten voldoende gelijkenis vertonen, zijn de mate van mededinging en van concentratie op deze markten, de kenmerken van de kosten en de vraag en de toetredingsdrempels. Of de gelijkenis tussen de inbreukmarkten of -perioden en de vergelijkingmarkten of -perioden groot genoeg wordt geacht om de resultaten van een dergelijke vergelijking te gebruiken voor de begroting van de schade, hangt van de nationale rechtsstelsels af³¹. Ook wanneer er aanzienlijke verschillen bestaan tussen de onderzochte perioden of markten zijn er diverse technieken om met deze verschillen rekening te houden³².

A. Methoden voor het opstellen van een niet-inbreukscenario

(1) Vergelijking in de tijd op dezelfde markt

38. Een vaak gebruikte methode bestaat erin de feitelijke situatie in de periode waarin de inbreuk gevolgen had, te vergelijken met de situatie op dezelfde markt voordat de inbreuk gevolgen had of nadat deze gevolgen waren geëindigd³³. Wanneer

²⁹ In theorie zou de vergelijking met de bedrijfsgegevens van een andere onderneming niet alleen kunnen worden uitgevoerd met betrekking tot ondernemingen die in een andere geografische of productmarkt opereren, zoals in de subsecties 2 tot en met 4 hieronder wordt besproken, maar ook met betrekking tot ondernemingen die op dezelfde product- en geografische markt werkzaam zijn als de benadeelde partij. In de praktijk komen dergelijke vergelijkingen binnen een markt niet vaak voor, wellicht omdat het moeilijk kan zijn op dezelfde markt een vergelijkbare andere onderneming te vinden die niet door de inbreuk is getroffen. In het onderstaande worden vergelijkingen binnen één markt verder buiten beschouwing gelaten.

³⁰ Dit aspect wordt bijvoorbeeld benadrukt door het arrest van het *Bundesgerichtshof* (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland) van 19 juni 2007, zaak KRB nr. 12/07 (*Papiergroothandelskartel*).

³¹ Zie voor nadere bijzonderheden punt 94. Zie voor een voorbeeld van problemen die zich kunnen voordoen bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van gegevens het arrest van 27 maart 2009 van het *Tribunal Administratif de Paris*, SNCF / Bouygues.

³² Zie voor nadere bijzonderheden de punten 59 tot en met 95 in sectie B.

³³ Zie bijvoorbeeld het arrest van het *Corte d'Appello di Milano* (Gerechtshof, Milaan) van 11 juli 2003, (*Bluvacanze*) en het arrest van *Corte d'Appello di Milano* (Gerechtshof, Milaan) van 3 februari 2000,

bijvoorbeeld een onderneming in 2004 en 2005 misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door een concurrent uit de markt te stoten, kan met deze methode bijvoorbeeld de winst van deze concurrent gedurende de inbreukperiode worden vergeleken met zijn winst in 2002 en 2003, toen er nog geen inbreuk was³⁴. Een ander voorbeeld is een prijskartel (zoals het bovengenoemde voorbeeld van een meelkartel) dat van 2005 tot 2007 heeft geduurd; in dit geval zou aan de hand van de methode de prijs die gedurende de inbreukperiode door de afnemers van het kartel werd betaald, kunnen worden vergeleken met de prijs die zij in een bepaalde periode na de inbreuk betaalden, bijvoorbeeld in 2008 en 2009³⁵.

39. Er zijn in principe drie verschillende referentiepunten die voor de vergelijking in de tijd kunnen worden gebruikt³⁶:
- een niet-beïnvloede periode vóór de inbreuk (vergelijking "voor en tijdens" - in het voorbeeld van het meelkartel: de vergelijking van de prijzen die op dezelfde markt voor meel werden betaald voordat de inbreuk gevolgen had, met de prijzen die door de inbreuk werden beïnvloed);
 - een niet-beïnvloede periode vóór de inbreuk (vergelijking "voor en tijdens" - in het voorbeeld van het meelkartel: de vergelijking van de prijzen die door de inbreuk werden beïnvloed met de prijzen die op dezelfde markt werden betaald na beëindiging van de inbreuk); en
 - een niet-beïnvloede periode voor en na de inbreuk (vergelijking "voor, tijdens en na").
40. Een geïnformeerde keuze van referentieperiode en soort gegevens zal doorgaans een goede kennis van de betrokken sector vereisen en zal gebaseerd moeten zijn op het specifieke geval. De keuze zal ook worden beïnvloed door de beschikbaarheid van gegevens en de vereisten van de toepasselijke regels inzake de bewijsstandaard en de bewijslast.
41. Een voordeel van alle methoden die gegevens van *dezelfde* geografische en productmarkt in de tijd vergelijken, is dat marktkenmerken zoals het concurrentieniveau, de marktstructuur, de kosten en de kenmerken van de vraag wellicht beter te vergelijken zijn dan wanneer de gegevens van verschillende product- of geografische markten worden vergeleken.
42. Het kan bij vergelijkingen in de tijd echter ook voorkomen dat sommige verschillen tussen de twee gegevensverzamelingen niet alleen een gevolg zijn van de inbreuk. In dergelijke gevallen kan het zinvol zijn de in de vergelijkingsperiode waargenomen gegevens te corrigeren om rekening te houden met verschillen met de

zaak nr. I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (in beide gevallen vergelijking voor, tijdens en na); *Landesgericht Dortmund* (Rechtbank, Dortmund), arrest van 1 april 2004, zaak nr. 13 O 55/02 *Kart (Vitamineprijzen)* (vergelijking "tijdens en na"); *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Rechtbank voor burgerlijke zaken, Graz), arrest van 17 augustus 2007, zaak nr. 17 R 91/07 p (*Rijschool*) (waarbij een vergelijking "tijdens en na" werd aanvaard).

³⁴ Voor meer gedetailleerde voorbeelden van de toepassing van de methode in geval van uitsluitingsgedrag, zie deel 4.

³⁵ Voor meer gedetailleerde voorbeelden van de toepassing van de methode in geval van inbreuken die tot een meerprijs leiden, zie deel 3.

³⁶ De vergelijking in de tijd-methode wordt ook wel de "voor/na-methode" of de "benchmarkmethode" genoemd.

inbreukperiode³⁷, of een andere vergelijkingsperiode of –markt te kiezen. In het geval van een langdurige inbreuk is het wellicht onrealistisch om aan te nemen dat bijvoorbeeld prijzen zonder de inbreuk tien jaar ongewijzigd zouden zijn gebleven, en zal eerder worden gekozen voor bijvoorbeeld een vergelijking met de periode vóór de inbreuk en met de periode na de inbreuk. Bij langdurige inbreukperiodes kan het ook zinvol zijn aandacht te besteden aan praktische problemen met betrekking tot de vergelijkbaarheid van gegevens die een gevolg zijn van veranderingen in de wijze waarop die gegevens door ondernemingen zijn geregistreerd (bijvoorbeeld wijziging van boekhoudkundige praktijken of van de software voor de organisatie van gegevens).

43. Wanneer gegevens wel beschikbaar zijn, kan de keuze tussen een vergelijking "voor en tijdens", "tijdens en na" of "voor, tijdens en na" aan de hand van een reeks factoren worden bepaald. Het is hoogst onwaarschijnlijk dat een referentieperiode kan worden gevonden waarin de marktsituatie precies de ontwikkeling weergeeft die zonder de inbreuk zou hebben plaatsgevonden. Het is alleen mogelijk een voldoende vergelijkbare periode aan te wijzen op grond waarvan een waarschijnlijk niet-inbreukscenario vrij dicht kan worden benaderd. Een van de factoren waarmee hierbij rekening dient te worden gehouden, is de onzekerheid over de vraag welke perioden zeker niet door de inbreuk zijn getroffen. Sommige inbreuken beginnen of eindigen geleidelijk, en er bestaat dikwijls onzekerheid over de precieze aanvang van een inbreuk en met name over de gevolgen ervan. In besluiten van mededingingsautoriteiten is geregeld sprake van bewijsstukken die erop duiden dat de inbreuk wellicht eerder is begonnen dan de periode die in het besluit als de inbreukperiode is aangemerkt³⁸. Een econometrische analyse van waargenomen gegevens kan een instrument zijn om na te gaan wanneer de gevolgen van de inbreuk zijn begonnen of geëindigd.
44. Het einde van een inbreuk en van de gevolgen ervan kunnen wellicht gemakkelijker worden vastgesteld dan het begin, maar ook hier kan onzekerheid ontstaan over de vraag of de periode onmiddellijk na het einde van de inbreuk niet door het concurrentieverstorende gedrag is beïnvloed³⁹. Wanneer het bijvoorbeeld enige tijd duurt voordat de marktvoorwaarden weer terugkeren naar een niet-inbreuksituatie, zou het gebruik van gegevens uit de periode onmiddellijk na de inbreuk tot een onderschatting van de gevolgen van de inbreuk kunnen leiden. Het kan ook voorkomen dat prijzen gedurende een korte periode na het einde van een kartel bijzonder laag zijn doordat ondernemingen tijdelijk een agressief prijsbeleid voeren totdat het "normale" evenwicht, d.w.z. zonder de inbreuk, op de markt is bereikt.
45. Met name op oligopolistische markten kan zich een ander probleem voordoen, namelijk dat de deelnemers aan een kartel de dankzij de werking van het kartel verworven kennis gebruiken om hun gedrag achteraf te coördineren zonder inbreuk te maken op artikel 101. In een dergelijke situatie zullen de prijzen na de inbreuk wellicht hoger zijn dan zonder de inbreuk, en kunnen zij slechts dienen om de ondergrens van de geleden schade te bepalen. De periode vóór de inbreuk kan een

³⁷ Zie met betrekking tot dergelijke correcties en met name de mogelijkheid om gebruik te maken van de regressieanalyse, de punten 55 tot en met 95 van sectie B.

³⁸ Het is mogelijk dat een mededingingsautoriteit de vaststelling van een inbreuk beperkt tot een bepaalde periode, terwijl de inbreuk in feite langer heeft geduurd.

³⁹ Zie het arrest van het Oberlandesgericht Karlsruhe (Gerechtshof, Karlsruhe) van 11 juni 2010 in zaak nr. 6 U 118/05 voor een voorbeeld van een zaak waarin een nationale rechtbank oordeelde dat de in de vijf maanden na het einde van de inbreuk aangerekende prijzen nog steeds onder invloed stonden van het kartel.

geschikter referentiepunt zijn wanneer de belangrijkste marktkenmerken tegen het einde van de inbreukperiode een radicale wijziging hebben ondergaan door externe factoren (bijvoorbeeld door een sterke stijging van de grondstoffenkosten of een toename van de vraag naar het product)⁴⁰.

46. Toch zou een bepaalde periode, ook indien er onzekerheid is omtrent de vraag of deze periode voor of na de inbreuk al dan niet door de inbreuk is beïnvloed, in principe als referentieperiode kunnen dienen om een veilige schatting te verkrijgen van de schade die op zijn minst is geleden (raming van een "ondergrens" of "minimale schade")⁴¹.
47. In sommige gevallen kan het niet-inbreukscenario het best worden vastgesteld op basis van twee referentieperioden (voor en na de inbreuk), bijvoorbeeld door gebruik te maken van het gemiddelde van deze perioden of van andere technieken om een bepaalde trend in de ontwikkeling van de marktsituatie gedurende de inbreuk weer te geven⁴². Gegevens uit de periode vóór de inbreuk zouden ook als referentieperiode kunnen worden gebruikt, tot een bepaald moment gedurende de inbreuk waarop zich een belangrijke verandering in de marktsituatie heeft voorgedaan, en gegevens uit de periode na de inbreuk zouden als referentieperiode voor de tijd erna kunnen worden aangewend.
48. Ook de keuze van de gegevens kan ertoe bijdragen dat een voldoende identieke basis voor de vergelijking wordt gecreëerd: er kunnen situaties zijn waarin geaggregeerde gegevens zoals gemiddelde prijzen voor een sector (of gemiddelde prijzen voor bepaalde groepen ondernemingen) voldoende representatief zijn⁴³, terwijl het in andere situaties wellicht correcter is enkel gegevens te gebruiken betreffende door de benadeelde onderneming voor of na de inbreuk verrichte transacties, of gemiddelde gegevens met betrekking tot soortgelijke ondernemingen. Wanneer de benadeelde partij bijvoorbeeld tot een welbepaalde groep marktdeelnemers behoort, zoals grootafnemers (in tegenstelling tot eindverbruikers), kunnen de prijzen die voor of na de inbreukperiode aan die grootafnemers zijn aangerekend, een geschikt referentiepunt vormen.

(2) Vergelijking met gegevens van andere geografische markten

49. Bij een tweede op vergelijking gebaseerde methode worden de gegevens van een andere geografische markt⁴⁴ gebruikt om een niet-inbreukscenario vast te stellen⁴⁵.

⁴⁰ Voor de korte periode van de inbreuk na een dergelijke wijziging kunnen gegevens van na de inbreuk een geschikter referentiepunt vormen omdat zij wellicht de marktkenmerken na de wijziging beter weergeven. Is de verandering van de marktkenmerken echter door de inbreuk zelf veroorzaakt (bijvoorbeeld wanneer verscheidene concurrenten als gevolg van de concurrentieverstorende afscherming de markt hebben verlaten), dan is de periode na de inbreuk uiteraard geen geschikte vergelijkingsperiode om de situatie zonder de inbreuk te bepalen.

⁴¹ Indien externe factoren gedurende de inbreuk tot een prijsdaling hebben geleid (d.w.z. tot een scherpe daling van de inputkosten van de inbreukmaker), zou de raming van een ondergrens kunnen worden betwist.

⁴² Zoals interpolatie of regressieanalyse. Voor de verschillende technieken betreffende de toepassing van op vergelijking gebaseerde methoden, zie de punten 59 tot en met 95 in sectie B hieronder.

⁴³ Voor nadere bijzonderheden over het gebruik van gemiddelden bij op vergelijking gebaseerde benaderingen, zie punt 70 in deel 2, hoofdstuk II.

⁴⁴ Voor de begrippen relevante (geografische en product-)markt, zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

⁴⁵ Deze methode wordt ook wel "duimstok-methode" of "cross-sectiemethode" genoemd. Deze termen worden eveneens toegepast in het kader van de op vergelijking gebaseerde methode die gebruik maakt

Dit kunnen gegevens zijn die in de gehele geografische vergelijkingsmarkt zijn geobserveerd, of gegevens die enkel met betrekking tot bepaalde marktdeelnemers zijn waargenomen. In het voorbeeld van het in punt 32 beschreven meelkartel kunnen bijvoorbeeld de prijzen die gedurende de inbreukperiode zijn betaald door het bakkersbedrijf dat de vordering instelt, worden vergeleken met de prijzen die gemiddeld worden betaald door soortgelijke bakkersbedrijven op een andere geografische markt die niet door de inbreuk is getroffen. Eenzelfde soort vergelijking kan worden gemaakt met betrekking tot alle andere economische variabelen, zoals marktaandelen, winstmarges, rendement op kapitaal, waarde van activa of het kostenniveau van een onderneming. Een vergelijking met de bedrijfsresultaten van ondernemingen die op een andere, niet door de inbreuk getroffen geografische markt werkzaam zijn⁴⁶, zal met name in gevallen van uitsluitingsgedrag relevant zijn.

50. Hoe meer gelijkenis een geografische markt (afgezien van de gevolgen van de inbreuk) vertoont met de markt die door de inbreuk is getroffen, des te waarschijnlijker is het dat die markt geschikt is om als vergelijkingsmarkt te worden gebruikt. Dit houdt in dat de producten die op de twee met elkaar vergeleken geografische markten worden verhandeld, ten minste voldoende vergelijkbaar moeten zijn. Verder dienen de mededingingskenmerken van de geografische vergelijkingsmarkt sterke gelijkenis te vertonen met de kenmerken van de getroffen markt afgezien van de inbreuk. Dit kan ook een markt zijn waar geen volkomen concurrentie heerst.
51. De methode waarbij gebruik wordt gemaakt van geografische vergelijkingsmarkten om een niet-inbreukscenario op te stellen wordt in de praktijk voornamelijk toegepast wanneer de inbreuk geografische markten betreft met een lokaal, een regionaal of een nationaal karakter⁴⁷. Wanneer de markt waarop de inbreuk plaatsvindt en de geografische vergelijkingsmarkt aan elkaar grenzen, eventueel binnen één land, dan is het des te waarschijnlijker dat zij voldoende gelijkenis vertonen om te kunnen worden vergeleken⁴⁸.

van gegevens welke in verschillende maar soortgelijke productmarkten zijn waargenomen, zie de punten 54 en 55 in sectie 3.

Voor voorbeelden van de toepassing van de op vergelijking gebaseerde methode die gebruik maakt van gegevens welke in verschillende geografische markten zijn waargenomen, zie bijvoorbeeld *Cour d'Appel de Paris* (Gerechtshof, Parijs), arrest van 23 juni 2003 (*Lescarcelle-De Memoris v OGF*); *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Rechtbank van Koophandel, Madrid), vonnis van 11 november 2005, zaak nr. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.*), bevestigd door *Audiencia Provincial de Madrid* (Gerechtshof, Madrid), arrest van 25 mei 2006, zaak nr. 73/2006; *Bundesgerichtshof* (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 19 juni 2007, zaak nr. KRB 12/07 (*Papiergroothandelskartel*) (in verband met het onderzoek naar de onrechtmatige inkomsten van de leden van een kartel met het oog op de berekening van een geldboete).

⁴⁶ De vergelijkingsonderneming kan in principe ook een onderneming zijn die actief is op de inbreukmarkt, mits de resultaten van die onderneming niet aanmerkelijk zijn beïnvloed door de uitsluitingspraktijken. Zelfs indien de vergelijkingsonderneming niet rechtstreeks door de inbreuk werd beïnvloed, kan zij toch indirect gevolgen hebben ondervonden, bijvoorbeeld door marktaandelen te verwerven van een uitgesloten concurrent. Het gevaar om direct of indirect door de inbreuk te worden beïnvloed, is kleiner wanneer de vergelijking wordt gemaakt met betrekking tot een soortgelijke onderneming op een andere geografische markt. Kenmerken die relevant kunnen zijn om na te gaan of ondernemingen voldoende overeenkomsten vertonen, omvatten de omvang, de kostenstructuur, de afnemers en de kenmerken van de producten die zij verkopen.

⁴⁷ Deze methode zou echter ook kunnen worden gebruikt wanneer de relevante markt groter is dan de nationale markt, mits een vergelijkingsmarkt kan worden gevonden die voldoende gelijkenis vertoont.

⁴⁸ Zie evenwel punt 53.

52. Het is niet altijd noodzakelijk dat de vergelijkingsmarkt in zijn geheel voldoende gelijkenis met de betrokken markt vertoont. Wanneer de prijzen die door één groep afnemers (bijvoorbeeld grootafnemers) worden betaald of de winst die door één concurrerende onderneming (bijvoorbeeld een nieuwkomer) wordt behaald op de vergelijkingsmarkt als referentie worden gebruikt, dan is het belangrijk dat de marktpositie van deze groep afnemers of deze concurrent in voldoende mate overeenstemt met die van de benadeelde partij op de door de inbreuk getroffen markt.
53. De keuze van een geografische vergelijkingsmarkt kan ook worden beïnvloed door onzekerheid over de geografische reikwijdte van een inbreuk. Geografische markten waarop dezelfde of een soortgelijke inbreuk heeft plaatsgevonden, zijn in beginsel niet geschikt om als vergelijkingsmarkten te worden gebruikt. Daarnaast kunnen naburige markten waarop geen soortgelijke inbreuk heeft plaatsgevonden, toch zijn beïnvloed door de concurrentieverstorende gedragingen op de inbreukmarkt (bijvoorbeeld omdat de prijzen op de naburige markt zijn verhoogd in het licht van de hogere prijzen op de inbreukmarkt en de geringere concurrentiedruk die van deze markt uitgaat). Een vergelijking met dergelijke markten zal de omvang van de geleden schade niet volledig aan het licht brengen, maar kan toch een zinvolle basis vormen voor het bepalen van de ondergrens van de op de getroffen markt veroorzaakte schade. Dit betekent dat een partij bij een schadeactie zich in beginsel gerust kan beroepen op een vergelijking met een geografische markt die door dezelfde of een soortgelijke inbreuk is getroffen, met name wanneer de gevolgen van die inbreuk waarschijnlijk vrij beperkt zijn gebleven.

(3) Vergelijking met gegevens van andere productmarkten

54. De benadering waarbij verschillende productmarkten⁴⁹ met soortgelijke marktkenmerken worden vergeleken, komt sterk overeen met de vergelijking van geografische markten⁵⁰. Zo kan bijvoorbeeld in een geval van uitsluitingsgedrag, waardoor een onderneming die een bepaald product verkoopt gedeeltelijk van de markt wordt uitgesloten, de door die onderneming op de inbreukmarkt behaalde winstmarge worden vergeleken met de winstmarge voor een ander product dat (door een soortgelijke of dezelfde onderneming) op een andere maar soortgelijke productmarkt wordt verhandeld.
55. De in het kader van geografische vergelijkingsmarkten besproken overwegingen zijn mutatis mutandis waarschijnlijk ook relevant voor de keuze van een geschikte vergelijkings-productmarkt. Zij zullen dikwijls betrekking hebben op de mate waarin de twee productmarkten vergelijkbaar zijn. Het vergelijkingsproduct dient met name zorgvuldig te worden gekozen op grond van de aard van de vergeleken producten, de wijze waarop zij worden verhandeld en de kenmerken van de markt, bijvoorbeeld wat het aantal concurrenten betreft, hun kostenstructuur en de koopkracht van de afnemers⁵¹. Onzekerheid over de vraag of een potentiële vergelijkings-productmarkt

⁴⁹ Voor de begrippen relevante (geografische en product-)markt, zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

⁵⁰ Deze methode wordt ook wel de "duimstok-methode" of de "cross-sectiemethode" genoemd (net als de op vergelijking gebaseerde methode waarbij naar verschillende geografische markten wordt gekeken).

⁵¹ Gelijkenis is wellicht waarschijnlijker wanneer de twee vergeleken producten op dezelfde geografische markt worden verhandeld. De omstandigheden kunnen echter ook voldoende vergelijkbaar zijn wanneer dezelfde of soortgelijke producten van verschillende geografische markten worden vergeleken.

door de inbreuk of een soortgelijke inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU is getroffen, kan eveneens een rol spelen.

(4) Combinatie van vergelijkingen in de tijd en tussen markten

56. Wanneer er voldoende gegevens beschikbaar zijn is het mogelijk vergelijkingen in de tijd en tussen markten te combineren. Deze benadering wordt wel eens de "difference in differences"-methode genoemd, omdat gekeken wordt naar de ontwikkeling van de relevante economische variabele (bijvoorbeeld de prijs van meel) op de getroffen markt gedurende een bepaalde periode (verschil in de tijd op de inbreukmarkt) en deze wordt vergeleken met dezelfde variabele gedurende dezelfde periode op een niet-getroffen vergelijkingsmarkt (verschil in de tijd in de niet-inbreukmarkt)⁵². De vergelijking toont het verschil tussen deze twee verschillen in de tijd. Aldus kan de verandering van de variabele als gevolg van de inbreuk worden geschat onder uitsluiting van alle factoren die zowel de inbreuk- als de vergelijkingsmarkt op dezelfde wijze hebben beïnvloed. Met deze methode kan het effect van de inbreuk worden gescheiden van andere invloeden op de desbetreffende gemeenschappelijke variabele voor beide markten.
57. De methode kan aan de hand van een eenvoudig voorbeeld op basis van het bovengenoemde meelkartel worden geïllustreerd. Wij nemen aan dat een vergelijking "voor, tijdens en na" de inbreuk een prijsstijging aan het licht brengt van 40 euro per zak meel van 100 kg in de lidstaat waar het kartel tussen 2005 en 2008 actief was. Onderzoek van een niet-getroffen geografische markt in dezelfde periode wijst uit dat de meelprijzen met 10 euro per zak van 100 kg zijn gestegen als gevolg van de hogere kosten voor een inputproduct (graan). Wanneer wordt aangenomen dat de hogere inputkosten ook voor de inbreukmarkt golden, dan zou een vergelijking van de uiteenlopende ontwikkeling van de prijzen op de inbreukmarkt en de vergelijkingsmarkt het door het meelkartel veroorzaakte prijsverschil aan het licht brengen. In het voorbeeld zou dit verschil 30 euro per eenheid bedragen.
58. Het voordeel van de "difference in differences"-methode is derhalve dat zij van de inbreuk onafhankelijke veranderingen, die gedurende dezelfde periode als de inbreuk hebben plaatsgevonden, kan uitfilteren⁵³. De methode berust echter in sterke mate op de aanname dat deze andere veranderingen beide markten op gelijke wijze hebben beïnvloed⁵⁴. De overwegingen inzake de toepassing van de methoden van de vergelijking in de tijd en tussen markten, en met name de noodzaak van voldoende vergelijkbaarheid van de betrokken markten, zijn ook van belang voor de "difference in differences"-methode. Vanuit praktisch oogpunt is voor deze methode in de regel een reeks gegevens van verschillende markten en perioden nodig die niet altijd gemakkelijk te verkrijgen zijn; ook met kleinere hoeveelheden gegevens kunnen echter ondergrenzen of benaderende ramingen worden opgesteld⁵⁵.

⁵² Deze vergelijkingsmarkt kan een geografische of een productmarkt zijn.

⁵³ De "difference in differences"-methode heeft, ten opzichte van een eenvoudige vergelijking tussen markten, bovendien het voordeel dat hiermee vaste verschillen tussen markten worden uitgefilterd (zoals verschillen die het gevolg zijn van aanhoudend lagere inputkosten in een van de markten).

⁵⁴ Indien bijvoorbeeld prijsstijgingen die geen verband hielden met de inbreuk, gedurende de inbreukperiode groter waren op de getroffen markt dan op de vergelijkingsmarkt, dan zou de toepassing van de "difference in differences"-methode op basis van eenvoudige gemiddelden tot een te hoog schadebedrag leiden. Een econometrische toepassing van de "difference in differences"-techniek kan ertoe bijdragen dergelijke factoren uit te sluiten.

⁵⁵ Voor een voorbeeld van een nationale rechtbank die in het kader van een schadebegroting een ondergrens heeft vastgesteld (echter niet op basis van de "difference in differences"-methode maar met

B. *Toepassing van de methode in de praktijk: technieken voor de raming van de prijs of een andere economische variabele in het niet-inbreukscenario*

59. Wanneer een geschikte op vergelijking gebaseerde methode is gekozen om een niet-inbreukscenario op te stellen, zijn er verschillende technieken om deze methode in de praktijk toe te passen. Deze technieken verschillen voornamelijk in de mate waarin zij gebruik maken van individuele of gemiddelde gegevens (bijvoorbeeld prijswaarnemingen), en in de mate waarin de op de vergelijkingsmarkt⁵⁶ of vergelijkingsperiode waargenomen gegevens nog worden gecorrigeerd. Derhalve lopen deze technieken uiteen naargelang van de hoeveelheid gegevens die voor de toepassing ervan nodig zijn.
60. Eén mogelijkheid om op vergelijking gebaseerde methoden toe te passen, is om vergelijkingsgegevens rechtstreeks te gebruiken in de vorm waarin zij worden waargenomen, en op deze basis een waarde te ramen voor de economische variabele in kwestie in het niet-inbreukscenario (zoals in het bovenstaande voorbeeld de prijs van meel). Wanneer meer dan één gegevenswaarneming beschikbaar is (bijvoorbeeld de prijs van meel in een reeks transacties in een geografische vergelijkingsmarkt) kunnen zij door de berekening van gemiddelden worden gecombineerd tot één of meer waarden voor het niet-inbreukscenario. Deze gemiddelde waarden voor de niet-inbreukscenario's kunnen vervolgens worden vergeleken met de gemiddelde waarden die daadwerkelijk gedurende de inbreuk zijn waargenomen, zoals de daadwerkelijk betaalde prijs voor meel (voor een meer gedetailleerde bespreking zie sectie (1)).
61. Wanneer bepaalde factoren (zoals een stijging van grondstoffenprijzen) uitsluitend van invloed zijn geweest op de vergelijkingsmarkt of –periode dan wel op de inbreukmarkt of –periode, dan moet, afhankelijk van de vereiste bewijsstandaard en van de toepasselijke regels inzake causaliteit, worden nagegaan of de waargenomen gegevens moeten worden gecorrigeerd om met dergelijke invloeden rekening te houden. Dit zouden eenvoudige correcties op de gegevens kunnen zijn in gevallen waarin de beïnvloedende factor en de reikwijdte van de gevolgen ervan betrekkelijk gemakkelijk kunnen worden vastgesteld en in aanmerking genomen (zie sectie (1)). Meer verfijnde correcties van waargenomen vergelijkingsgegevens kunnen worden verricht op basis van economische technieken, met name door de toepassing van de in sectie (2) beschreven regressieanalyse. Of de verwerende dan wel de eisende partij dergelijke correcties moet bepleiten, onderbouwen en aantonen, moet door het toepasselijke recht worden bepaald⁵⁷.
62. De keuze tussen deze verschillende technieken in een bepaald geval hangt af van de specifieke omstandigheden van de zaak en de toepasselijke wettelijke voorschriften, waarbij rekening wordt gehouden met de voor- en nadelen van deze technieken, zoals de accuraatheid en de nauwkeurigheid ervan en de benodigde gegevens (zie sectie (3)).

gebruikmaking van de vergelijking in de tijd-methode), zie Kammergericht Berlin (Gerechtshof, Berlijn), arrest van 1 oktober 2009, zaak nr. 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Zoals in punt 35 is opgemerkt, kunnen de gegevens die bij een dergelijke vergelijking tussen markten of in de tijd worden gebruikt, betrekking hebben op de gehele markt of uitsluitend op bepaalde specifieke marktdeelnemers.

⁵⁷ Zie *Kammergericht Berlin* (Gerechtshof, Berlijn), arrest van 1 oktober 2009, zaak nr. 2 U 10/03 Kart., als een voorbeeld van de verdeling van de verplichtingen op het gebied van fact pleading bij de begroting van schade.

(1) Eenvoudige technieken: afzonderlijke gegevenswaarnemingen, gemiddelden, interpolatie en eenvoudige correcties

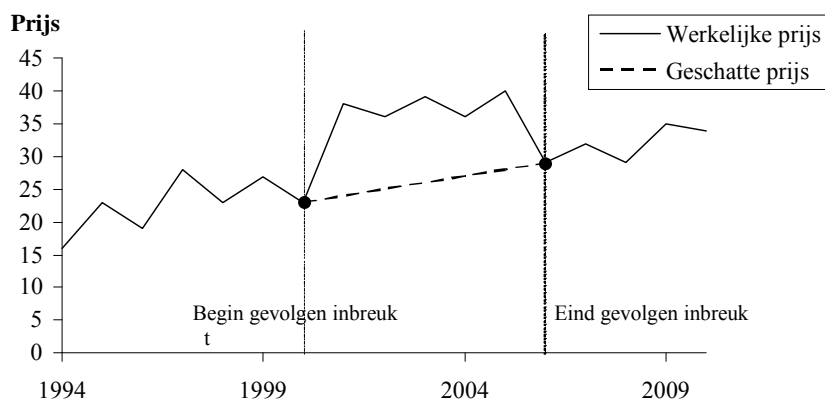
63. Afhankelijk van de vereisten van het toepasselijke nationale recht en de omstandigheden van de zaak, met name de gelijkenis tussen de inbreukmarkt of -periode en de vergelijkingsmarkt of -periode, kunnen de waargenomen gegevens rechtstreeks, d.w.z. zonder verdere correcties, worden vergeleken met de in de inbreukmarkt geobserveerde gegevens⁵⁸.
64. De hoeveelheid gegevens die in de vergelijkingsmarkten of -perioden worden waargenomen voor de onderzoeksvariabele (zoals in het voorbeeld van het meelkartel, de prijs van meel), kan uiteenlopen van slechts één of zeer weinig waarnemingen (zoals de in een klein aantal transacties waargenomen prijs) tot een zeer groot aantal waarnemingen. Op biedmarkten bijvoorbeeld worden veilingen soms zeer zelden georganiseerd en is het mogelijk dat op het moment van de schadebepaling slechts de prijs van een enkele na de inbreuk gehouden aanbesteding beschikbaar is. Een soortgelijke situatie kan zich voordoen in sectoren waar meestal langlopende contracten worden gesloten. Het kan zinvol zijn schaderamingen op basis van enkelvoudige gegevenswaarnemingen te gebruiken, mits deze voldoende representatief zijn voor de onderzochte periode.
65. Wanneer de bestudering van vergelijkingsmarkten of vergelijkingsperioden een groter aantal gegevenswaarnemingen oplevert, zoals de prijzen die door de benadeelde partij in een reeks transacties na de inbreuk zijn betaald, of de prijzen die door een aantal afnemers in een andere geografische markt zijn betaald, dan kunnen deze gegevenswaarnemingen hetzij individueel, hetzij in de vorm van gemiddelden worden gebruikt⁵⁹.
66. Het gebruik van verschillende soorten gemiddelden of andere vormen van gegevensaggregatie kan zinvol zijn, mits geen appels met peren worden vergeleken. Wanneer een groothandelaar bijvoorbeeld schadevergoeding eist omdat hij in januari, mei, juli en oktober 2009 van de leden van een prijskartel een product heeft gekocht en de gekozen methode een vergelijking met een andere geografische markt is, zal het geschikte referentiepunt waarschijnlijk te vinden zijn in de maandelijkse gemiddelde prijzen die in die markt door *hetzelfde soort afnemer* (groothandelaar) in *dezelfde maanden* zijn betaald (d.w.z. dat de gegevens van januari worden vergeleken met de gegevens van januari, de gegevens van mei met die van mei, enz.). Een vergelijking van gegevens uit dezelfde maanden zal bijvoorbeeld rekening houden met seizoensverschillen over een periode van een jaar, hetgeen de vergelijking betrouwbaarder maakt. Indien de maandelijkse prijsfluctuaties echter slechts gering is, dan kan de gemiddelde prijs op de vergelijkingsmarkt gedurende

⁵⁸ Bij een vergelijking in de tijd zou bijvoorbeeld gebruik kunnen worden gemaakt van de eenvoudige waarneming van prijzen voor en tijdens de inbreuk. Voor een voorbeeld van de juridische implicaties van een dergelijke methode, zie *Corte Suprema di Cassazione* (Hoogste Gerechtshof, Italië), arrest van 2 februari 2007, zaak nr. 2305 (*Fondiarial SAI SpA/Nigriello*).

⁵⁹ In deze praktische gids wordt de term "gemiddelde" gebruikt in de zin van doorsneewaarde, d.w.z. het rekenkundig gemiddelde dat wordt berekend door de som van de waarnemingen te delen door het aantal waarnemingen. In bepaalde gevallen kan het echter passender zijn andere beschrijvende statistieken te gebruiken (zoals de mediaan of de modus). Wanneer bijvoorbeeld op een markt van 25 ondernemingen, 21 ondernemingen een prijs van 50 euro aanrekenen en vier ondernemingen een prijs van 75 euro, dan is de modale prijs van 50 euro (de meest voorkomende prijs) wellicht meer representatief voor de marktprijs dan de mediaanprijs van 54 euro (in dit voorbeeld is de modale prijs gelijk aan de mediaanprijs, dit is de prijs die wordt aangerekend door de onderneming die zich in het midden van de rangorde bevindt).

het gehele jaar 2009 als een geschikte indicator worden beschouwd. Het is ook mogelijk dat jaarlijkse gegevens of andere gemiddelde gegevens (zoals geaggregeerde sectorgegevens) zonder meer de enig beschikbare informatie vormen. In de rechtsstelsels van de lidstaten zullen partijen zich doorgaans op gemiddelde gegevens mogen baseren, terwijl de verweerder in de gelegenheid wordt gesteld aan te tonen dat er sprake is van aanzienlijke verschillen; verder kan worden verlangd dat sterker uitgesplitste gegevens worden gebruikt indien deze voorhanden zijn.

67. Een andere eenvoudige techniek om een vergelijkingswaarde van een reeks gegevenswaarnemingen af te leiden, is lineaire interpolatie. Wanneer een vergelijking in de tijd prijsreeksen van voor en na de inbreuk heeft opgeleverd, kan de "niet-inbreuk"- of "contrafeitelijke" prijs gedurende de inbreukperiode worden afgeleid door een lijn te trekken tussen de prijs vóór de inbreuk en de prijs na de inbreuk, zoals in de illustratie hieronder schematisch is weergegeven. Op deze lijn kan voor elk tijdstip gedurende de inbreukperiode een vergelijkingswaarde worden afgelezen. Anders dan de berekening van één enkele gemiddelde waarde voor de prijs gedurende de gehele inbreukperiode, kan met interpolatie tot op zekere hoogte rekening worden gehouden met trends in de prijsontwikkeling die niet aan de inbreuk kunnen worden toegeschreven. Het aflezen van vergelijkingsgegevens van de interpolatielijns zal daarom nauwkeuriger resultaten opleveren dan het gebruik van een gemiddelde waarde voor de periode, bijvoorbeeld in gevallen waarin schadevergoeding wordt geëist in verband met transacties (of andere gebeurtenissen) die slechts aan het begin of het einde van de inbreukperiode hebben plaatsgevonden⁶⁰. De volgende illustratie geeft een eenvoudig voorbeeld van lineaire interpolatie (de stippellijn geeft de geïnterpoleerde niet-inbreukprijs weer, de ononderbroken lijn de daadwerkelijk waargenomen prijs):



Lineaire extrapolatie werkt net als interpolatie, met het verschil dat de lijn wordt doorgetrokken hetzij uitsluitend op basis van gegevens uit de periode vóór de inbreuk, hetzij uitsluitend op basis van gegevens van na de inbreuk⁶¹.

⁶⁰ Interpolatie heeft eveneens voordelen ten opzichte van het gebruik van gemiddelden wanneer het aantal transacties (of andere gebeurtenissen) ongelijk verdeeld is over de inbreukperiode.

⁶¹ Extrapolatie verlengt derhalve een in een tijdreeks bestaande trend, hetzij vóór hetzij na de inbreuk. Bijvoorbeeld, indien in de drie jaar vóór een kartel de prijzen respectievelijk 12, 13,20 en 14,52 euro bedroegen (een stijging met 10 % per jaar), dan zou op grond van een eenvoudige techniek kunnen worden geraamd dat de prijzen in de twee jaar dat een kartel geduurd heeft, respectievelijk 15,97 en 17,57 euro bedroegen; een nauwkeuriger raming van de onderliggende trend zou kunnen worden verkregen door gebruikmaking van regressieanalyse.

68. Er kunnen zich situaties voordoen waarin het vrij eenvoudig is een differentiërende factor vast te stellen tussen een inbreukmarkt (of –periode) en een vergelijkingsmarkt (of –periode) en de waarde van de waargenomen vergelijkingsgegevens dienovereenkomstig aan te passen. Bepaalde seizoenseffecten die zich op een markt voordoen, of effecten als gevolg van veranderingen in inputprijzen of wisselkoersen kunnen bijvoorbeeld een patroon en een reikwijdte hebben die in sommige gevallen met behulp van de interne bedrijfsadministratie van een partij of van andere bronnen, zoals deskundigenverklaringen, vrij gemakkelijk kunnen worden begrepen. In deze gevallen dient bijvoorbeeld de rechte lijn die bij een eenvoudige lineaire interpolatie is verkregen, te worden gecorrigeerd om dergelijke patronen weer te geven⁶².

(2) Regressieanalyse

a. *Het begrip regressieanalyse en het doel ervan*

69. Regressieanalyse is een statistische techniek die helpt patronen te onderzoeken in de relaties tussen economische variabelen, en na te gaan in hoeverre een bepaalde onderzoeksvariabele⁶³ (zoals in het voorbeeld van het meelkartel, de meelprijs⁶⁴) wordt beïnvloed door andere variabelen die geen invloed van de inbreuk ondergaan⁶⁵ (zoals de kosten van grondstoffen, fluctuaties in de afnemersvraag, productkenmerken en het niveau van marktconcentratie)⁶⁶. Met behulp van regressieanalyse kan derhalve worden beoordeeld of, en in welke mate, andere waarneembare factoren dan de inbreuk hebben bijgedragen aan het verschil tussen de waarde van de onderzoeksvariabele die gedurende de inbreukperiode op de inbreukmarkt is waargenomen en de waarde die op een vergelijkingsmarkt of gedurende een vergelijkingsperiode is waargenomen. Regressieanalyse is derhalve een manier om alternatieve oorzaken van het verschil tussen de vergeleken gegevensreeksen in aanmerking te nemen. Alle op vergelijking gebaseerde methoden kunnen in beginsel door middel van regressieanalyse worden uitgevoerd, mits voldoende gegevenswaarnemingen voorhanden zijn⁶⁷.
70. Bij een regressieanalyse wordt een aantal gegevenswaarnemingen voor de onderzoeksvariabele en de vermoedelijke beïnvloedende variabelen door middel van statistische technieken onderzocht. De gevonden relatie wordt gewoonlijk beschreven in de vorm van een vergelijking ("regressievergelijking" of "regressiemodel" genoemd). Aan de hand van deze vergelijking kunnen de effecten van beïnvloedende variabelen op de onderzoeksvariabele worden geschat en kunnen

⁶² Een dergelijke aanpassing zou, indien de gegevens dit toestaan, op meer verfijnde wijze kunnen worden uitgevoerd door het gebruik van regressieanalyse zoals in de hiernavolgende subsectie wordt uiteengezet.

⁶³ Ook wel "verklarende variabele" of "afhankelijke variabele" genoemd.

⁶⁴ Mogelijke andere belangrijke variabelen waarvoor regressieanalyse zou kunnen worden toegepast, zijn verkoopvolumes, marktaandelen of winstmarges (bijvoorbeeld van een uitgesloten concurrent die schadevergoeding eist voor gederfde winst als gevolg van een verminderde verkoop of een daling van zijn winstmarge), of productiekosten (die tevens relevant kunnen zijn in verband met een raming van de gederfde winst).

⁶⁵ Ook wel "verklarende variabele(n)" of "beïnvloedende variabele(n)" genoemd.

⁶⁶ Andere factoren die van invloed zijn op de onderzoeksvariabele kunnen bijvoorbeeld het aantal afnemers zijn, de omvang van de orderportefeuille, de bij de productie gebruikte technologie, de omvang en kostenstructuur van de ondernemingen die het product aanbieden, of de reclame-uitgaven.

⁶⁷ Er is echter een voldoende aantal gegevenswaarnemingen nodig om statistische methoden op zinvolle wijze te kunnen toepassen. Deze reeksen gegevenswaarnemingen kunnen worden verkregen (voor vergelijkingen in de tijd) uit tijdreekswaarnemingen, of (voor vergelijkingen met betrekking tot één tijdstip) uit een reeks vergelijkingsmarkten, een reeks ondernemingen of een reeks transacties, of een combinatie van beide (waarnemingen in de tijd van een reeks markten, ondernemingen of transacties).

zij worden gescheiden van de gevolgen van de inbreuk. Via de regressieanalyse wordt berekend hoe sterk de correlatie tussen de relevante variabelen is⁶⁸, wat in sommige gevallen een aanwijzing vormt voor een causale invloed van de ene variabele op de andere⁶⁹.

71. Er zijn twee manieren waarop een regressieanalyse kan worden uitgevoerd om schade te begroten, afhankelijk van de vraag of er uitsluitend gegevens van niet-inbreukperioden (-markten) worden gebruikt om de regressievergelijking op te stellen of dat naast de niet-inbreukgegevens, ook gegevens van de inbreukperiode (-markt) worden gebruikt. Indien er enkel gegevens van niet-inbreukperioden worden gebruikt om de regressie te bepalen, dan zou de regressievergelijking worden aangewend om het effect op de onderzoeksvariabele gedurende de inbreukperiode te "voorspellen" op basis van het buiten deze periode waargenomen patroon ("voorspellende methode")⁷⁰. Wanneer daarnaast gegevens van de inbreukperiode (-markt) worden gebruikt om de regressie te schatten, zou het effect van de inbreuk in de regressievergelijking in aanmerking worden genomen door middel van een afzonderlijke indicatorvariabele ("dummyvariabele" genoemd)⁷¹.
72. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of de toepassing van de voorspellende methode dan wel de benadering met een dummyvariabele de voorkeur verdient. Hoewel de voorspellende methode het voordeel heeft dat een regressiemodel kan worden gekozen dat uitsluitend gebaseerd is op gegevenswaarnemingen van de niet-inbreukperiode (die dus niet gekleurd zijn door de gevolgen van de inbreuk), kan op basis van gegevens van beide perioden/markten wellicht een nauwkeuriger en accurater schatting worden gemaakt van de onderzoeksparameters, met name indien de beschikbare niet-inbreukgegevens beperkt zijn of indien de dynamiek van de betrokken sector daarmee niet volledig kan worden weergegeven. In de praktijk kunnen de methoden vaak worden gecombineerd, d.w.z. door het model te kiezen op basis van de periode vóór de inbreuk en een dummyvariabele regressie te berekenen op basis van gegevens uit beide perioden (en, zonodig, toe te staan dat de gevolgen van de andere beïnvloedende variabelen in de inbreuk- en niet-inbreukperiode variëren).

b. Voorbeelden en illustraties

73. De basisstappen van de regressieanalyse kunnen aan de hand van een simpel illustratief voorbeeld, waarbij slechts naar één potentiële beïnvloedende variabele wordt gekeken, worden toegelicht. Wij nemen aan dat in het bovengenoemde voorbeeld van het meelkartel de prijzen die door bakkersbedrijven gedurende de kartelperiode aan de meelproducenten zijn betaald, worden vergeleken met de prijzen die vóór de inbreuk door bakkersbedrijven aan meelproducenten werden betaald, en dat deze vergelijking een prijsstijging tijdens de inbreukperiode aan het licht brengt van 20%. Wij nemen verder aan dat deze stijging niet uitsluitend te wijten is aan het kartel, maar dat gedurende de inbreukperiode de kosten van een belangrijke

⁶⁸ Bij multivariate regressieanalyse (zie voor nadere bijzonderheden hieronder) is de vastgestelde correlatie een conditionele correlatie, d.w.z. een correlatie die is gecontroleerd voor het effect van andere variabelen.

⁶⁹ Mits dit in een samenhangend economisch kader past en strookt met andere kwalitatieve en kwantitatieve bewijsstukken.

⁷⁰ Deze "voorspellende methode" wordt ook wel de "residual model approach" genoemd. Deze methode wordt in de grafiek in punt 79 geïllustreerd.

⁷¹ Een dergelijke "dummyvariabele" meet of de onderzoeksvariabele gedurende de inbreukperiode een opwaartse verschuiving heeft ondergaan.

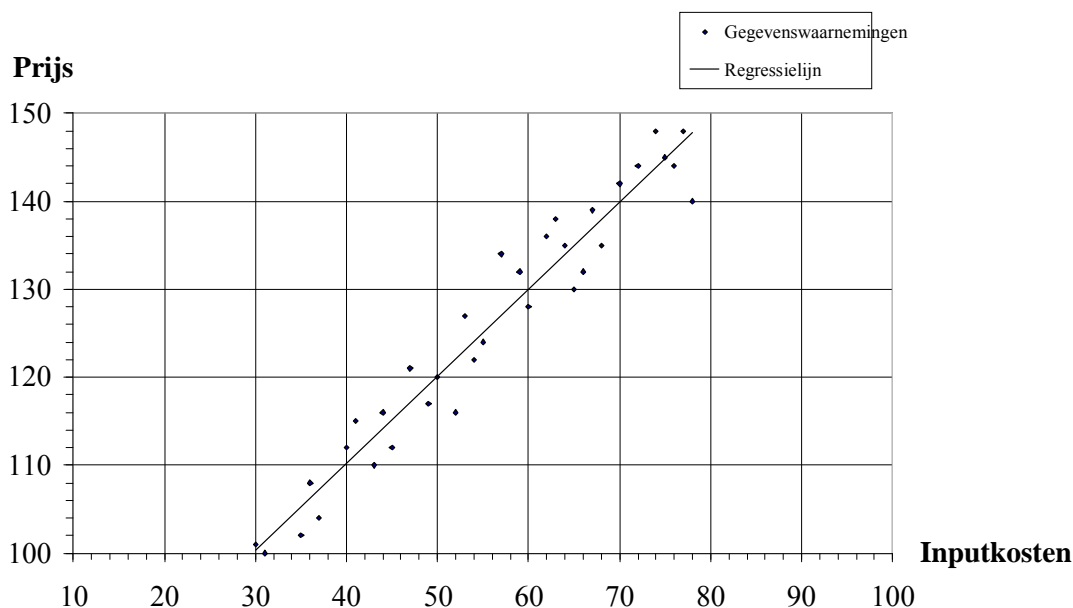
grondstof (zoals graan) eveneens aanzienlijk zijn gestegen. Het is derhalve niet duidelijk welk deel van de stijging van de meelprijs te wijten is aan de inbreuk en welk deel een gevolg is van de gestegen inputkosten (de stijging van de graanprijzen).

74. Een mogelijkheid om deze onzekerheid weg te nemen, is om gegevens van een andere periode of markt te gebruiken waarin de inputkosten (graanprijs) beter vergelijkbaar waren en er geen inbreuk was, maar dit zal niet altijd mogelijk zijn⁷². Regressieanalyse kan een instrument bieden om de variatie in inputkosten in aanmerking te nemen door de statistische relatie tussen inputkosten en meelprijs zichtbaar te maken. Hierbij kunnen een reeks gegevenswaarnemingen voor inputkosten (graanprijzen) en voor de meelprijzen in de periode die niet door de inbreuk is getroffen, worden onderzocht⁷³. Door statistische technieken op deze gegevenswaarnemingen toe te passen, kan een patroon worden vastgesteld van de wijze waarop de graanprijzen de meelprijs hebben beïnvloed in een periode waarin de meelprijzen niet door de inbreuk werden beïnvloed. Vervolgens kan een statistische relatie tussen de meelprijs en de graanprijs in deze periode worden afgeleid. Door de informatie over deze relatie toe te passen op de meelprijzen in de inbreukperiode kan dat deel van de stijging van de meelprijs worden geëlimineerd dat niet aan de inbreuk, maar aan de verandering van de inputkosten kan worden toegeschreven. Aldus kan de meelprijs worden geschat zonder de meerprijs als gevolg van het kartel, maar inclusief de door de hogere inputkosten veroorzaakte prijsverhoging.
75. In de volgende grafiek wordt eenvoudig weergegeven hoe een dergelijke statistische relatie wordt afgeleid. De kaart bevat verschillende gegevenswaarnemingen van de inputkosten (graanprijzen) en de dienovereenkomstige prijs van meel op hetzelfde tijdstip gedurende een niet-inbreukperiode. Toen bijvoorbeeld op een bepaald moment de graanprijs 60 bedroeg, was de meelprijs 128. Het is mogelijk de coördinaten te berekenen van de lijn die het meest overeenkomt met alle gegevenswaarnemingen om de statistische relatie (correlatie) weer te geven tussen de graanprijs en de meelprijs. Deze relatie wordt in de onderstaande grafiek als een lijn weergegeven, maar wordt doorgaans als vergelijking uitgedrukt⁷⁴. De steilheid van deze lijn laat zien hoe de stijging van de meelprijs zich verhoudt tot de stijging van de graanprijzen. In het in de grafiek getoonde voorbeeld duidt de gevonden relatie erop dat bijvoorbeeld een stijging van de graanprijs van 50 tot 60 overeenkomt met een stijging van de meelprijs van 120 tot 130. Aangezien een stijging van de inputkosten (graan) met 10 euro gekoppeld is aan een stijging van de meelprijs met 10 euro, blijkt derhalve uit de statistische relatie dat een stijging van de inputkosten in dit geval volledig wordt doorberekend.

⁷² Bijvoorbeeld omdat er geen betrouwbare gegevens van andere perioden (of markten) beschikbaar zijn of omdat andere marktkenmerken in deze andere perioden (of markten) significant verschilden.

⁷³ Wat de mogelijkheid betreft om al dan niet rekening te houden met gegevens uit de inbreukperiode (-markt), zie punt 82.

⁷⁴ De coördinaten van deze lijn vloeien voort uit een schatting van een regressie van prijs (als onderzoeksvariabele) ten opzichte van inputkosten (als de beïnvloedende variabele). In dit voorbeeld wordt de techniek van de gewone kleinste kwadraten (ordinary least squares (OLS)) gebruikt om de coördinaten van een rechte lijn te berekenen die op de kleinste afstand ("kleinste kwadraten") ligt van de verzameling meetpunten in de grafiek. De kleinste-kwadratenmethode is een gangbare statistische methode om de parameters van een lineair regressiemodel te schatten.



76. Wanneer bekend is volgens welk patroon de inputkosten (graanprijzen) de meelprijzen hebben beïnvloed buiten de inbreukperiode, kan worden geschat ("voorspeld") in welke mate de waargenomen hogere waarden van deze kosten (graanprijzen) gedurende de inbreukperiode de meelprijzen hebben beïnvloed. Wanneer deze effecten van de prijsvergelijking worden uitgesloten kan de door de inbreuk veroorzaakte meerprijs op betrouwbaarder basis worden geschat dan zonder de regressieanalyse. In het bovenstaande voorbeeld zou, indien de meelprijs gedurende de inbreukperiode 140 was in plaats van 120 gedurende de niet-inbreukperiode, maar de inputkosten (graanprijzen) in de tussentijd van 50 naar 60 waren gestegen, de vermoedelijke meelprijs zonder het kartel niet 120 maar 130 bedragen.
77. Terwijl het tot dusverre beschreven voorbeeld slechts betrekking heeft op de invloed van één enkele andere variabele (graanprijs als inputkosten) op de onderzoeksvariabele (meelprijs), moet de regressieanalyse in de mededingingspraktijk gewoonlijk rekening houden met verscheidene andere factoren die de onderzoeksvariabele beïnvloeden (meervoudige regressieanalyse⁷⁵). In deze situatie moeten gegevens worden waargenomen voor alle bijkomende relevante beïnvloedende variabelen en moet een regressievergelijking van deze gegevens worden afgeleid die de relatie ervan met de onderzoeksvariabele weergeeft. In het bovengenoemde voorbeeld van het meelkartel is het mogelijk dat de meelproducenten gedurende de inbreukperiode niet alleen hogere prijzen moesten betalen voor graan, maar ook hogere energie- en arbeidskosten hadden en een efficiëntere maal- en verpakkingstechnologie introduceerden, die allemaal van invloed kunnen zijn geweest op de prijs van het meel dat zij gedurende de kartelperiode aan bakkersbedrijven verkochten. Om na te gaan volgens welk statistisch patroon deze factoren de meelprijs hebben beïnvloed moeten reeksen

⁷⁵

Ook wel "multivariate regressieanalyse" genoemd, in tegenstelling tot de "enkelvoudige variabele" ("univariate") regressieanalyse" die in het bovenstaande voorbeeld is gebruikt.

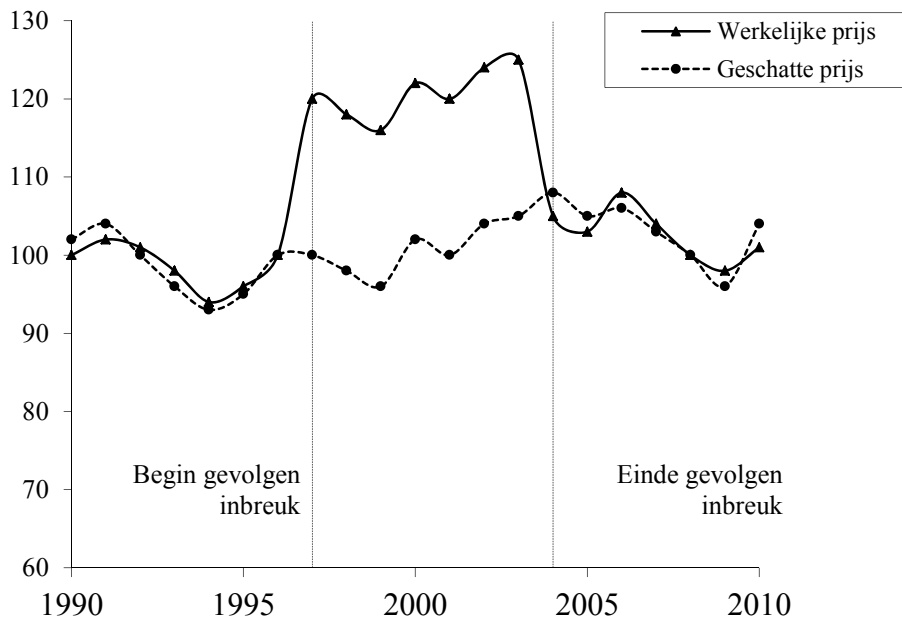
gegevenswaarnemingen voor elk van deze beïnvloedende variabelen worden geanalyseerd.

78. Het is belangrijk om bij de uitvoering van een regressieanalyse alle variabelen in aanmerking te nemen die in het specifieke geval relevant zijn. Veronderstel dat hetzij de verweerder, hetzij de eiser bij het vergelijken van de meelprijzen die door een meelproducent voor en tijdens een inbreuk zijn aangerekend, een meervoudige regressieanalyse gebruikt om de mogelijke invloed van de bovengenoemde factoren op de meelprijs (d.w.z. de graanprijzen, energie- en arbeidskosten en de maal- en verpakkingstechnologie) na te gaan. Indien zich echter gedurende het kartel een aanmerkelijke verandering van de vraag heeft voorgedaan (bv. een grotere vraag naar meel van bakkersbedrijven als gevolg van een gestegen vraag van eindverbruikers naar brood en cake), en indien de invloed van deze vraagverschuiving op de meelprijs niet in de regressievergelijking tot uiting komt, is het waarschijnlijk dat de schatting van het inbreukeffect vertekend is, ondanks de overigens uitvoerige regressieanalyse⁷⁶. Het is aan het toepasselijke nationale recht om, in overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel, te bepalen welke partij belast is met het aanvoeren en bewijzen van de feiten, zoals de bovengenoemde verandering van de vraag of de volledigheid van de in een regressieanalyse in aanmerking genomen variabelen.
79. Elke schadebegroting met gebruikmaking van de regressieanalyse is derhalve gebaseerd op de statistische relatie tussen de onderzoeksvariabele (bv. prijs) en de relevante verklarende variabele(n) die middels een regressievergelijking wordt weergegeven. Wanneer de voorspellende methode wordt gebruikt⁷⁷ is de opstelling van een regressievergelijking met gebruikmaking van gegevens uit de niet-inbreukperiode de eerste stap. Als tweede stap kan vervolgens, op basis van deze regressievergelijking en de geobserveerde waarden van de relevante variabelen gedurende de inbreukperiode, de prijs worden geraamd die de benadeelde partijen vermoedelijk zonder de inbreuk zouden hebben betaald. In een derde stap leidt het verschil tussen deze vermoedelijke niet-inbreukprijs en de daadwerkelijk door de benadeelde partijen betaalde prijs tot een raming van de meerprijs als gevolg van de inbreuk. De onderstaande grafiek geeft de tweede en de derde stap weer. Wanneer de methode met een dummyvariabele wordt toegepast, combineert de regressieanalyse de drie hierboven beschreven stappen⁷⁸.

⁷⁶ Het is echter niet alleen van belang om alle relevante factoren in het regressiemodel op te nemen, maar ook om variabelen uit te sluiten die duidelijk irrelevant lijken (op basis van kennis van de sector). Schaderamingen kunnen namelijk ten onrechte lager uitvallen (of zelfs op nul uitkomen) indien irrelevante variabelen worden opgenomen om de prijsvariatie in het model te verklaren.

⁷⁷ De alternatieve benadering is de methode met een dummyvariabele; zie punt 71. In tegenstelling tot de voorspellende methode wordt bij de methode van de dummyvariabele het effect van de inbreuk in één enkele stap geschat door een regressieanalyse uit te voeren op basis van gegevens uit zowel de inbreuk- als de niet-inbreukperiode. Toegepast op het bovenstaande voorbeeld zou deze methode het effect van het kartel ramen als een opwaartse verschuiving van prijs welke tijdens de kartelperiode wordt waargenomen (d.w.z. de coëfficiënt van de dummyvariabele in de regressievergelijking) en niet verklaard wordt door veranderingen in andere beïnvloedende variabelen, zoals de kosten van grondstoffen.

⁷⁸ In dit geval wordt de regressievergelijking opgesteld op grond van gegevens uit zowel de inbreuk- als de niet-inbreukperiode en geeft zij rechtstreeks aan in welke mate de onderzoeksvariabele gedurende de inbreukperiode is veranderd nadat het effect van andere verklarende variabelen in aanmerking is genomen.



80. De in deze grafiek weergegeven regressieanalyse is gebaseerd op de voorspellende methode, waarbij een regressie wordt toegepast op gegevens uit de periode voor en na de inbreuk om in een vergelijking de statistische relatie weer te geven tussen prijs en diverse relevante verklarende variabelen (inputkosten en andere relevante factoren). Op basis van deze vergelijking en de waargenomen waarden van de relevante verklarende variabelen kan een prijs worden geschat die vermoedelijk zonder de inbreuk van toepassing zou zijn geweest (stippellijn). De ononderbroken lijn is de daadwerkelijk waargenomen prijs. Het verschil tussen de ononderbroken lijn en de stippellijn gedurende de inbreukperiode is de geraamde meerprijs. De stippellijn buiten de inbreukperiode wordt eveneens van de regressievergelijking afgeleid en kan, door een vergelijking met de daadwerkelijk waargenomen niet-inbreukprijzen (ononderbroken lijn) gebruikt worden om het voorspellend vermogen van het regressiemodel te beoordelen.

c. *Voorwaarden voor de toepassing van regressieanalyse*

81. Voor het uitvoeren van een regressieanalyse is kennis van verschillende statistische technieken noodzakelijk om de relatie tussen variabelen te kunnen meten, een passende regressievergelijking te kunnen maken en de nauwkeurigheid van de parameters in deze vergelijking te berekenen. Daarnaast is een gedegen kennis van de betrokken sector vereist, allereerst om de juiste hypothesen te kunnen formuleren bij het opstellen van de regressievergelijking, maar ook om de juiste keuze te kunnen maken met betrekking tot de factoren die waarschijnlijk een aanzienlijke invloed hebben gehad op de onderzoekvariabele (en die daarom in de analyse moeten worden meegenomen). Kennis van de desbetreffende sector is verder noodzakelijk om weloverwogen keuzes te kunnen maken wat de in een bepaalde situatie te gebruiken statistische technieken betreft, bijvoorbeeld om ongewone waarnemingen (uitschieters) of andere specifieke kenmerken van gegevensreeksen in aanmerking te nemen. Vooral wanneer de beïnvloedende variabelen op hun beurt door de inbreuk zijn beïnvloed, kunnen de resultaten vertekend zijn indien met dit aspect geen rekening wordt gehouden, bijvoorbeeld door de toepassing van specifieke statistische

technieken⁷⁹ of door het gebruik van gegevenswaarnemingen van buiten de inbreukperiode of -markt⁸⁰.

82. Zonder een voldoende aantal gegevenswaarnemingen is het niet mogelijk om op grond van een statistische analyse relaties tussen economische variabelen vast te leggen. Om het effect van beïnvloedende variabelen op de onderzoeksvariabele te kunnen identificeren dient derhalve een voldoende grote reeks gegevenswaarnemingen voor alle onderzochte variabelen voorhanden te zijn. Regressieanalyse vereist bijgevolg doorgaans een groot aantal gegevens. In het geval van ontbrekende gegevens of een vertekende interpretatie ervan kunnen statistische technieken evenwel soms uitkomst bieden⁸¹, en er kunnen zich situaties voordoen waarin ook de analyse van een kleiner aantal gegevenswaarnemingen zinvol is.
83. Gegevenswaarnemingen kunnen in principe op verschillende aggregatieniveaus worden verzameld. Wanneer bijvoorbeeld de relatie tussen prijs en inputkosten moet worden geanalyseerd, zouden gegevensreeksen betreffende de in individuele transacties aangerekende prijzen, de in de betrokken sector aangerekende gemiddelde jaarprijzen of – daartussenin – maandelijkse gegevens op ondernemingsniveau kunnen worden onderzocht, naast gegevensreeksen inzake individuele inputkosten per eenheid dan wel inzake de gemiddelde kosten van de sector. Met uitgesplitste gegevens kan een groter aantal waarnemingen worden geanalyseerd en kunnen derhalve nauwkeuriger schattingen worden verkregen. Wanneer dergelijke uitgesplitste gegevens niet voorhanden zijn of niet toegankelijk zijn voor de partij die de regressieanalyse uitvoert, kan de analyse van geaggregeerde gegevens toch nog informatieve resultaten opleveren, met name wanneer de frequentie van deze gegevens hoog is.
84. Een voldoende grote reeks gegevenswaarnemingen en het aggregatieniveau zijn voorbeelden die het belang illustreren van de betrouwbaarheid van de gegevens en de relevantie van de gegevens voor een economische analyse. De meeste gegevensreeksen zijn echter onvolledig en niet alle relevante feiten kunnen met een hoge nauwkeurigheid worden waargenomen of gemeten. Deze onvolkomenheden moeten derhalve expliciet worden erkend. Tekortkomingen in de gegevens mogen niet beletten dat voldoende gewicht wordt toegekend aan een economische analyse, hoewel conclusies met omzichtigheid moeten worden getrokken⁸².
85. Wanneer regressieanalyse correct en op basis van voldoende gegevenswaarnemingen wordt gebruikt, kan zij de raming van schade op basis van op vergelijking gebaseerde methoden aanzienlijk verfijnen. Er dient echter met nadruk op te worden gewezen dat zelfs zeer geavanceerde regressievergelijkingen op een aantal aannames gebaseerd zijn en (zoals alle technieken waarmee een hypothetische situatie wordt voorspeld) enkel schattingen kunnen opleveren. Het is een goede praktijk om na te gaan op welke aannames een regressievergelijking gebaseerd is, omdat sommige

⁷⁹ Zoals het gebruik van instrumentele variabelen, een economische techniek die kan worden toegepast om een dergelijke vertekening te corrigeren.

⁸⁰ Met name door gebruik te maken van de bovenbeschreven voorspellende methode, waarbij de waarde van de beïnvloedende variabelen die in het model zijn opgenomen om de contrafeitelijke situatie te voorspellen, voor het effect van de inbreuk op deze variabelen wordt gecorrigeerd.

⁸¹ Bijvoorbeeld wanneer een steekproef van gegevenswaarnemingen niet volledig representatief is.

⁸² Zie voor nadere uitleg over het belang van de betrouwbaarheid van de gegevens en de relevantie van de gegevens DG COMP Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

aannames in een bepaalde situatie geschikter kunnen zijn dan andere en tot sterk verschillende resultaten kunnen leiden.

86. Een manier om met de onzekerheid van de begroting om te gaan, bestaat erin de resultaten niet als een puntschatting aan te geven ("de prijs in het niet-inbreukscenario bedraagt 10 euro"), maar als een interval ("de prijs in het niet-inbreukscenario ligt tussen 9 en 11 euro"). Het begrip "betrouwbaarheidsinterval" – dat standaard is in statistiek – wordt gebruikt om te beschrijven hoe waarschijnlijk het is dat de juiste waarde in een interval is begrepen. Wanneer een specifiek interval de werkelijke waarde met een waarschijnlijkheid van 95 % omvat, wordt dit in de economie bij conventie als een hoge mate van zekerheid beschouwd.
87. Een vergelijkbare manier om met de onzekerheid van begrotingen om te gaan, bestaat erin te verwijzen naar het begrip "statistische significantie", wat een standaardmanier is om na te gaan of de in een regressieanalyse verkregen resultaten zijn toe te schrijven aan toeval, dan wel of zij een echte correlatie weergeven. Hiertoe wordt een bepaalde hypothese getest: op het gebied van schadeacties kan bijvoorbeeld worden nagegaan of de kartelinbreuk al dan niet daadwerkelijk van invloed was op de prijzen. De hypothese dat de inbreuk *geen* gevolgen had (en dat de niet-inbreukprijs bijgevolg niet verschilde van de prijs in het inbreukscenario) wordt de "nulhypothese" genoemd. Regressieanalyse wordt dan gebruikt om deze nulhypothese te testen. Een resultaat van een regressieanalyse wordt als statistisch significant beschouwd wanneer de nulhypothese kan worden verworpen omdat het zeer onwaarschijnlijk zou zijn dat de vastgestelde resultaten aan toeval zijn toe te schrijven. In de economie wordt er bij een waarschijnlijkheid van ten minste 95 % dat de nulhypothese wordt verworpen, bij conventie van uitgegaan dat de resultaten "statistisch significant" zijn.
88. Zoals hierboven beschreven wordt in de economische wetenschap voor de begrippen "betrouwbaarheidsinterval" en "statistische significantie" bij conventie een waarschijnlijkheidsdrempel van 95 % gehanteerd. Benadrukt zij dat dit louter conventie is en dat eveneens strengere en ook minder strenge drempels (bijvoorbeeld een waarschijnlijkheid van 99 %, of van 90 %) nuttige informatie kunnen verschaffen. Dit is omdat statistische significantie ten dele wordt bepaald door het aantal waarnemingen in de gegevensreeks: bij gelijke omstandigheden neemt de statistische significantie toe naarmate ook de steekproefgrootte toeneemt. Het verdient aanbeveling de gekozen waarschijnlijkheidsdrempel aan te geven. In een schadeactie is het dan aan de rechter om naar toepasselijk recht te beslissen over de bewijskracht van een dergelijke regressieanalyse en de procedurele gevolgen (met name met betrekking tot de bewijsvoering en de bewijslast) die deze analyse met zich kan brengen.
89. De vraag of, door welke partij en in welke fase van de procedure in het kader van een rechtszaak een regressieanalyse wordt uitgevoerd, zal onder meer afhangen van het bestaan of de toegankelijkheid van gegevens en de ingevolge het toepasselijke recht geldende voorschriften op het gebied van fact pleading, de openbaarmaking van bewijsmateriaal, de bewijsstandaard en de verdeling van de bewijslast tussen de eiser en de verweerder.
90. De verschillende bovengenoemde vormen van regressieanalyse (punt 71 e.v.) worden soms ook wel "reduced form"-methoden genoemd, omdat zij de parameters van een vergelijking, die op hun beurt zijn afgeleid van andere economische relaties (zoals de interactie tussen aanbod en vraag) direct schatten zonder expliciete modellering.

Anderzijds kunnen econometrische modellen worden ontworpen om deze onderliggende economische relaties te schatten. Hoewel dergelijke econometrische modellen, die gewoonlijk “structurele modellen” worden genoemd, dikwijls op bijzonder sterke hypothesen berusten, kunnen zij tot een beter begrip van de betrokken markt leiden en een integrerend deel vormen van simulaties waarmee de begroting van schade wordt beoogd (die in hoofdstuk III.A meer in detail worden besproken).

(3) **Keuze van technieken**

91. In de subsecties (1) en (2) zijn verschillende technieken beschreven waarmee op vergelijking gebaseerde methoden in de praktijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. De keuze van een techniek in een bepaald geval zal gewoonlijk van allerlei aspecten afhangen, met name van de wettelijke vereisten en de feitelijke omstandigheden van de zaak. Overwegingen inzake de bewijsstandaard en de bewijslast zijn in de praktijk waarschijnlijk zeer relevant.
92. Econometrische technieken kunnen de nauwkeurigheid van schaderamingen verbeteren en er aldus toe bijdragen dat aan een hogere bewijsstandaard wordt voldaan indien zulks op grond van de toepasselijke regels vereist is. Of het nodig is een regressieanalyse uit te voeren (mogelijk in aanvulling op ander beschikbaar bewijsmateriaal) om aan een dergelijke standaard te voldoen, en welke partij in dit verband de bewijslast draagt, hangt af van de toepasselijke wetgeving waaronder het in het EU-recht neergelegde doeltreffendheidsbeginsel. In aanmerking moet worden genomen dat, om een econometrische analyse uit te voeren, doorgaans een aanzienlijk aantal gegevenswaarnemingen nodig zijn die niet altijd toegankelijk zullen zijn. Bovendien kan het ook zijn dat de in het kader van een bepaalde procedure toepasselijke bewijsstandaard niet méér verlangt van de partij die de bewijslast draagt, dan de toepassing van de in subsectie 1 vermelde technieken. Dit kan het geval zijn omdat de vergeleken markten of perioden volgens het betrokken nationale rechtsstelsel voldoende gelijkenissen vertonen en de schadebegroting op basis van een eenvoudige vergelijking voldoende nauwkeurig wordt geacht voor wat de desbetreffende partij in de gegeven procedurele situatie moet aantonen. Ook is het mogelijk dat het rechtsstelsel, naar gelang van de door een eiser voorgelegde schadebegroting en de gegevens waarover die redelijkerwijs kan beschikken, voorziet in een verschuiving van de bewijslast van de eiser naar de verweerder. In een dergelijke situatie kan de verweerder overwegen een regressieanalyse uit te voeren om de argumenten van de eiser te weerleggen.
93. Ook evenredigheidsoverwegingen kunnen een belangrijke rol spelen, omdat het verzamelen van gegevens en de econometrische analyse ervan aanzienlijke kosten met zich kunnen brengen (met inbegrip van de kosten van derde partijen) die onevenredig kunnen zijn of zelfs hoger kunnen zijn dan de waarde van de betrokken schadeclaim. Dergelijke overwegingen kunnen ook relevant zijn met het oog op het doeltreffendheidsbeginsel⁸³.
94. De rechters in de EU hebben doorgaans op vergelijking gebaseerde methoden op eenvoudige wijze toegepast zonder regressieanalyse, dikwijls op basis van gemiddelden⁸⁴. Verder hebben zij eenvoudige correcties op de waarde van waargenomen gegevens geaccepteerd wanneer een differentiërende factor tussen een

⁸³ Zie punt 2 van deel 1, hoofdstuk 1.

⁸⁴ Het gebruik van gemiddelden werd aanvaard in bijvoorbeeld *Landgericht Dortmund* (Rechtbank, Dortmund), arrest van 1 april 2004 in zaak nr. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*); WuW/DE-R 1352.

inbreukmarkt (of -periode) en een vergelijkingsmarkt (of -periode) gemakkelijk kon worden aangewezen. Tot op heden is er in het kader van schadeacties wegens schending van de antitrustregels voor rechtbanken in de EU weinig ervaring opgedaan met econometrische analyse⁸⁵, hoewel dergelijke technieken, zoals in het bovenstaande is aangetoond, een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de begroting van de geleden schade wegens inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU.

95. Nationale rechtbanken passen soms ook wel een "veiligheidsaftrek" toe, d.w.z. dat zij van de geobserveerde gegevenswaarden een bedrag aftrekken dat, overeenkomstig de toepasselijke rechtsregels, groot genoeg is om onzekerheden met betrekking tot een schadebegroting in aanmerking te nemen⁸⁶. Regressieanalyse kan ook geacht worden deze andere mogelijke beïnvloedende factoren in aanmerking te nemen, en een ondergrens voor de raming van de geleden schade vast te stellen⁸⁷.

III. SIMULATIEMODELLEN, OP KOSTEN GEBASEERDE ANALYSE EN ANDERE METHODEN

96. Naast op vergelijking gebaseerde methoden zijn er nog andere methoden om een raming uit te voeren met betrekking tot de hypothetische niet-inbreuksituatie. Hiertoe behoren met name de simulatie van marktresultaten op basis van economische modellen (A), en de raming van een vermoedelijk niet-inbreukscenario op basis van productiekosten en een redelijke winstmarge (B).

A. Simulatiemodellen

97. Bij simulatiemethoden wordt gebruik gemaakt van economische modellen van marktgedrag. Uit economische studies inzake de werking van markten en de wijze waarop ondernemingen met elkaar concurreren, is gebleken dat voor markten met bepaalde kenmerken de vermoedelijke resultaten van marktinteractie soms kunnen worden voorspeld, bijvoorbeeld de vermoedelijke prijs, het productieniveau, of de winstmarge. Het onderdeel van de economische wetenschap dat "bedrijfsorganisatie" wordt genoemd heeft concurrentiemodellen ontwikkeld voor verschillende soorten markten waarmee dergelijke resultaten kunnen worden gesimuleerd. Deze modellen lopen uiteen van monopolie modellen tot, aan het andere eind van het spectrum, volkomen-concurrentiemodellen.
98. Tussenvallende modellen voor de weergave van het gedrag van ondernemingen in oligopolistische markten zijn met name de modellen die in de 19e eeuw zijn ontworpen door de economen Augustin Cournot en Joseph Bertrand. Het Bertrand-oligopolie-concurrentiemodel beschrijft een markt met een betrekkelijk klein aantal ondernemingen (en hoge toetredingsdrempels) die concurreren op het vlak van prijzen, niet met betrekking tot het productievolume. De ondernemingen stellen hun prijs gelijktijdig vast op basis van de verwachte prijzen van hun concurrenten. In dit

⁸⁵ Voor een recent voorbeeld van winstderving in een uitsluitingszaak zie *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Rechtbank van Koophandel, Barcelona), vonnis van 20 januari 2011, zaak nr. 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.)

⁸⁶ Bijvoorbeeld om de Gevolgen van eventuele andere factoren op de onderzoeksvariabele uit te sluiten. Zie bijvoorbeeld *Kammergericht Berlin*, (Gerechtshof, Berlijn), arrest van 1 oktober 2009, zaak nr. 2 U 10/03 Kart.; *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Deelstatelijk Gerechtshof, Karlsruhe), arrest van 11 juni 2010, zaak nr. 6 U 118/05.

⁸⁷ Immers, een regressieanalyse produceert niet alleen schaderamingen die reeds de invloed van andere factoren nagaan, maar meet tevens de nauwkeurigheid van deze ramingen (in de vorm van standaardfouten), op grond waarvan onder- (en boven-) grenzen van de schaderamingen kunnen worden vastgesteld.

model stijgen de prijzen naarmate de productdifferentiatie toeneemt. Het oligopoliemodel van Cournot beschrijft een markt met een betrekkelijk klein aantal ondernemingen (en hoge toetredingsdrempels) die concurreren ten aanzien van het productievolume. Voordat zij hun prijzen vaststellen, bepalen zij gelijktijdig hun productievolume (of -capaciteit) op basis van het productievolume dat zij van de andere ondernemingen verwachten. Er bestaan talrijke uitbreidingen van en variaties op het Cournot- en het Bertrand- model. Deze omvatten met name ook dynamische oligopoliemodellen op basis van de speltheorie⁸⁸, waarin rekening wordt gehouden met de herhaalde interactie tussen ondernemingen in de markt⁸⁹.

99. Prijzen zijn vermoedelijk het hoogst (en verkoopvolumes het laagst) in een monopoliesituatie, en prijzen zijn vermoedelijk het laagst (en verkoopvolumes het hoogst) in een situatie van volkomen concurrentie. Bertrand-oligopolies op markten met productdifferentiatie⁹⁰ en Cournot-oligopolies zullen doorgaans tot prijzen en volumes leiden die ergens tussen volkomen concurrentie en monopolie in liggen; het precieze resultaat hangt onder andere af van het aantal ondernemingen op de markt en de toetredingsdrempels, de mate van differentiatie tussen die ondernemingen en hun producten, en van andere marktkenmerken zoals de kenmerken van de vraag (met name hoe gevoelig afnemers zijn voor prijswijzigingen) en de capaciteiten en de kostenstructuur van de producenten.
100. Op basis van theoretische inzichten die het marktresultaat, bijvoorbeeld wat de prijzen betreft, koppelen aan een bepaalde reeks marktkenmerken, kunnen simulatiemodellen worden ontworpen om de prijzen (of andere variabelen) te ramen die vermoedelijk van toepassing zouden zijn geweest indien de inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU niet had plaatsgevonden. Het simulatiemodel dient op zodanige wijze te worden geconstrueerd dat het (a) de voornaamste beïnvloedende factoren van het aanbod (in het bijzonder de wijze waarop ondernemingen concurreren ('competitieve interacties')⁹¹ en de kostenstructuur van ondernemingen) en (b) de voorwaarden van de vraag (met name de mate waarin afnemers op prijswijzigingen reageren) weerspiegelt. Deze factoren worden uitgedrukt in de vorm van een reeks vergelijkingen waarin een aantal parameterwaarden moet worden opgenomen. Deze waarden kunnen bekend, econometrisch geschat of verondersteld

⁸⁸ Speltheorie betreft het onderzoek naar de wijze waarop mensen en ondernemingen zich gedragen in strategische situaties waarin zij rekening moeten houden met de reactie van anderen op hun beslissingen.

⁸⁹ Het in aanmerking nemen van de herhaalde interactie tussen ondernemingen in de markt kan bijvoorbeeld zinvol zijn om gecoördineerd gedrag tussen ondernemingen of de markttoetreding van een nieuwe concurrent te verklaren. Dynamische modellen kunnen bijzonder nuttig zijn om uitsluitingsgedrag te verklaren en een contrafeitelijke situatie te construeren om de daaruit voortvloeiende schade te ramen.

⁹⁰ Op een markt met homogene producten en zonder capaciteitsproblemen zal de prijsconcurrentie volgens Bertrand daarentegen tot zeer concurrerende resultaten leiden. Homogene producten zijn producten die onderling weinig verschillen qua kwaliteit of eigenschappen.

⁹¹ De term "competitieve interacties" wordt gebruikt om aan te geven hoe concurrentie tussen ondernemingen plaatsvindt, bijvoorbeeld (maar niet beperkt tot) de concurrentie van Bertrand of Cournot, of hoe ondernemingen ervan afzien met elkaar te concurreren (in het geval van onderling afgestemde gedragingen in strijd met de mededingingsregels). Markten waarop de prijsvorming geschiedt door middel van veilingen of andere biedprocedures, kunnen eveneens geschikt zijn voor modellering omdat de interactie tussen concurrenten dikwijls volgens vaste regels verloopt (prijzen of productievolumes die waarschijnlijk zullen voortvloeien uit veilingen of andere biedprocedures die niet door de inbreuk worden beïnvloed zouden met name kunnen worden geraamd aan de hand van speltheoretische oligopoliemodellen om het vermoedelijke biedgedrag van concurrenten in een niet-inbreukscenario te simuleren).

zijn, met dien verstande dat de output van het model overeenkomt met bepaalde waargenomen variabelen. Wanneer simulatiemodellen worden gebruikt om een niet-inbreukscenario te genereren, dan moeten de relevante marktstructuur en andere kenmerken die zijn, welke zonder de inbreuk zouden hebben bestaan; deze kunnen overeenkomen met de structuur en andere kenmerken van de markt die in het inbreukscenario zijn waargenomen, maar zij kunnen hiervan ook enigszins verschillen⁹².

101. Het gebruik van een simulatiemodel om schade te ramen kan aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd. In het voorbeeld van een kartel op een gedifferentieerde productmarkt (bijvoorbeeld de markt voor fabriekschokolade) kunnen de niet-inbreukprijzen als volgt worden geraamd, met gebruikmaking van gegevens uit de niet-inbreukperiode. Ten eerste wordt geraamd hoe de vraag van elk chocoladeproduct reageert op een verandering van de eigen prijs (eigen prijselasticiteit) en op een verandering van de prijs van concurrerende producten (kruiselingse prijselasticiteit)⁹³. Ten tweede wordt beslist welk model de competitieve interactie tussen ondernemingen naar behoren weergeeft (zoals het concurrentiemodel van Bertrand in het voorbeeld van de fabriekschokolade). Op deze basis kan worden berekend bij welke prijzen de winst van de ondernemingen wordt gemaximaliseerd met het oog op de kostenparameters (bijvoorbeeld marginale kosten) en de vraagparameters (bijvoorbeeld het vraagniveau)⁹⁴. De waarde van sommige van deze parameters kan vervolgens worden aangepast om de gedurende de inbreukperiode bestaande situatie weer te geven (bijvoorbeeld door aan te nemen dat de kosten van cacaobonen met 10 % stijgen). Wanneer al deze gegevens in vergelijkingen zijn uitgedrukt, kan worden gesimuleerd (in de veronderstelling dat ondernemingen winstmaximalisatie nastreven) welke prijzen deze ondernemingen gedurende de inbreukperiode waarschijnlijk zouden hebben berekend. De door het kartel aangerekende meerprijs kan vervolgens worden geraamd op grond van het verschil tussen de waargenomen prijzen en de gesimuleerde niet-inbreukprijzen.
102. Dit voorbeeld stelt bijzonder hoge eisen wat de benodigde gegevens en de aannames betreft. Er kunnen eenvoudiger simulatiemodellen worden gebruikt om schade te ramen, maar deze berusten in nog sterkere mate op cruciale aannames die moeilijk kunnen worden geverifieerd. Zo zou bijvoorbeeld schade als gevolg van een kartelinbreuk kunnen worden berekend door monopolieprijzen (die de prijzen gedurende het kartel moeten weergeven) te vergelijken met de prijzen die op grond van een Cournot-model kunnen worden verwacht (die de prijzen in een niet-inbreukscenario moeten weergeven), waarvoor gegevens worden gebruikt zoals marktaandelen, kosten en marktprijselasticiteit. Een dergelijke methode hangt echter volledig af van de veronderstelde competitieve interacties in het inbreuk- en het niet-inbreukscenario, en brengt het risico met zich dat deze scenario's onvoldoende

⁹² Omdat de inbreuk tot een verandering van de marktstructuur kan hebben geleid of veranderingen van de markt kan hebben verhinderd die anders wel zouden hebben plaatsgevonden (bijvoorbeeld de markttuitreding van een inefficiënte concurrent), zijn de (hypothetische) marktkenmerken in het niet-inbreukscenario niet noodzakelijkerwijs dezelfde als die welke in het inbreukscenario konden worden waargenomen. Bovendien kunnen marktaandelen tijdens een inbreuk aanzienlijk verschillen van die welke zonder de inbreuk zouden hebben bestaan omdat de leden van het kartel de markten mogelijk onderling hebben verdeeld.

⁹³ Technisch omvat dit de raming van een vraagsysteem; dit is een voorbeeld van de structurele economische analyse vermeld in punt 90.

⁹⁴ De waarde van deze parameters (zoals de in de berekening gebruikte waarde van de marginale kosten) gedurende de niet-inbreukperiode kan op zodanige wijze worden vastgesteld dat de afgeleide prijzen en volumes overeenkomen met de waargenomen gegevens.

weergeven hoe het kartel gedurende de inbreukperiode heeft geopereerd en hoe de concurrentie in de markt zou hebben gefunctioneerd zonder de inbreuk.

103. Simulatiemodellen kunnen niet alleen in kartelzaken (of bij andere prijsverhogende inbreuken) worden gebruikt om marktresultaten te schatten, maar ook in gevallen van uitsluitingsgedrag. Zo kan bijvoorbeeld een oligopolie-model worden gebruikt om het verkoopvolume en het marktaandeel te simuleren die een uitgesloten concurrent zou hebben gehad indien de inbreuk niet had plaatsgevonden.
104. Elk model waarmee marktresultaten worden gesimuleerd, vormt een benadering van de realiteit en berust op theoretische en dikwijls ook feitelijke aannames met betrekking tot marktkenmerken en het vermoedelijke gedrag van producenten en afnemers. Hoewel modellen naar hun aard gebaseerd zijn op een vereenvoudiging van de realiteit, kunnen zelfs eenvoudige modellen in bepaalde gevallen nuttige inzichten bieden met betrekking tot de vermoedelijke schade. Daarom dient de bewering dat een model op schijnbaar vereenvoudigende hypothesen gebaseerd is, op zich niet voldoende te zijn om het te verwerpen; veeleer zou moeten worden nagegaan hoe sommige van de vereenvoudigende aannames de resultaten ervan waarschijnlijk zullen beïnvloeden. Een ingewikkeld model dat een reeks bijzondere kenmerken van de desbetreffende markt weergeeft, kan, indien het naar behoren wordt toegepast en geëvalueerd, ertoe bijdragen dat de simulatie een redelijke raming oplevert van het hypothetische niet-inbreukscenario. Zelfs de bruikbaarheid van zeer complexe uitgebreide modellen hangt echter in hoge mate af van de vraag of zij op de juiste veronderstellingen zijn gebaseerd, met name wat de kernvragen betreft: wat zou de concurrentie- en de vraagsituatie in een niet-inbreukscenario zijn geweest. Bovendien zal de ontwikkeling van complexe simulatiemodellen technisch vaak veeleisend zijn en zullen hiervoor wellicht aanzienlijke hoeveelheden gegevens nodig zijn waarvan niet zeker is of de betrokken partij hiertoe altijd toegang zal hebben of dat zij met voldoende betrouwbaarheid kunnen worden geraamd.
105. Toch kunnen zowel eenvoudige als meer complexe simulatiemodellen nuttige informatie opleveren voor het ramen van de resultaten die een markt zou hebben behaald zonder een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU. Of, en in welke procedurele situatie in een bepaald rechtstelsel wordt geoordeeld dat het gebruik van economische simulatie passend is en de resultaten ervan voldoende betrouwbaar zijn, zal afhangen van de bijzondere omstandigheden van het desbetreffende geval en de vereisten die door de toepasselijke rechtsregels worden gesteld.

B. *Op kosten gebaseerde methoden*

106. Andere benaderingen om de vermoedelijke prijzen zonder de inbreuk te schatten, zijn de op kosten gebaseerde methode⁹⁵ of op de financiële prestatie van de eisende of verwerende onderneming gebaseerde methoden (op kosten gebaseerde methoden).
107. Bij de op kosten gebaseerde methode worden de productiekosten per eenheid op enigerlei wijze geraamd, en wordt hieraan vervolgens een toeslag toegevoegd voor de winst die in een niet-inbreukscenario "redelijk" zou zijn geweest. De hieruit voortvloeiende raming van een niet-inbreukprijs per eenheid kan worden vergeleken

⁹⁵

Deze methode wordt ook wel de "cost-plus-methode" of de "bottom-up-methode" genoemd. Deze methode wordt, als alternatieve methode in gevallen waarin op vergelijking gebaseerde methoden niet geschikt zijn, genoemd door het *Bundesgerichtshof* (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 19 juni 2007, zaak nr. KRB 12/07 (*Papiergroothandelskartel*).

met de prijs per eenheid die daadwerkelijk door de inbreukmakende onderneming(en) is aangerekend om een raming van de meerprijs te verkrijgen⁹⁶.

108. Verschillende soorten productiekosten kunnen geschikt zijn voor de toepassing van de op kosten gebaseerde methode, afhankelijk van de kenmerken van de desbetreffende sector. Een consequente behandeling van kosten en marges is evenwel van het grootste belang. Indien bijvoorbeeld variabele kosten (d.w.z. kosten die fluctueren naar gelang van het productieniveau) als uitgangspunt worden genomen, dan dient een brutowinstmarge (d.w.z. de winstmarge na aftrek van de variabele kosten) te worden toegevoegd om de prijs te berekenen. Verder zij opgemerkt dat voor het ramen van de prijzen niet alleen de kosten van de inbreukmaker, maar ook de kosten van één van zijn concurrenten relevant kunnen zijn (bijvoorbeeld indien de prijs op de markt wordt bepaald door de minst efficiënte producent).
109. De eerste stap van de op kosten gebaseerde methode is de vaststelling van de productiekosten per eenheid. De kosten per eenheid kunnen worden geraamd door de daadwerkelijke relevante productiekosten die de inbreukmaker(s) heeft moeten dragen om de desbetreffende bedrijfsactiviteit uit te oefenen, te delen door het totale aantal vervaardigde producten. Deze methode kan tamelijk eenvoudig zijn wanneer ondernemingen of afzonderlijke bedrijfsonderdelen slechts één hoofdproduct vervaardigen. Deze ondernemingen of onderdelen publiceren soms hun belangrijkste kostengegevens of zij deponeren deze informatie als onderdeel van hun gecontroleerde jaarrekening bij openbare registers. In andere situaties is het moeilijker om toegang tot gegevens te krijgen en kosten toe te wijzen aan het door de inbreuk getroffen product. Wanneer boekhoudkundige gegevens beschikbaar zijn, kunnen correcties nodig zijn omdat het begrip “kosten” in boekhoudkundige zin kan verschillen van hetzelfde begrip in een economische context.
110. Het kan voorkomen dat de gedurende de inbreuk waargenomen productiekosten niet representatief zijn voor de productiekosten die zich zonder de inbreuk waarschijnlijk zouden hebben voorgedaan. Hieraan zouden met name twee redenen ten grondslag kunnen liggen: ten eerste is het, in het geval van inbreuken op artikel 101, mogelijk dat ondernemingen die als gevolg van hun onderling afgestemde gedragingen niet blootstaan aan de concurrentiedruk die in het niet-inbreukscenario zou bestaan, minder efficiënt opereren en daardoor hogere productiekosten hebben dan indien deze concurrentiedruk wel aanwezig zou zijn geweest. Ten tweede kunnen inbreukmakers de productie beperken en daardoor gedurende de inbreuk, afzien van schaalvoordelen die tot lagere productiekosten zouden hebben geleid. Wanneer er aanwijzingen zijn dat zich een dergelijke situatie heeft voorgedaan, kan het nodig zijn de waargenomen kostengegevens van de inbreukmaker(s) te corrigeren. Ook wanneer dergelijke correcties uitblijven, kan op basis van de waargenomen kosten met de op kosten gebaseerde methode toch nog een ondergrens van de mogelijke meerprijs worden geraamd.
111. Voor de tweede stap van de op kosten gebaseerde methode moet een “redelijke” winstmarge worden geschat en bij de productiekosten per eenheid worden opgeteld.

⁹⁶

Gewoonlijk wordt de op kosten gebaseerde methode gebruikt om een meerprijs te berekenen. De methode of elementen ervan kunnen echter ook worden gebruikt om andere vormen van schade te berekenen, zoals de door uitgesloten concurrenten gederfde winst. Het Oberlandesgericht Düsseldorf (Gerechtshof, Düsseldorf) heeft bijvoorbeeld bij arrest van 16 april 2008, zaak nr. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf), de gederfde winst van een uitgesloten concurrent geraamd op basis van de kosten van de concurrent en de waarschijnlijke winstmarge, uitgedrukt als deel van deze kosten.

Er zijn verschillende methoden om een “redelijke” winstmarge te schatten. Deze zijn ofwel gebaseerd op een vergelijking in de tijd of tussen markten, of op economische modellen, en zij vertonen derhalve gelijkenis met de in de voorgaande hoofdstukken beschreven methoden. Zo kan bijvoorbeeld de raming van de redelijkerwijs in een niet-inbreukscenario te verwachten winstmarge worden afgeleid van de winstmarges die door soortgelijke ondernemingen zijn behaald op een soortgelijke geografische markt die niet door de inbreuk is getroffen, of op soortgelijke productmarkten⁹⁷. Evenzo kunnen de winstmarges van de inbreukmakende onderneming (of een soortgelijke onderneming) in de periode voor of na de inbreuk als basis voor de raming worden gebruikt. Bij deze beide op vergelijking gebaseerde methoden wordt ervan uitgegaan dat de referentieperiode, de markt of de onderneming voldoende vergelijkbaar zijn⁹⁸, met name wat de marktkenmerken betreft die van belang zijn voor de winstmarges zoals het concurrentieniveau op de markt⁹⁹, de kostenstructuur van de producenten (waaronder de kosten van innovatie), de capaciteitsbezetting en de capaciteitsproblemen. Deze aannames zijn niet altijd gemakkelijk te verifiëren, omdat bij de vaststelling van prijzen en marges door een onderneming waarschijnlijk een groot aantal factoren en strategische beslissingen een rol spelen.

112. Een andere manier om een “redelijke” winstmarge te schatten, is de aard van de mededinging en de kenmerken van de markt zonder de inbreuk te onderzoeken en een vermoedelijke winstmarge af te leiden van de informatie die aan bedrijfsorganisatiemodellen kan worden ontleend¹⁰⁰. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat prijzen zich zonder de inbreuk waarschijnlijk in de richting van de kosten zouden ontwikkelen als gevolg van de betrekkelijke homogeniteit van de goederen en overcapaciteit op de markt; in zulke gevallen zou de winstmarge van producenten waarschijnlijk relatief laag zijn¹⁰¹.
113. Het is derhalve duidelijk dat zowel voor de raming van de waarschijnlijke niet-inbreukkosten als voor de raming van een “redelijke” winstmarge in de praktijk een reeks moeilijke vraagstukken moet worden onderzocht. Bovendien wordt bij de op kosten gebaseerde methode verondersteld dat toegang kan worden verkregen tot gegevens die mogelijk in het bezit van de tegenpartij of van een derde partij zijn. Toch kan deze methode, afhankelijk van de omstandigheden van het bijzondere geval en de vereisten ingevolge de toepasselijke rechtsregels, nuttige informatie opleveren voor het ramen van geleden schade als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels.
114. Bij op financiële analyses gebaseerde methoden wordt de financiële prestatie van de eisende of verwerende onderneming als uitgangspunt gebruikt om in te schatten of de eiser schade heeft geleden en de omvang van die schade te schatten.

⁹⁷ Zie Bundesgerichtshof (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 19 juni 2007, zaak nr. KRB 12/07 (Papiergroothandelskartel), waarin verwezen wordt naar de winstmarges in “vergelijkbare sectoren”.

⁹⁸ Voor relevante opmerkingen inzake voldoende vergelijkbaarheid zie punten 38 tot en met 58 in deel 2, Hoofdstuk II.

⁹⁹ Bijvoorbeeld of de concurrentie fel genoeg is voor een neerwaartse druk op de prijs in de richting van de marginale kosten (zoals verondersteld in het model van volkomen concurrentie), dan wel of de winstmarges, door een oligopolistische structuur, zelfs zonder de inbreuk hoger zouden zijn geweest.

¹⁰⁰ Zie punt 97 e.v. in deel 2, Hoofdstuk III.

¹⁰¹ De kapitaalkosten (d.w.z. de kosten voor het opnemen van kapitaal op de markt) worden in zulke gevallen wel als een benadering van een “redelijke” winstmarge beschouwd. Marges zonder inbreuk kunnen evenwel sterk verschillen van de kapitaalkosten, bijvoorbeeld wanneer er geen volkomen concurrentie heerst, wanneer er voor bepaalde ondernemingen specifieke kostenvoordelen gelden, of bij vraag- en aanbodschokken.

115. Wanneer de eiser in een schadeactie een onderneming is en de inbreuk schade heeft veroorzaakt bij die onderneming, kan een analyse van de financiële situatie van die onderneming (en met name de winstgevendheid ervan) nuttige inzichten in die schade verschaffen. Dit kan met name nuttig zijn in gevallen waarin winstderving wordt aangevoerd, bijvoorbeeld in het geval van een concurrent die onrechtmatig van een markt worden uitgesloten.
116. Op deze basis kunnen standaardmethoden voor de schatting van de winstgevendheid van een onderneming (zoals bijvoorbeeld de methode van de "netto contante waarde", waarbij de contante waarde van toekomstige kasstromen van een onderneming wordt berekend) worden gebruikt om inzichten in de omvang van de schade te verschaffen. Ook methoden voor bedrijfsevaluaties, waaronder boekhoudkundige methoden, kunnen nuttige inzichten verschaffen.
117. Voor al deze methoden moet het passende contrafeitelijke scenario worden vastgesteld: nadat de daadwerkelijke winstgevendheid van de eisende onderneming is berekend, moet worden beoordeeld hoe die winstgevendheid zou zijn geweest indien er geen inbreuk was geweest. Deze contrafeitelijke situatie kan worden gebaseerd op winstgevendheidsgegevens van een vergelijkingsmarkt – in dat geval kan deze benadering worden vergeleken met de vorengenoemde op vergelijking gebaseerde methoden¹⁰². Zo kan bijvoorbeeld een niet-inbreukscenario worden ontwikkeld op basis van de winstgevendheid van de eiser vóór en na de inbreuk. Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van een alternatieve norm om de contrafeitelijke situatie vast te stellen. Een mogelijkheid in dit verband is dat de kapitaalkosten worden gebruikt als benchmark: deze maatregel beschrijft de minimale winstmarge die in een bepaalde sector nodig is om kapitaal aan te trekken; derhalve kan worden aangenomen dat de betrokken onderneming ten minste die minimale winst zou hebben gehaald in het niet-inbreukscenario.
118. Een voordeel van de financiële methoden is dat de informatie die nodig is voor de toepassing ervan in sommige gevallen, in verband met boekhoudkundige vereisten, in het bezit is van de ondernemingen zelf, of, in het geval van beursgenoteerde ondernemingen, zelfs openbaar is.

C. Overige methoden

119. De in deze praktische gids beschreven methoden komen overeen met die welke tot dusverre in de rechtspraktijk en in de wetenschap het meest gangbaar zijn. Het betreft evenwel geen uitputtende opsomming, in de eerste plaats omdat de beschreven methoden verder kunnen evolueren of omdat in de praktijk andere methoden kunnen worden ontwikkeld.
120. Ten tweede zouden methoden die *niet* in deze praktische gids worden besproken, toch nuttig kunnen blijken, met name om voor de geleden schade een boven- of ondergrens¹⁰³ of een benaderende raming¹⁰⁴ vast te stellen. Vooral in rechtssstelsels die de mogelijkheid bieden om een benaderende raming te maken, hebben nationale

¹⁰² Zie voor nadere bijzonderheden punt 32 e.v.

¹⁰³ Een bovengrens zou bijvoorbeeld kunnen worden verkregen door middel van critical loss analysis. Met deze techniek wordt met betrekking tot een prijsstijging onderzocht bij welke daling van het volume die prijsstijging onrendabel zou worden.

¹⁰⁴ Contrafeitelijke winst zou bijvoorbeeld prima facie worden vastgesteld door de kosten van kapitaal als ijkpunt te nemen, in de veronderstelling dat de onderneming, zonder de inbreuk, de kapitaalkosten zou hebben terugverdiend, wat het minimumrendement is dat kapitaalverstrekkers van een onderneming verlangen. Zie voetnoot 100 met betrekking tot de beperkingen van deze benadering.

rechters over het algemeen de voorkeur gegeven aan pragmatische technieken boven een afgewogen toepassing van de in de secties A en B uiteengezette methoden om het aan de benadeelde partijen toe te kennen schadebedrag vast te stellen. In gevallen waarin een nieuwe marktdeelnemer in strijd met artikel 101 of 102 VWEU is uitgesloten, zijn bijvoorbeeld wel eens businessplannen als bron van informatie inzake de vermoedelijke winst van een bedrijfsactiviteit gebruikt¹⁰⁵, al wordt deze informatie in sommige gevallen gecorrigeerd met inachtneming van de marktsituatie of van de gegevens van een vergelijkingsmarkt of -onderneming.

121. Het is aan de nationale rechter om te bepalen of een methode, op grond van toepasselijke rechtsregels, geschikt is voor het begroten van schade in een gegeven geval, mits de in het EU-recht vastgelegde beginselen inzake doeltreffendheid en gelijkheid in acht worden genomen.

IV. KEUZE VAN METHODEN

122. Elk van de in de hoofdstukken II en III beschreven methoden kan in principe nuttige informatie bieden met betrekking tot alle inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU en de verschillende soorten schade die dergelijke inbreuken doorgaans veroorzaken. Dank zij deze methoden kan niet alleen het bedrag van de onrechtmatige meerprijs in een prijskartel worden geraamd, maar ook bijvoorbeeld het verkoopvolume of de winst die een onderneming welke schade heeft geleden door het uitsluitingsgedrag van een concurrent met een machtspositie, is misgelopen.
123. Benadrukt zij dat slechts kan worden geschat, en niet met zekerheid en nauwkeurigheid kan worden berekend, hoe het hypothetische niet-inbreukscenario eruit zou hebben gezien. Er is geen methode die in alle gevallen geschikter kan worden geacht dan andere. Elk van de bovenbeschreven methoden heeft bijzondere kenmerken en sterke en zwakke punten, waardoor zij meer of minder geschikt is om de geleden schade in bepaalde omstandigheden te begroten. De methoden lopen met name uiteen wat betreft het gemak waarmee zij kunnen worden toegepast, de mate waarin zij gebaseerd zijn op gegevens die het resultaat zijn van werkelijke marktinteracties of op veronderstellingen op grond van economische theorieën, en in de mate waarin zij rekening houden met andere factoren dan de inbreuk die de situatie van de partijen ongunstig kunnen hebben beïnvloed.
124. Welke methode in de specifieke omstandigheden van een bepaald geval geschikt kan worden geacht om de schade te begroten, moet door het toepasselijke recht worden bepaald. Belangrijke overwegingen kunnen hierbij, naast de bewijsstandaard en de bewijslast overeenkomstig de toepasselijke rechtsvoorschriften, de beschikbaarheid van gegevens zijn, de kosten en de tijd die ermee gemoeid zijn en de evenredigheid ervan ten opzichte van de waarde van de betrokken schadeclaim. De in dit verband bedoelde kosten zijn mogelijk niet alleen de kosten die ontstaan wanneer de partij die de bewijslast draagt, de methode toepast, maar omvatten ook de kosten die de andere partij moet dragen om de argumenten te weerleggen, evenals de kosten voor het rechtstelsel wanneer de rechter de resultaten van de toegepaste methode beoordeelt, eventueel met de hulp van een door de rechtbank aangewezen deskundige. De kosten en de lasten voor een benadeelde partij en de evenredigheid daarvan kunnen met name relevant worden in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel¹⁰⁶. Bovendien

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Højesteret (Hoogste Deense Gerechtshof), arrest van 20 april 2005, zaak UFR 2005.217H (GT Linien A/S v De Danske Statsbaner DSB and Scandlines A/S).

¹⁰⁶ Zie punt 2 van deel 1, hoofdstuk 1.

kan de ingevolge het toepasselijke recht te nemen beslissing over de vraag of de in deze praktische gids beschreven methoden en technieken moeten worden gebruikt, en zo ja, welke, ook worden beïnvloed door de beschikbaarheid van ander bewijsmateriaal, zoals door de onderneming overgelegde documenten met betrekking tot de bedrijfsvoering waaruit blijkt dat een onrechtmatig overeengekomen prijsverhoging daadwerkelijk voor een bepaald bedrag ten uitvoer werd gelegd.

125. In een bepaald geval kan de toepassing van *verscheidene* methoden (bijvoorbeeld een vergelijking in de tijd en een vergelijking tussen geografische markten) worden overwogen, hetzij alternerend, hetzij afzonderlijk, hetzij cumulatief. Wanneer twee verschillende methoden vergelijkbare resultaten opleveren, kunnen deze bevindingen een rechtsstelsel ertoe brengen grotere bewijskracht, en eventueel een ondergrens, toe te kennen aan de schadebegroting die op deze methode gebaseerd is. Wanneer echter de toepassing van twee methoden schijnbaar tegengestelde resultaten oplevert (met name wanneer twee partijen in een geschil elk gebruik maken van een verschillende methode), is het gewoonlijk niet passend om het gemiddelde van de twee resultaten te nemen, en zou het evenmin passend zijn om te oordelen dat de tegengestelde resultaten elkaar wederzijds uitsluiten, zodanig dat beide methoden buiten beschouwing moeten worden gelaten. In een dergelijk scenario zou het beter zijn om na te gaan waarom de resultaten uiteenlopen, en de sterke en zwakke punten van elke methode en de toepassing ervan in het desbetreffende geval zorgvuldig te onderzoeken.

Deel 3 – Begroting van schade ten gevolge van een prijsstijging

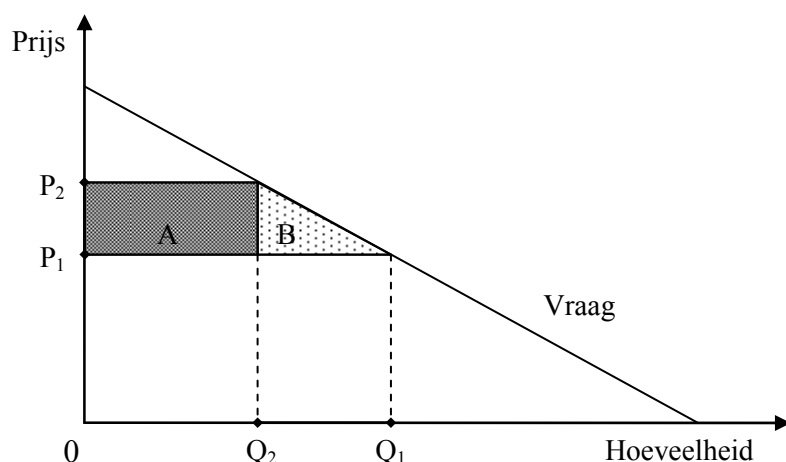
I. GEVOLGEN VAN INBREUKEN DIE TOT EEN PRIJSSTIJGING LEIDEN

126. Concurrentieverstorende gedragingen kunnen leiden tot een stijging van de prijzen die directe, en vaak ook indirecte afnemers¹⁰⁷ van de inbreukmakende ondernemingen voor het betrokken product betalen. Directe afnemers van de inbreukmakende ondernemingen zijn klanten die een product rechtstreeks bij een van de inbreukmakende ondernemingen kopen; indirecte afnemers zijn klanten die een product waarvoor de inbreuk gevolgen heeft, kopen bij die directe afnemers of bij andere indirecte afnemers.
127. Typische voorbeelden van inbreuken die aanleiding geven tot dergelijke verhogingen, zijn prijskartels of het hanteren van buitensporige prijzen door een onderneming met een machtspositie. Afnemers kunnen ook benadeeld worden door gedragingen die de productie beperken dan wel markten of klanten verdelen – verstoringen van de mededinging die op hun beurt meestal tot een prijsstijging leiden. Een ander soort schade doet zich voor wanneer inbreuken de marktpositie van concurrenten ongunstig beïnvloeden. De begroting van dat soort schade en de gevolgen ervan voor de afnemers komen aan de orde in deel 4.
128. Wanneer inbreuken leiden tot een prijsstijging voor de betrokken producten¹⁰⁸, kunnen in hoofdzaak twee soorten door de inbreuk veroorzaakte schade worden onderscheiden:
- (a) de schade die het gevolg is van het feit dat de directe en indirecte afnemers van de inbreukmakende ondernemingen voor elk product dat zij kopen, meer moeten betalen dan zonder de inbreuk (de "meerprijs"). Dit soort schade wordt verder besproken in hoofdstuk II; en
 - (b) de schade die voortvloeit uit het zogeheten "volume-effect", dat wordt veroorzaakt door het feit dat de verkoop van de betrokken producten als gevolg van de prijsstijging daalt. Dit soort schade wordt verder besproken in hoofdstuk III.

In de onderstaande figuur worden deze twee hoofdeffecten schematisch weergegeven:

¹⁰⁷ In bepaalde gevallen zullen ondernemingen die zelf geen inbreuk maken op de mededingingsregels hun prijzen verhogen, omdat de marktprijzen ten gevolge van de inbreuk zijn gestegen. Afnemers die bij dergelijke ondernemingen kopen, worden wel eens "umbrella customers" (paraplu-afnemers) genoemd. In hoeverre dergelijke afnemers schadevergoeding kunnen eisen van de inbreukmakende ondernemingen, hangt af van de toepasselijke rechtsvoorschriften.

¹⁰⁸ Voor andere soorten schade, zie punt 22 in deel 1, hoofdstuk III.



129. P_1 is de prijs die wordt berekend als de markt niet ongunstig wordt beïnvloed door een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU. Op een markt met volkomen concurrentie zal deze prijs gelijk zijn aan de kosten van de leverancier voor het produceren van een extra eenheid ("de marginale kosten"). Op veel markten bestaat in werkelijkheid geen volkomen concurrentie en liggen de prijzen zonder inbreuk boven het niveau van de marginale kosten. Bij prijs P_1 is Q_1 de hoeveelheid product die door de afnemers wordt gekocht.
130. P_2 is de hogere prijs die het gevolg is van een inbreuk die de prijs beïnvloedt. Dit leidt dan weer tot een daling van de vraag (Q_2), omdat sommige afnemers zullen oordelen dat de hogere prijs die zij moeten betalen, meer bedraagt dan de waarde die zij aan het bezit van het product of het genot van de dienst toekennen. Dit effect wordt het "volume-effect" of "hoeveelheidseffect" genoemd. De mate waarin een verhoging van de prijzen de vraag beïnvloedt, hangt af van de elasticiteit van de vraag. De vraagelasticiteit geeft aan met welk percentage de verkochte hoeveelheid product op een bepaalde markt varieert bij een prijsschommeling van één procent, gegeven een bepaald niveau van de vraag, en geeft een nuttige indicatie van de grootte van het volume-effect bij kleine prijsschommelingen.
131. Rechthoek A vertegenwoordigt de waarde die ten gevolge van de inbreuk overgaat van de afnemers naar de inbreukmakers: de afnemers die tegen de hogere prijs P_2 kopen, moeten meer geld overdragen aan de inbreukmakende onderneming(en) om het product te verkrijgen. Zij kunnen schadevergoeding eisen voor het feit dat zij meer hebben moeten betalen; in hoofdstuk II wordt toegelicht hoe die schade moet worden begroot.
132. Driehoek B vertegenwoordigt het volume-effect en dus de waarde die wordt gemist door degenen die het product tegen prijs P_1 zouden hebben gekocht, maar dit niet doen wanneer de prijs tot P_2 stijgt¹⁰⁹.
133. Sommige afnemers gebruiken het product voor hun eigen commerciële activiteiten – bijvoorbeeld om het door te verkopen of om er andere zaken mee te vervaardigen.

¹⁰⁹

Voor de economie in haar geheel vertegenwoordigt deze driehoek derhalve het verlies in waarde voor de afnemers door een vermindering van de productie: terwijl de meerprijs ongunstige gevolgen heeft voor de verdeling van de goederen in de economie, vertegenwoordigt driehoek B welvaart die ten gevolge van de inbreuk niet wordt gecreëerd. In de economische theorie wordt dit "deadweight loss" of welvaartsverlies genoemd.

Wanneer zij tegen prijs P_2 niet (of minder) inkopen, derven zij de winst die zij zouden hebben gemaakt als zij tegen prijs P_1 hadden kunnen kopen. Zij kunnen schadevergoeding eisen voor deze gederfde winst; in hoofdstuk III wordt beschreven hoe deze schade moet worden begroot. Andere afnemers zijn eindgebruikers. Als die niet kopen tegen prijs P_2 , betekent dit dat zij niet zullen kunnen genieten van deze producten of diensten, waarvoor zij wel bereid zouden zijn prijs P_1 te betalen¹¹⁰. De toepasselijke rechtsvoorschriften kunnen erin voorzien dat schade die bestaat in het gederfde genot van het product, geheel of gedeeltelijk moet worden vergoed. Op zijn minst moeten eindgebruikers die hogere kosten moeten dragen (bijvoorbeeld voor de aankoop van een vervangproduct) en die bijgevolg een reëel verlies hebben geleden¹¹¹, schadevergoeding kunnen krijgen.

134. In het voorafgaande is samengevat wat de belangrijkste gevolgen voor de markt zijn van inbreuken die tot *hogere* verkoopprijzen leiden. Inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU kunnen ook de vraagzijde treffen, en tot lagere aankooprijzen leiden van aan de inbreukmakers geleverde producten, bijvoorbeeld in het geval van een koperskartel of bij misbruik van een machtspositie door een dominante koper jegens zijn leveranciers. In dat geval zou het prijseffect bestaan in een "minderprijs" voor de leverancier van de inbreukmaker, en vaak tevens in een meerprijs voor de downstream-markten, d.w.z. voor de directe en indirecte afnemers van de inbreukmaker¹¹². De methoden die worden gebruikt voor het berekenen van de meerprijs, kunnen in beginsel eveneens worden gebruikt voor de berekening van de minderprijs, d.w.z. de lagere prijzen die door de leden van een koperskartel aan hun leveranciers worden betaald.
135. Dezelfde methoden kunnen in beginsel ook worden gebruikt¹¹³ wanneer er op het eerste gezicht geen sprake is van een meerprijs, omdat de inbreuk bedoeld was om de prijzen kunstmatig te stabiliseren gedurende een periode waarin de prijzen onder normale marktvoorwaarden (d.w.z. zonder inbreuk) zouden zijn gedaald. In het vervolg wordt de term "meerprijs" ook voor deze situaties gebruikt.

II. KWANTIFICERING VAN DE MEERPRIJS

136. Verschillende soorten inbreuken hebben direct of indirect meerprijzen ten gevolge. Schadevergoedingsacties wegens schending van de antitrustregels hebben vaak betrekking op meerprijzen die worden aangerekend door kartels; hierop wordt nader ingegaan in sectie A. De berekening van meerprijzen ten gevolge van andere soorten inbreuken wordt behandeld in sectie B.

¹¹⁰ Het is ook mogelijk dat afnemers bereid zouden zijn geweest een prijs te betalen die hoger was dan P_1 maar lager dan P_2 .

¹¹¹ Zie voor deze rechtsterm de gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, Manfredi, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 95.

¹¹² Om de inkooprijzen te doen dalen, zullen de leden van het kartel/dominante kopers met macht op de downstream-markt waarschijnlijk hun aankopen (input) terugschroeven en bijgevolg ook hun afzet (output) beperken en de downstream-prijzen doen stijgen.

¹¹³ Alleen de methode die gebaseerd is op een vergelijking van perioden zoals de "voor en tijdens"-vergelijking (d.w.z. waarbij de prijzen tijdens de inbreuk worden vergeleken met de prijzen vóór de inbreuk) zou uiteraard ongeschikt zijn, tenzij een regressieanalyse of eenvoudige correcties worden toegepast om rekening te houden met de factoren die onder normale marktvoorwaarden tot een prijsdaling zouden hebben geleid (zoals lagere kosten van grondstoffen).

A. *Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van kartels*

137. Om een schadeactie te onderbouwen moet – in het kader van de toepasselijke rechtsvoorschriften – een berekening worden gemaakt van de door de eiser(s) betaalde meerprijs. De gevolgen van kartels zijn onder de loep genomen in zowel economische als juridische studies; een aantal conclusies van deze studies wordt beschreven in subsectie 1.
138. Bij schadeacties is het wenselijk een onderscheid te maken tussen de initiële meerprijs die door de directe afnemer van de inbreukmakende onderneming wordt betaald (zie subsectie 2) en de eventuele schade die een dergelijke meerprijs berokkent aan indirecte afnemers op verschillende niveaus van de leveringsketen (subsectie 3).

(1) *Gevolgen van kartels*

139. Kartels zijn overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen, waarbij wordt gepoogd de mededingingsparameters te beïnvloeden met methoden zoals het vaststellen van aankoop- of verkoopprijzen dan wel andere verkoopvoorwaarden, het toewijzen van productie- of verkoopquota of het verdelen van markten (met inbegrip van manipulatie van aanbestedingsprocedures). Om vast te stellen of dergelijke gedragingen inbreuk maken op artikel 101 VWEU, is het niet nodig de concrete gevolgen ervan te berekenen, aangezien het doel van de kartelovereenkomst erin bestaat de mededinging te voorkomen, te beperken of te vervalsen¹¹⁴.
140. Inbreuk maken op de mededingingsregels stelt de leden van het kartel bloot aan het risico op ontdekking, waarna bij besluit een inbreuk kan worden vastgesteld en boetes kunnen worden opgelegd. Het feit dat ondernemingen zich niettemin met dergelijke illegale activiteiten bezighouden, wijst er op zichzelf reeds op dat zij daarvan aanzienlijke voordelen verwachten, en dus dat het kartel gevolgen zal hebben voor de markt en daarmee ook voor hun afnemers¹¹⁵.
141. In een door de Commissie opgezette studie is aan de hand van empirisch materiaal onderzoek gedaan naar het bestaan en de omvang van meerprijs effecten¹¹⁶. In die studie wordt gebruik gemaakt van een hele reeks bestaande empirische studies naar de gevolgen van kartels. Met name werd het staal van kartels dat in de meest omvangrijke bestaande studie was onderzocht, erin verfijnd door alleen kartels in aanmerking te nemen (a) die na 1960 waren opgezet (dus alleen de meer recente kartels), (b) waarvoor een raming van de gemiddelde aangerekende meerprijs voorhanden was (en niet alleen een raming van de hoogste of laagste meerprijs), (c) waarbij in de desbetreffende achtergrondstudie uitdrukkelijk de methode voor het berekenen van de gemiddelde geraamde meerprijs was beschreven, en (d) die in collegiaal getoetste academische artikelen of hoofdstukken in boeken werden besproken¹¹⁷. Hoewel voorzichtigheid geboden is bij de interpretatie van deze

¹¹⁴ Zie de arresten van het Gerecht in de gevoegde zaken T-25/95 enz., Cimenteries CBR /Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-491, punten 837, 1531 en 2589; zaak T-202/98, Tate & Lyle /Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-2035, punten 72-74; Mededeling van de Commissie: Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, VWEU, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97, punten 20-23.

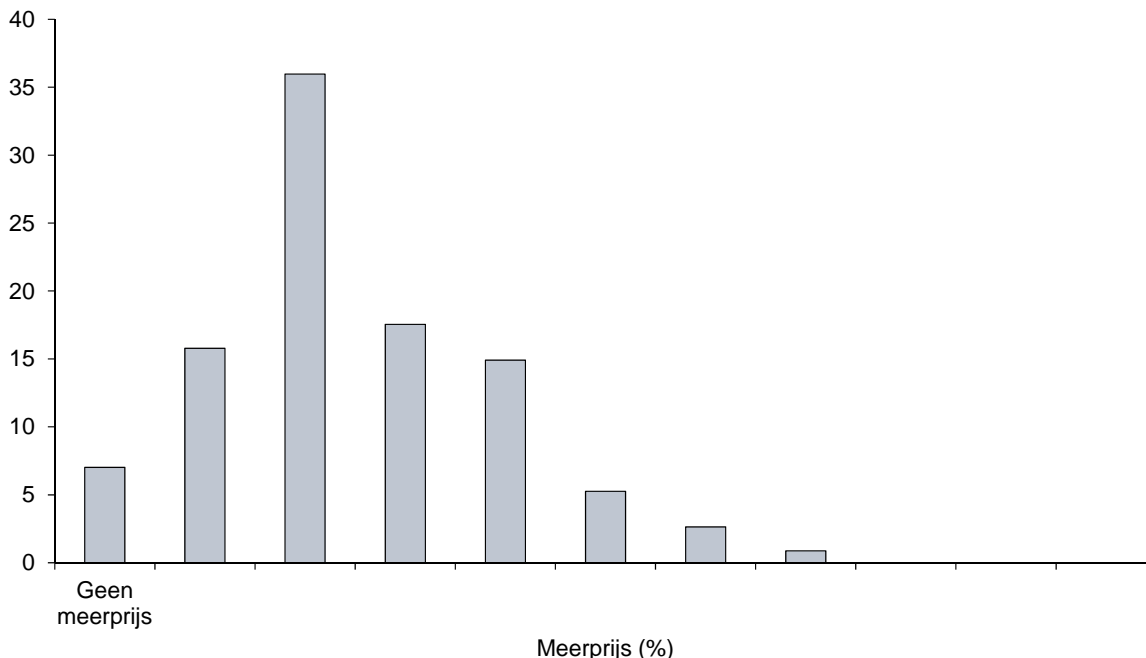
¹¹⁵ Zie ook de uitspraak van het Kammergericht Berlin (Gerechtshof Berlijn) van 1 oktober 2009 in zaak 2 U 10/03, waarin dit hof een vergelijkbare redenering ontwikkelt.

¹¹⁶ Zie de in opdracht van de Commissie opgestelde externe studie "Quantifying antitrust damages" (2009), blz. 88 e.v., te vinden op <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ In totaal zijn in de studie 114 kartels in aanmerking genomen, waarbij verschillende soorten collusie aan de orde komen, waaronder manipulatie van aanbestedingen. Het staal omvat internationale en nationale

resultaten¹¹⁸, biedt de door de Commissie opgezette studie stellig nuttige informatie over de gevolgen van kartels.

142. Op grond van de onderzochte gegevens kwam deze studie tot de bevinding dat kartels in 93% van de onderzochte gevallen wel degelijk tot een meerprijs leiden. Met betrekking tot de door het kartel aangerekende meerprijs kwamen uit de studie de volgende bevindingen naar voren:¹¹⁹



143. Volgens deze studie varieert de omvang van de vastgestelde meerprijs aanzienlijk (zelfs met een meerprijs tot 50% bij sommige kartels). Bij ongeveer 70 % van alle in deze studie onderzochte kartels is een meerprijs van 10 % tot 40 % vastgesteld. De gemiddelde meerprijs bij die kartels bedraagt ongeveer 20 %.
144. De conclusies van deze studie stroken met die van ander beschikbaar empirisch onderzoek, namelijk dat (a) een grote meerderheid van kartels wel degelijk een meerprijs ten gevolge heeft, en (b) de vastgestelde omvang van de meerprijs sterk varieert. Al die andere empirische studies komen overigens in grote lijnen tot een vergelijkbare raming van de omvang van de meerprijs, zoals hierboven beschreven¹²⁰.

kartels in de meest uiteenlopende sectoren. Geografisch bestrijken de onderzochte kartels zowel de VS en Canada als Europa en andere regio's.

¹¹⁸ Met name krijgen kartels die een effect hebben op de markt in empirische studies wellicht meer aandacht dan die welke geen effect hebben, hetgeen tot een vertekening in de resultaten kan leiden; zie de studie "Quantifying antitrust damages", blz. 89 (referentie in voetnoot 120), voor meer details over de interpretatie van het in die studie gebruikte gegevensmateriaal.

¹¹⁹ Studie "Quantifying antitrust damages", blz. 91 (referentie in voetnoot 115). De omvang van de meerprijs wordt uitgedrukt als een percentage van de werkelijke prijs. Dit betekent dat, als de werkelijke prijs (d.w.z. de prijs die wordt betaald, zoals die is beïnvloed door de inbreuk) 100 EUR bedraagt en de meerprijs 10 %, de prijs zonder de inbreuk wordt geacht 90 EUR te bedragen.

¹²⁰ Voor meer details en verwijzingen, zie de studie "Quantifying antitrust damages", blz. 89 e.v. (referentie in voetnoot 115).

145. Deze bevindingen betreffende de gevolgen van kartels komen niet in de plaats van de berekening van de specifieke schade die eisers in een bepaalde zaak hebben geleden. Nationale rechters hebben evenwel op grond van die empirische kennis aangenomen dat het waarschijnlijk is dat kartels doorgaans leiden tot een meerprijs en dat, hoe ouder en duurzamer een kartel is, hoe moeilijker een verweerder staande kan houden dat er in een concreet geval geen ongunstig effect op de prijs zou zijn geweest¹²¹. Dergelijke deducties zijn evenwel een zaak voor de nationale rechtsstelsels.

(2) De door de directe afnemer betaalde initiële meerprijs

146. Alle in deel 2 beschreven methoden en technieken kunnen in principe worden gebruikt om de initiële meerprijs te berekenen die door de directe afnemers van de inbreukmakende ondernemingen is betaald. Daarnaast kunnen ook andere soorten bewijsmateriaal (bijvoorbeeld een specifieke overeenkomst over de verhoging van prijzen, die in interne documenten terug is te vinden) waardevolle aanwijzingen geven betreffende de grootte van de meerprijs. Aangezien de initiële meerprijs een geldoverdracht inhoudt van de directe afnemer naar de inbreukmakende onderneming(en), kan alle informatie die mogelijk is beschikbaar is over de onrechtmatige winsten die de inbreukmakers behalen, ook dienen om deze meerprijs te berekenen¹²².
147. Om te illustreren hoe diverse methoden en technieken kunnen worden gebruikt om te ramen hoeveel de prijzen in een niet-inbreukscenario zouden bedragen, en op basis daarvan te bepalen wat de meerprijs is die de afnemers van de inbreukmakende ondernemingen hebben betaald, kan zeer wel het reeds in deel 2 beschreven geschematiseerde voorbeeld van een meelkartel worden gebruikt¹²³.

Het meelkartel

In dit voorbeeld wordt alle meel in een bepaalde lidstaat geproduceerd door vier meelproducenten (A, B, C en D). Deze fabrieken kopen graan bij diverse landbouwers, malen dit en voeren de vereiste behandelingen uit, verpakken het meel en verkopen het aan bakkers. Deze bakkers gebruiken het meel om brood te bakken, dat zij verkopen aan consumenten en aan supermarkten.

De nationale mededingingsautoriteit onderzoekt de markt omdat zij prijsafspraken vermoedt en voert in januari 2008 onaangekondigde inspecties uit in de lokalen van de meelproducenten. In juli 2010 stelt de mededingingsautoriteit een besluit vast waarin wordt bepaald dat de meelproducenten alle vier inbreuk hebben gemaakt op artikel 101 VWEU door in de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2007 deel te nemen aan één voortdurende inbreuk met betrekking tot de productie van meel, welke inbreuk het gehele grondgebied van de lidstaat bestreek en bestond in prijsbinding.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld Bundesgerichtshof (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 28 juni 2005, zaak nr. KRB 2/05 (Vervoerbaar beton) (in verband met de vaststelling van de door leden van het kartel onrechtmatig verkregen baten met het oog op de berekening van een geldboete).

¹²² Zie ook artikel 33(3)(3) van de Duitse wet tegen mededingingsbeperkingen (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), waarin is bepaald dat het gedeelte van de winst dat de inbreukmakende onderneming heeft behaald dankzij de inbreuk, in aanmerking mag worden genomen bij het ramen van de schade.

¹²³ Elke gelijkenis tussen dit fictieve voorbeeld en reële gebeurtenissen berust op louter toeval; het voorbeeld mag niet worden begrepen als een weergave van het standpunt van de Commissie ten aanzien van welke concrete onderneming of sector ook, of ten aanzien van de marktafbakening in een bepaalde sector.

Een bakkersbedrijf dat meel heeft gekocht bij een van de meelproducenten (producent A), vordert van deze onderneming vergoeding van de ten gevolge van de inbreuk op artikel 101 VWEU geleden schade¹²⁴. Het bakkersbedrijf stelt dat de inbreuk heeft geleid tot een stijging van de meelprijzen en eist schadevergoeding voor de op alle aankopen in 2005, 2006 en 2007 betaalde meerprijs.

148. Het bakkersbedrijf is een directe afnemer van één van de inbreukmakende ondernemingen. Indien de inbreuk tot hogere prijzen heeft geleid, heeft het bakkersbedrijf een meerprijs betaald op elke eenheid meel die het heeft gekocht gedurende de periode waarin de prijs door de inbreuk was beïnvloed. Door toepassing van de beschreven methoden en technieken kan een raming worden gemaakt van de prijs die het bakkersbedrijf zonder de inbreuk voor het meel zou hebben betaald. Door die niet-inbreukprijs af te trekken van de daadwerkelijk door het bakkersbedrijf betaalde prijs kan de door het kartel veroorzaakte meerprijs per aangekochte eenheid worden bepaald. Dat cijfer moet worden vermenigvuldigd met het aantal door het bakkersbedrijf gekochte eenheden om het daadwerkelijke directe verlies ten gevolge van de meerprijs te verkrijgen (aangenomen dat zich tijdens de inbreukperiode geen significante wijzigingen hebben voorgedaan in de meerprijs). Voor de raming van de door het bakkersbedrijf betaalde meerprijs in het onderhavige voorbeeld zullen ter illustratie op vergelijking gebaseerde methoden worden gebruikt, daar die in de praktijk het vaakst worden toegepast en vaak bruikbare resultaten opleveren bij het berekenen van de initiële meerprijs.
- a. Vergelijking in de tijd*
149. In het onderhavige voorbeeld heeft het bakkersbedrijf dat de vordering instelt, zowel vóór, tijdens als na de periode waarvoor de nationale mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld, meel gekocht bij producent A. Om, zoals hierboven beschreven, de vóór en na de inbreuk daadwerkelijk betaalde prijzen te kunnen gebruiken om de prijzen te reconstrueren zoals die zonder de inbreuk zouden zijn geweest, moet eerst worden bepaald welke prijzen door de inbreuk zijn beïnvloed en welke niet. Dit betekent dat moet worden uitgezocht vanaf welk ogenblik de kartelinbreuk effect begon te hebben op de meelmarkt en op welk ogenblik dat effect ten einde is gekomen.
150. In het onderhavige geval heeft de nationale mededingingsautoriteit de duur van de inbreuk vastgesteld. In het besluit worden zelfs bewijsstukken aangehaald waaruit blijkt dat de meelproducenten in januari 2005 bijeen zijn gekomen om de prijzen te bespreken en daarna maandelijks zijn blijven bijeenkomen om hun prijsafspraken bij te stellen. In december 2007 vond de laatste bijeenkomst plaats. De autoriteit heeft geen bewijs dat er na de inspecties die zij in januari 2008 uitvoerde, nog bijeenkomsten hebben plaatsgevonden. In eerste instantie lijken de prijzen vóór januari 2005 en na december 2007 bijgevolg de geschikte elementen te zijn om een vergelijking in de tijd op te baseren. Zoals beschreven in deel 2 moet evenwel nader worden onderzocht in welke mate die cijfers bruikbaar zijn om als vergelijkingspunt te worden gebruikt.
151. Zoals reeds vermeld, is het mogelijk dat in het besluit van een mededingingsautoriteit de vastgestelde duur van een inbreuk wordt beperkt tot de periode waarvoor de

¹²⁴ Het is goed mogelijk dat het nationale recht voorziet in de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle leden van het kartel voor alle door het kartel veroorzaakte schade. In het onderhavige voorbeeld speelt dit geen rol.

autoriteit over hard bewijsmateriaal beschikt, terwijl wordt aangegeven dat de inbreuk wellicht langer heeft geduurd¹²⁵. In dat geval is het wellicht beter geen gebruik te maken van de prijsgegevens voor de periode waarvoor de inbreuk mogelijk gevolgen heeft gehad (en die dus mogelijk een meerprijs omvatten), al kunnen deze gegevens wel worden gebruikt om een ondergrens voor de raming van het schadebedrag aan te geven, d.w.z. een veilige raming van de schade die op zijn minst is geleden.

152. Voorts kan de duur van de kartelinbreuk verschillen van de duur van de periode waarin de inbreuk gevolgen heeft gehad: de meelproducenten hebben inbreuk gemaakt op artikel 101 VWEU door een concurrentieverstorende overeenkomst te sluiten. Om te bepalen van welke van de geconstateerde prijzen mag worden aangenomen dat de inbreuk er geen invloed op heeft gehad, moet worden gekeken naar de periode waarin de overeenkomst gevolgen heeft gehad, en niet naar het tijdstip waarop ze is gesloten. Indien kan worden aangetoond dat de ondernemingen in januari 2005 voor het eerst zijn bijeengekomen, maar dat hun overeenkomst vanaf maart 2005 ten uitvoer is gelegd, waren de prijzen vóór maart 2005 wellicht nog niet beïnvloed door de inbreuk.
153. Wat betreft de bruikbaarheid van prijzen die na beëindiging van de inbreuk zijn geconstateerd, moet er rekening mee worden gehouden dat het kartel ook nadat de leden hun door artikel 101 VWEU verboden samenwerking hebben stopgezet, mogelijk nog gevolgen voor de markt heeft gehad¹²⁶. Dit kan met name het geval zijn op oligopolistische markten, waarop de dankzij het kartel verzamelde informatie de leden van het kartel wellicht in staat stelt om op duurzame wijze – na de beëindiging van de kartelinbreuk – een gedragslijn te volgen die erop gericht is te verkopen tegen een hogere prijs dan de prijs die waarschijnlijk zonder kartelinbreuk zou gelden, zonder dat zij zich nog bezondigen aan het soort gedragingen dat door artikel 101 VWEU is verboden¹²⁷. Het is ook mogelijk dat voormalige leden van het kartel na beëindiging daarvan hun toevlucht nemen tot een ander soort inbreuk op de mededingingsregels die de prijzen voor hun afnemers doet stijgen. In dergelijke gevallen zou een vergelijking in de tijd op grond van de na de beëindiging van de inbreuk opgetekende prijzen kunnen leiden tot een onderschatting van de door de afnemers van de inbreukmakers betaalde meerprijs, aangezien de prijzen na de inbreukperiode wellicht nog steeds beïnvloed zijn door een inbreuk. Terwijl in het onderhavige voorbeeld het bakkersbedrijf dat de vordering instelt, redenen heeft om aan te nemen dat zulks het geval zou kunnen zijn voor de in 2008 en later betaalde prijzen, kon het die prijzen in zijn vordering uitsluitend voor het bepalen van de ondergrens van de door de meerprijs geleden schade gebruiken.
154. In het onderhavige voorbeeld is het bakkersbedrijf van oordeel dat de prijzen van vóór de inbreuk geschikt zijn om de waarschijnlijke hypothetische prijs te ramen. Als het bakkersbedrijf inbreuk- en niet-inbreukprijzen zoals die zijn opgetekend met elkaar vergelijkt, gaat het er impliciet van uit dat het hele verschil tussen de in de niet-inbreukjaren 2003 en 2004 betaalde prijzen en de in de inbreukjaren 2005, 2006 en 2007 betaalde prijzen toe te schrijven is aan de inbreuk. Het is evenwel mogelijk

¹²⁵ Zie punt 43 in deel 2, hoofdstuk II.

¹²⁶ Zie ook punt 44 in deel 2, hoofdstuk II.

¹²⁷ Voor meer informatie over de wijze waarop dergelijke "gecoördineerde effecten" functioneren, 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, blz. 5, punt 39.

dat andere oorzaken dan de inbreuk tijdens de inbreukperiode een significante invloed hebben gehad op de prijsontwikkeling. Schommelingen in de graanprijzen, bijvoorbeeld, zouden mede het prijsverloop kunnen hebben bepaald. De invloed ervan zou met behulp van de in deel 2, hoofdstuk II B, beschreven technieken kunnen worden achterhaald. Wanneer significante andere invloeden kunnen worden aangewezen en de prijsgegevens voor het effect ervan worden gecorrigeerd, wint de stelling dat het resterende verschil tussen de prijzen in de niet-inbreukperiodes en die in de inbreukperiodes aan de inbreuk te wijten is, aan geloofwaardigheid¹²⁸. De omstandigheden waarin dergelijke correcties van eisers of verweerders zouden worden verlangd, zijn afhankelijk van de regels die in het toepasselijke recht gelden.

b. Andere op vergelijking gebaseerde methoden

155. Naast vergelijking in de tijd kunnen ook andere op vergelijking gebaseerde methoden, als beschreven in deel 2, bruikbaar zijn bij het berekenen van het bedrag van de initiële meerprijs die door de rechtstreekse afnemers wordt betaald. In het voorbeeld van het meelkartel zou het bakkersbedrijf dat een vordering instelt, ook kunnen kiezen voor een vergelijking met de prijzen op een andere geografische markt of een andere productmarkt, om aan te tonen hoeveel de prijzen op zijn eigen markt waarschijnlijk zouden hebben bedragen zonder de inbreuk.
156. Een mogelijkheid zou kunnen bestaan in een vergelijking met de prijzen die zijn geconstateerd op een andere geografische meelmarkt. In de veronderstelling dat het hierboven beschreven meelkartel een nationale markt bestreek, zouden de prijzen in een andere lidstaat kunnen worden gebruikt om de niet-inbreukprijs te bepalen. Bij markten die een subnationale regio bestrijken, zouden de verkoopprijzen voor meel op een andere regionale markt een geschikt referentiepunt kunnen zijn.
157. Om een bruikbare indicator te zijn voor de prijzen in het niet-inbreukscenario, mogen de vergelijkingsprijzen zelf niet beïnvloed zijn door dezelfde of een soortgelijke inbreuk op de mededingingsregels. Indien in het voorbeeld van het meelkartel prijzen van een naburige geografische markt worden gebruikt, en er zijn aanwijzingen dat de concurrentieverstorende overeenkomst ook die naburige markt bestreek, dan zou het gebruik van de prijzen op die markt leiden tot een onderschatting van de meerprijs. Bij naburige markten kan de inbreuk op de ene markt overigens ook een invloed hebben gehad op de naburige markt (bijvoorbeeld door een stijging van de vraag op de markt waarop geen inbreuk plaatsvond), zodat de prijzen op die markt wellicht evenmin de niet-inbreukprijzen weergeven.
158. Wanneer de vergelijkingsmarkt niet dezelfde marktkenmerken heeft, kunnen uit de prijzen op die markt wellicht evenmin de prijzen worden afgeleid zoals ze zonder de inbreuk zouden zijn geweest. In het onderhavige voorbeeld wordt de markt waarop de inbreuk plaatsvindt, bevoorraad door vier meelproducenten. Indien bijvoorbeeld kan worden aangetoond dat er vóór de aanvang van de inbreukmakende gedragingen een felle concurrentie bestond, zouden de prijzen op een naburige markt die wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van een dominante meelproducent, wellicht geen

¹²⁸

Dit laat de toepassing van nationale regels onverlet: zowel regels die de eiser toestaan in eerste instantie uit te gaan van een elementaire, niet-gecorrigeerde vergelijking tussen de prijzen in inbreuk- en niet-inbreukperiodes, als regels betreffende de te vervullen nationale wettelijke verplichtingen inzake presentatie van de feiten en bewijsvoering ("fact pleading") (inzonderheid wanneer een rechter volgens het nationale recht de schadevergoeding kan vaststellen op basis van een benaderende raming dan wel naar billijkheid). Ook de regels inzake de bewijsstandaard en de bewijslast blijven onverlet.

adequate aanwijzing vormen voor de prijzen zoals die zonder het kartel zouden zijn geweest; ze zouden alleen kunnen worden gebruikt om de ondergrens te ramen.

159. Indien het bakkersbedrijf dat de vordering instelt, prijzen van een andere geografische markt gebruikt in de vorm waarin die zijn opgetekend, gaat het er impliciet van uit dat het resterende verschil tussen de werkelijk aan de inbreukmakers betaalde prijzen en de prijzen op de vergelijkingsmarkt te wijten is aan de inbreuk. Afhankelijk van de omstandigheden van de zaak en van de regels die het toepasselijke recht oplegt, kunnen de in deel 2, hoofdstuk II B, beschreven technieken worden gebruikt om eventuele andere invloeden op de prijzen op te sporen en in aanmerking te nemen.
160. Een andere mogelijke methode om de niet-inbreukprijs te ramen, is een vergelijking met de prijzen die worden waargenomen op andere productmarkten. In het geval van meel zal het echter misschien niet gemakkelijk zijn een voldoende gelijksoortige markt te vinden waarop dezelfde of een soortgelijke inbreuk zich niet voordoet.

(3) Doorberekening van meerprijzen

161. Directe afnemers van de inbreukmakende ondernemingen die een door het kartel veroorzaakte meerprijs betalen, verkopen de betrokken producten mogelijk door (of gebruiken ze als input voor hun eigen productie van andere goederen of diensten). In het hierboven besproken voorbeeld van het meelkartel zijn de bakkersbedrijven de directe afnemers van de inbreukmakende ondernemingen; zij gebruiken het gekochte meel om brood te bakken, dat zij vervolgens rechtstreeks aan eindgebruikers of aan supermarkten verkopen. Deze directe afnemers (bakkersbedrijven) hebben als reactie op de prijsverhoging waarmee zij te maken kregen, wellicht de prijzen van hun eigen goederen en diensten (het brood dat zij verkopen) verhoogd, en zo de initiële meerprijs geheel of gedeeltelijk doorberekend aan hun eigen afnemers (de consumenten of de supermarkten). Hetzelfde doet zich voor bij *indirecte* afnemers (bijvoorbeeld, in het onderhavige voorbeeld, de supermarkten), die zelf in hun betrekkingen met hun eigen klanten de verkoopprijzen verhogen en zo een meerprijs doorberekenen die eerst aan hen was doorberekend.
162. Die doorberekening van meerprijzen zorgt doorgaans voor een volume-effect: zoals beschreven in punt 128 e.v. leidt een prijsverhoging doorgaans tot een vermindering van de vraag. In het voorbeeld van het meelkartel kan het bakkersbedrijf de negatieve financiële gevolgen van de meerprijs voor zichzelf beperken door die via een prijsverhoging van het brood door te berekenen aan de supermarkten en de eindgebruikers, maar dit zal ten koste gaan van de vraag¹²⁹. Deze daling van de vraag betekent voor het bakkersbedrijf minder verkoop en een derving van winst – een schade die eveneens wordt veroorzaakt door de inbreuk en die moet worden vergoed (zie hoofdstuk III).
163. De prijsverhoging ten gevolge van de doorberekening en de omzetsdaling zijn bijgevolg intrinsiek met elkaar verbonden. De doorberekening en de volume-effecten worden namelijk bepaald door dezelfde factoren, met name de elasticiteit van de vraag van de downstreamafnemers. De marktvoorwaarden met betrekking tot de downstreamvraag beïnvloeden namelijk zowel de verkoopprijs als de

¹²⁹ Dit verband tussen de doorberekening van een meerprijs door een onderneming en haar eigen omzet is in een andere context ook door het Hof van Justitie onderstreept in zaak C-147/01, *Weber's Wine World*, Jurispr. 2003, blz. I-11365, punten 98-99: "Zelfs in het geval dat de heffing ...geheel of gedeeltelijk op derden is afgewenteld... zou de belastingplichtige namelijk een financieel nadeel kunnen lijden als gevolg van een dalende verkoop".

overeenkomstige verkoopvolumes waarbij het bakkersbedrijf zijn winst maximaliseert.

164. Wanneer in het kader van een schadeactie wegens schending van de antitrustregels compensatie van de meerprijs wordt gevorderd, kan de doorberekening van de meerprijs in twee soorten situaties belangrijk worden:

- (c) In een actie die door de directe afnemer wordt ingesteld om vergoeding te eisen voor de initiële meerprijs die hij heeft betaald (in het onderhavige voorbeeld de vordering van het bakkersbedrijf tegen meelproducent A), zou de inbreukmakende karteldeelnemer als verweer kunnen aanvoeren dat de directe afnemer eigenlijk niet behoeft te worden vergoed voor enige schade door de meerprijs, aangezien hij zijn prijzen heeft verhoogd en dus de meerprijs heeft doorberekend. Dit wordt doorgaans de "passing-on defence" genoemd. Doorberekening door de afnemer kan, zoals gezegd, voor hem een omzetverlies en bijgevolg winstderving ten gevolge hebben.
- (d) Ook bij een actie die door een indirecte afnemer tegen de inbreukmaker wordt ingesteld (bijvoorbeeld een supermarkt of een consument die brood heeft gekocht bij het bakkersbedrijf en die een vordering instelt tegen de meelproducenten) is de doorberekening een bepalende factor. De indirecte afnemer kan immers alleen compensatie eisen voor een meerprijs als de door de directe afnemer betaalde initiële meerprijs geheel of gedeeltelijk aan hem is doorberekend. Dit kan van belang zijn voor eisers in verschillende stadia van de leveringsketen, tot en met de eindverbruikers.

165. Met betrekking tot de mogelijkheid om een beroep te doen op de passing-on defence en de bewijslast in dit verband verschillen de wettelijke regels¹³⁰. De economische inzichten betreffende de vaststelling van de omvang van de doorberekening in de punten 168 e.v. kunnen van nut zijn ongeacht de strekking van die regels.

166. In beide bovengenoemde situaties kunnen eisers en verweerders twee verschillende benaderingen volgen om hun bewering dat de meerprijs aan de indirecte afnemer is doorberekend, te staven: zij kunnen

- (e) de initiële meerprijs berekenen en vaststellen in welke mate die aan de indirecte afnemer is doorberekend, mogelijk in verschillende stadia van de leveringsketen, daarbij gebruik makend van de eerder beschreven econometrische technieken, of
- (f) de eerder beschreven methoden en technieken aanwenden om vast te stellen of de indirecte afnemer een meerprijs heeft betaald. Deze tweede aanpak zal vaak eenvoudiger te realiseren zijn.

167. Wanneer bijvoorbeeld een indirecte afnemer een vordering instelt ter compensatie van een door een kartel veroorzaakte meerprijs, kan die indirecte afnemer ofwel aantonen dat er een initiële meerprijs was en dat die aan hem is doorberekend¹³¹,

¹³⁰ Zie het witboek van de Commissie betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (COM(2008) 165 definitief van 2.4.2008), waarin beleidsvoorstellen zijn opgenomen betreffende de wijze waarop bij schadeacties in antitrustzaken rekening moet worden gehouden met doorberekening.

¹³¹ Wanneer de indirecte afnemer zijn vordering staft door te verwijzen naar een doorberekeningsratio en de inbreuk betrekking heeft op een kostenfactor die gering is in verhouding tot de totale kostprijs van het product, kan de doorberekeningsratio voor andere, belangrijkere kostenfactoren die waarschijnlijk gemakkelijker te ramen zijn, wellicht een nuttige indicator zijn.

ofwel de aan zijn stadium in de leveringsketen doorberekende meerprijs berekenen op dezelfde wijze als een directe afnemer de initiële meerprijs zou berekenen, namelijk door de prijs die hij werkelijk heeft betaald, te vergelijken met de vermoedelijke prijs in een niet-inbreukscenario: op vergelijking gebaseerde methoden kunnen bijvoorbeeld nuttige aanwijzingen verschaffen over de door de indirecte afnemers betaalde prijzen, zonder dat de mate van doorberekening hoeft te worden vastgesteld. Uit een vergelijking in de tijd voor de prijzen die de indirecte afnemer vóór en tijdens de inbreuk betaalt, kan bijvoorbeeld worden opgemaakt hoeveel die prijzen ten gevolge van de inbreuk zijn gestegen, zonder dat de mate van doorberekening hoeft te worden vastgesteld.

168. Het is niet mogelijk een standaard doorberekeningspercentage te bepalen dat in de meeste situaties zou gelden. Integendeel, alle kenmerken van de betrokken markt zullen zorgvuldig moeten worden onderzocht om het doorberekeningspercentage vast te stellen. In een concrete zaak hangt het van een hele reeks verschillende factoren af of en in welke mate er sprake is van doorberekening, en dit kan derhalve slechts worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden op de betrokken markt.
169. Wanneer de directe afnemer van de inbreukmakende ondernemingen de kartelgoederen gebruikt om op een downstreammarkt te concurreren, zal de directe afnemer deze kostenstijging doorgaans niet (of slechts in zeer beperkte mate) kunnen doorberekenen als zijn eigen concurrenten op die downstreammarkt niet te maken krijgen met dezelfde of een soortgelijke meerprijs (bijvoorbeeld wanneer deze hun input betrekken van een markt die niet wordt beïnvloed door het kartel). In het voorbeeld van het meelkartel concurreert het bakkersbedrijf dat de vordering instelt, met andere bakkersbedrijven op het gebied van de productie en de levering van brood. Voor zover die andere bakkersbedrijven hun meel niet betrekken van de leden van het kartel, maar het elders tegen een lagere prijs kunnen inkopen, verkeert het bakkersbedrijf dat bij het kartel moet kopen, in een nadelige concurrentiepositie ten opzichte van zijn eigen concurrenten, wat het onmogelijk maakt de extra kosten van de meerprijs door te berekenen.
170. Wanneer alle ondernemingen op de betrokken downstreammarkt producten van het kartel moeten kopen en dus op dezelfde wijze zijn blootgesteld aan de directe meerprijs, zal de directe afnemer waarschijnlijk minstens een deel van die meerprijs kunnen doorberekenen. De mate waarin die doorberekening mogelijk is, hangt mede af van de intensiteit van de concurrentie op de downstreammarkt: als er op de downstreammarkt volkomen concurrentie heerst, zal het doorberekeningspercentage nagenoeg 100 % bedragen. Dit is een direct gevolg van het feit dat in een volmaakt concurrerende markt de prijs gelijk is aan de marginale kosten en een verhoging van de inputprijzen bijgevolg rechtstreeks leidt tot een gelijke verhoging van de kost- en outputprijs. Op markten die niet volmaakt concurrerend zijn, zullen de betrokken bedrijven waarschijnlijk minstens een deel van de meerprijs doorberekenen, maar niet noodzakelijk 100 %. Indien de directe afnemer bijvoorbeeld een monopolie heeft op de downstreammarkt, zal hij de meerprijs in zodanige mate doorberekenen dat hij uitkomt op een prijs die hem winstmaximalisatie oplevert, gelet op de daling van de vraag die de doorberekening van de meerprijs waarschijnlijk zal meebrengen¹³².

¹³²

De exacte mate van doorberekening zal afhangen van de vraag waaraan de directe afnemer moet voldoen, en van zijn kostenstructuur. Bijvoorbeeld in het eenvoudige geval van een monopoliehouder die te maken heeft met een lineaire vraag (wat betekent dat de verhouding tussen kwaliteit en prijs kan

171. De overige kenmerken die eveneens een invloed kunnen hebben op de mate waarin in dergelijke situaties wordt doorberekend (bij overigens gelijke omstandigheden), zijn onder meer:

- de prijselasticiteit van de vraag en de vraag of afnemers meer of minder prijsgevoelig worden naarmate de prijs toeneemt. Met name is de kans op doorberekening doorgaans groter indien de afnemers niet gemakkelijk op andere producten overschakelen als de prijs stijgt (inelastische vraag) en indien de afnemers minder gevoelig worden voor prijsstijgingen als prijzen hoger zijn;
- De mate waarin wijzigingen in de output de marginale kosten beïnvloeden. Zo zal een aanzienlijke mate van doorberekening minder waarschijnlijk zijn als de marginale kosten significant dalen bij een vermindering van de output, omdat de geringere output goedkoper zou kunnen worden geproduceerd (bv. bij capaciteitsbeperkingen). Omgekeerd is een aanzienlijke mate van doorberekening waarschijnlijker als de marginale kosten niet significant dalen bij een vermindering van de output (bv. bij ontstentenis van capaciteitsbeperkingen).
- De invloed van de inbreuk op verschillende soorten kosten. Wanneer de inbreuk invloed heeft op de variabele kosten, is doorberekening waarschijnlijker dan wanneer het effect zich in de vaste kosten doet gevoelen;
- De duur van de inbreuk en de intensiteit van het handelsverkeer. Wanneer inbreuken lang duren, is de kans groter dat een zekere mate van doorberekening plaatsvindt; hetzelfde geldt voor sectoren waarin het handelsverkeer intens is en prijsaanpassingen frequent voorkomen.

B. *Kwantificering van meerprijzen ten gevolge van andere soorten inbreuken die leiden tot benadeling in de vorm van meerprijzen*

172. Kartels vormen slechts één van de inbreuken die leiden tot een stijging van de prijzen voor de afnemers van de inbreukmakende ondernemingen en dus tot een meerprijs die hen benadeelt (of, in het geval van inbreuken die betrekking hebben op de toelevering aan de inbreukmakende ondernemingen, tot een "minderprijs"). Andere voorbeelden van gedrag dat kan leiden tot een benadeling in de vorm van meerprijzen, zijn inbreuken op artikel 101 VWEU in de vorm van bepaalde mededingingsbeperkende joint ventures en het onrechtmatig aanrekenen van buitensporige prijzen door een onderneming met een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU.

173. Een gemeenschappelijk kenmerk van deze inbreuken is dat ze de inbreukmakende onderneming(en) direct of indirect in de gelegenheid stellen de prijzen voor hun afnemers te verhogen¹³³. De betaling van die meerprijs leidt op zijn beurt tot een vermindering van de vraag en bijgevolg tot een volume-effect zoals hierboven beschreven.

174. De methoden en technieken waarvan de toepassing in het geval van een meerprijs ten gevolge van een kartel hierboven is beschreven¹³⁴, kunnen eveneens worden gebruikt om de schade die voortvloeit uit een door andere inbreuken veroorzaakte meerprijs te

worden weergegeven met een rechte lijn) en constante marginale kosten, zal 50 % van de directe meerprijs worden doorberekend.

¹³³ Of, indien de inbreuk betrekking heeft op de toelevering aan de inbreukmakende ondernemingen, de prijs die de betrokken leveranciers van hun afnemers krijgen, te verlagen.

¹³⁴ Zie punt 149 e.v., en punt 155 e.v.

berekenen. Het uitgangspunt is de vraag wat de situatie van de eiser zou zijn geweest indien de betrokken specifieke inbreuk niet had plaatsgevonden.

III. BEGROTING VAN SCHADE TEN GEVOLGE VAN HET VOLUME-EFFECT

175. Een prijsstijging voor een bepaald product leidt tot een daling van de vraag. De mate waarin de prijzen stijgen en de hoeveelheden verminderen als gevolg van een inbreuk, hangt af van dezelfde kosten- en vraagparameters en wordt gezamenlijk vastgesteld. Meerprijs en volume-effect zijn derhalve intrinsiek met elkaar verbonden.
176. Bij aanrekening van een meerprijs aan een doorverkoper (zoals besproken in punt 161 e.v.) hangt het volume-effect ook nauw samen met het doorberekenen van meerprijzen over de hele leveringsketen aan de eindgebruiker: wanneer een afnemer van de inbreukmakende ondernemingen de meerprijs niet doorberekent en die dus volledig voor zijn rekening neemt, zal zijn omzet niet dalen ten gevolge van de inbreuk, aangezien zijn afnemers geen door de inbreuk veroorzaakte prijsstijging ondervinden. Wanneer de meerprijs evenwel geheel of gedeeltelijk aan de eindafnemer wordt doorberekend, zal deze afnemer worden geconfronteerd met de in punt 128 beschreven prijsstijging en zal hij zijn vraag verminderen. Dit zal op zijn beurt de upstreamvraag in de leveringsketen doen teruglopen.
177. Voor de directe en indirecte afnemers van de inbreukmakende ondernemingen die het betrokken product gebruiken voor hun eigen commerciële activiteiten, betekent deze daling van de vraag (volume-effect), zoals eerder uiteengezet, dat zij ten gevolge van de inbreuk minder verkopen en bijgevolg de winst derven die zij zouden hebben gemaakt op de eenheden die zij vanwege dit effect niet hebben verkocht. Deze winstderving is schade waarvoor schadevergoeding kan worden toegekend¹³⁵, en in principe kunnen de in deel 2 beschreven methoden en technieken worden gebruikt om deze te begroten¹³⁶.
178. In het bijzonder de op vergelijking gebaseerde methoden en technieken, waarvan de toepassing op de berekening van de initiële meerprijs die door de directe afnemer wordt betaald, eerder is besproken, kunnen de eiser nuttige inzichten verschaffen met het oog op het bepalen van de daling van zijn omzet en winst. Zo kan bijvoorbeeld een vergelijking in de tijd of tussen markten worden gebruikt om het verkoopvolume in het niet-inbreukscenario te reconstrueren, d.w.z. te bepalen hoeveel eenheden de eiser zonder de inbreuk had kunnen verkopen. De toepassing van deze methoden en technieken kan tevens dienen voor het vaststellen van de hypothetische winstmarge in een niet-inbreukscenario. In sommige gevallen kan een rechterlijke instantie wellicht aanvaarden dat deze methoden in een vereenvoudigde vorm worden gebruikt, bijvoorbeeld door een gemiddelde winstmarge per transactie vast te stellen en het resultaat vervolgens te vermenigvuldigen met het aantal eenheden dat ten gevolge van de inbreuk niet werd verkocht¹³⁷.
179. Winstderving is een vorm van schade die vaak in verband wordt gebracht met inbreuken die leiden tot het uitsluiten van concurrenten uit de markt. In deel 4 van de praktische gids wordt de begroting van dat soort schade nader besproken. De in dat

¹³⁵ Arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 95.

¹³⁶ Behalve de op de kosten gebaseerde methode.

¹³⁷ Zie ook punt 191.

deel uiteengezette inzichten kunnen ook relevant zijn voor de berekening van de ten gevolge van een prijsstijging gedeerde winst.

DEEL 4 — Begroting van schade ten gevolge van uitsluitingsgedrag

I. GEVOLGEN VAN UITSLUITINGSGEDRAG

180. Inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU kunnen ertoe leiden dat concurrenten volledig worden uitgesloten van een markt of dat hun marktaandeel wordt beperkt. Dergelijke gevolgen van inbreuken voor concurrenten worden doorgaans aangemerkt als "marktafsluiting". Voorbeelden van dergelijk gedrag zijn het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie in de vorm van bijvoorbeeld roofprijzen, exclusief-verkeersregelingen, weigering tot levering, koppelverkoop, bundeling of margin squeeze¹³⁸. Deze vormen van misbruik worden "uitsluitingsgedrag" genoemd. Het uit de markt stoten van een concurrent kan ook het doel of het gevolg zijn van een door artikel 101 VWEU verboden gedraging. Het begrip "uitsluitingsgedrag" dekt derhalve zowel inbreuken op artikel 101 als inbreuken op artikel 102 VWEU.
181. Door uitsluitingsgedrag in strijd met de mededingingsregels van het Verdrag verstoren de inbreukmakers de concurrentie om hun positie op de markt te verbeteren of kunstmatig te handhaven. Dit heeft rechtstreeks gevolgen voor hun concurrenten doordat die hun positie op de markt zien verslechteren, van de markt worden verdreven of worden verhinderd de markt te betreden. Uitsluitingsgedrag kan gevolgen hebben voor de door een concurrent gedragen kosten, voor de prijs die hij voor zijn producten kan krijgen, of voor de hoeveelheden die hij kan produceren en verkopen. Doorgaans leidt dit tot winstderving voor de betrokken concurrenten.
182. Doordat de marktpositie van concurrenten, en bijgevolg ook het concurrentieniveau op de markt, op onrechtmatige wijze wordt aangetast, leidt dergelijk gedrag daarenboven tot schade voor de afnemers in de vorm van hogere prijzen of minder keuze, kwaliteit of innovatie. De nadelige gevolgen van uitsluitingsgedrag doen zich evenwel niet steeds onmiddellijk gevoelen, aangezien dit gedrag in de eerste plaats tegen concurrenten is gericht, en het zodoende de concurrentiedruk die deze uitoefenen op de inbreukmaker(s), vermindert. Terwijl inbreuken als beschreven in deel 3 normaliter een onmiddellijke onrechtmatige winst opleveren voor de inbreukmakers en een onmiddellijk nadeel voor de afnemers, kan uitsluitingsgedrag op de korte termijn leiden tot een initieel nadeel voor de inbreukmakers en betere prijzen voor de afnemers, zoals doorgaans het geval is bij roofprijzen. In de volgende hoofdstukken worden de problemen bij het begroten van de door concurrente geleden schade (hoofdstuk II) en de door afnemers geleden schade (hoofdstuk III) afzonderlijk behandeld.
183. Het Verdrag garandeert consumenten en ondernemingen die schade hebben geleden ten gevolge van uitsluitingsgedrag, een recht op vergoeding, ongeacht of zij afnemers dan wel concurrenten van de inbreukmakers zijn. Zoals reeds vermeld, heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat die schadevergoeding zowel de reële schade (*damnum emergens*) als de ten gevolge van de inbreuk gederfde winst (*lucrum cessans*) en de betaling van rente omvat¹³⁹. Bij de begroting van de schade ten

¹³⁸ Voor een beschrijving van deze praktijken, zie de mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45 van 24.2.2009, blz. 7.

¹³⁹ Arrest van 13 juli 2006, gevoegde zaken C/295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jurispr. 2006, blz. I-6619, punt 95.

gevolge van uitsluitingsgedrag zal in de volgende hoofdstukken in hoofdzaak worden gerefereerd aan het begrip winstderving, conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het begrip winstderving zal in brede zin worden opgevat, d.w.z. als het verschil tussen de daadwerkelijk door een onderneming gerealiseerde winst en de winst die zij zonder de inbreuk had kunnen maken. De hierna beschreven berekeningswijzen van die winstderving beletten benadeelde partijen niet om krachtens het nationale recht schadevergoeding voor andere schadeposten te vorderen. Bepaalde aspecten van winstderving in brede zin kunnen in het recht van de lidstaten namelijk onder verschillende rechtsbegrippen ressorteren (zoals gemiste kansen¹⁴⁰ of reputatieschade) en er bestaan wellicht ook vormen van schade wegens uitsluitingsgedrag die buiten het begrip winstderving vallen.

II. BEGROTING VAN SCHADE VOOR CONCURRENTEN

184. Winstderving door concurrenten kan een gevolg zijn van een daling van de ontvangsten (bv. door een omzetvermindering) of een stijging van de kosten (bv. wanneer de inbreuk invloed heeft op de prijs van een input). Een verkleining van het marktaandeel van de concurrent is in het algemeen symptomatisch voor de situatie. In de navolgende secties wordt, na een korte beschrijving van wat uitsluitingsgedrag over een langere periode betekent voor concurrenten (A) en een beschrijving van de algemene benadering voor de begroting van de gederfde winst (B), ingegaan op enkele typische situaties waarin uitsluitingsgedrag gevolgen heeft voor bestaande concurrenten (C) en voor nieuwkomers op de markt (D), en waarin de veroorzaakte schade ook gevolgen heeft voor de toekomst (E).

A. De tijdsdimensie van uitsluitingsgedrag

185. Afhankelijk van de in aanmerking genomen periode kan uitsluitingsgedrag concurrenten op verschillende wijzen treffen. Wanneer een aanvang wordt gemaakt met uitsluitingsgedrag, hebben concurrenten het doorgaans moeilijk om hun producten verkocht te krijgen of (wanneer dit gedrag de upstreammarkt betreft) te worden bevoorrad. Dit vertaalt zich in een afkalving van hun winst ten gevolge van hogere kosten of lagere ontvangsten. Concurrenten zien doorgaans hun marktaandeel dalen, of komen uit op een lager marktaandeel dan zonder de inbreuk het geval zou zijn geweest (bijvoorbeeld doordat hun groei wordt belemmerd). Dit stadium kan samengaan met een stijging van de winst voor de inbreukmakers. Dit is evenwel niet noodzakelijk het geval, want hun uitsluitingsgedrag kan kosten met zich brengen (bv. door een verlaging van hun prijs, door niet aan een concurrent te leveren en daardoor hun eigen omzet terug te schroeven, of door kortingen of andere voordelen te verlenen aan afnemers waardoor de winst op korte termijn zou kunnen dalen). De kans bestaat dat concurrenten uiteindelijk van de markt worden verdreven.
186. Wanneer concurrenten eenmaal met succes de toegang tot de markt is verhinderd of wanneer hun aanwezigheid op de markt is beperkt of uitgeschakeld, maken de inbreukmakers dit doorgaans goed en zien zij hun winst stijgen ten koste van afnemers en uit de markt gestoten concurrenten. Wanneer dit gebeurt (kort na de inbreuk of na zekere tijd), zullen de afnemers waarschijnlijk een hogere prijs moeten betalen terwijl de kwaliteit of keuze erop achteruitgaan. Een concurrent hoeft niet noodzakelijk volledig van een markt te worden uitgesloten om een dergelijk effect te sorteren voor de afnemers. Dit effect kan zich reeds voordoen meteen na de aanvang

¹⁴⁰

Met gemiste kansen wordt bedoeld op de zakelijke mogelijkheden waarvan een onderneming geen gebruik kan maken ten gevolge van het onrechtmatige uitsluitingsgedrag.

van het uitsluitingsgedrag, en zelfs als er nog concurrenten zijn op de markt, mits de concurrentiedruk die zij uitoefenen, is verzwakt.

187. Wanneer het uitsluitingsgedrag door handhavingsinstanties van de overheid wordt ontdekt of door particulier optreden wordt beëindigd, kunnen geleidelijk aan weer concurrerende marktvoorwaarden tot stand worden gebracht. Niet onbelangrijk hierbij is dat het herstel van marktvoorwaarden alsof de inbreuk nooit had bestaan, in veel gevallen in de praktijk niet mogelijk is. Dit hangt in hoofdzaak af van de structurele gevolgen van de inbreuk, die vaak slechts moeizaam en na verloop van tijd ongedaan kunnen worden gemaakt (bestaande contractuele verplichtingen, netwerkeffecten of andere belemmeringen voor een uitgesloten concurrent om opnieuw tot de markt toe te treden). In een aantal gevallen zal het dan ook niet mogelijk zijn een volledige parallel te trekken tussen het niet-inbreukscenario en de werkelijke ontwikkeling van de markt.

B. *Algemene benadering voor de begroting van de gederfde winst*

188. Om te bepalen of en in welke mate concurrenten winst hebben gederfd, moet de winst die concurrenten tijdens de inbreuk op de betrokken markt hebben gemaakt, derhalve worden vergeleken met de winst die zij in een niet-inbreukscenario (d.w.z. het contrafeitelijke scenario) met diezelfde producten zouden hebben gemaakt¹⁴¹. Wanneer kan worden aangetoond dat de uitgesloten concurrent in een niet-inbreukscenario meer winst zou hebben gemaakt en dat het verschil door de inbreuk is veroorzaakt, heeft de concurrent schade geleden, zelfs wanneer zijn marktaandeel ongewijzigd is gebleven of zijn winst is gestegen ten gevolge van andere factoren¹⁴².
189. De daadwerkelijk door de onderneming gemaakte winst wordt normaal gezien bepaald door de daadwerkelijk gemaakte kosten af te trekken van de daadwerkelijke ontvangsten. Op analoge wijze kan de winst die in een niet-inbreukscenario zou zijn behaald (contrafeitelijke winst), worden bepaald door de geraamde kosten in een niet-inbreukscenario (contrafeitelijke kosten)¹⁴³ af te trekken van de verwachte ontvangsten zonder de inbreuk (contrafeitelijke ontvangsten)¹⁴⁴. Het bedrag van de gederfde winst is het verschil tussen de contrafeitelijke en de werkelijke winst. In geval van belemmering van de toegang tot de markt is de werkelijke winst normaliter gelijk aan nul of zelfs negatief, wanneer de uitgesloten concurrent kosten heeft gemaakt (bv. investeringen om de markt te betreden) die geen ontvangsten hebben opgeleverd.
190. Dit algemene uitgangspunt voor de berekening van gederfde winst kan op verschillende manieren in de praktijk worden gebracht. Zo is het bijvoorbeeld

¹⁴¹ Dit heeft geen betrekking op vorderingen die er slechts op gericht zijn een deel van dat verlies te recupereren, bv. alleen de extra gemaakte kosten. Dergelijke vorderingen worden in de praktijk ook ingesteld, mede omdat daarbij eenvoudiger methoden beschikbaar zijn voor het berekenen van de geleden schade. Zie ook punt 192.

¹⁴² Zo kan bijvoorbeeld een nieuwkomer met een groot groeipotentieel zijn winstpeil misschien handhaven, maar had hij zonder de inbreuk zijn winst nog meer kunnen opvoeren.

¹⁴³ Bij het ramen van de door de betrokken onderneming gederfde winst moet rekening worden gehouden met de extra kosten die zij sowieso had moeten maken om haar productie te verhogen. Tegen deze achtergrond komen de door de onderneming gedragen kosten per eenheid niet noodzakelijk overeen met de kosten per eenheid in het contrafeitelijke scenario. In het geval van toenemende schaalopbrengsten bijvoorbeeld, zouden de kosten per eenheid in het contrafeitelijke scenario lager zijn dan de waargenomen kosten, omdat de productie van de onderneming in het contrafeitelijke scenario (d.w.z. indien zij niet door de inbreuk was getroffen) hoger zou zijn.

¹⁴⁴ Zie bv. Stockholms tingsrätt (Rechtbank van Stockholm), arrest van 20 november 2008, gevoegde zaken T 32799-05 en T 34227-05 (Europe Investor Direct AB e.a. /VPC Aktiebolag), beroep loopt nog.

mogelijk de ontvangsten van de uitgesloten concurrent in het niet-inbreukscenario te vergelijken met de werkelijke ontvangsten op de door de inbreuk beïnvloede markt. Wanneer de gedeelde ontvangsten eenmaal zijn vastgesteld, kunnen de kosten die de onderneming door de kleinere productievolumes heeft vermeden, daarvan worden afgetrokken om de waarde van de gedeelde winst te verkrijgen. Met deze benadering voor de begroting van de gedeelde winst is het niet noodzakelijk alle door de onderneming gemaakte kosten te kwantificeren, maar moeten alleen de kosten worden geraamd die ten gevolge van de inbreuk niet zijn gemaakt.

191. Er zijn ook nog andere pragmatische benaderingen voor de berekening van de gedeelde winst die in bepaalde specifieke gevallen bruikbaar kunnen zijn. Zo zou bijvoorbeeld een gemiddelde winstmarge per eenheid van het product dat in het niet-inbreukscenario wordt verhandeld, kunnen worden geraamd en vervolgens vermenigvuldigd met het aantal eenheden dat ten gevolge van de inbreuk niet is verkocht¹⁴⁵. Een dergelijke raming van de gemiddelde winst per eenheid kan gebaseerd zijn op één of meer transacties die als voldoende representatief kunnen worden beschouwd voor de handelsverrichtingen van de eiser met betrekking tot het bewuste product. Opgemerkt zij dat de vermeden kosten impliciet in die berekening in aanmerking zijn genomen¹⁴⁶.
192. De praktijk op het gebied van schadeacties wegens schending van de antitrustregels wijst uit dat uitgesloten concurrenten er soms voor kiezen slechts voor een deel van de schade vergoeding te vragen, bijvoorbeeld voor de kosten die zijn gemaakt om te reageren op uitsluitingsgedrag¹⁴⁷, de oninbare kosten ("verzonken kosten") die zij hebben gemaakt om de markt te betreden waaruit zij zijn gestoten¹⁴⁸, of het buitensporig geachte bedrag in gevallen van margin squeeze of discriminerende prijszetting¹⁴⁹ waarin inbreuk wordt gemaakt op het EU-mededingingsrecht. Deze keuze wordt soms ingegeven door de overweging dat het begroten van dergelijke schadeposten eenvoudiger is en minder opzoeken vergt, en dat het bewijs gemakkelijker te leveren is. Ook wanneer eisers vergoeding voor de gedeelde winst eisen, zal de begroting van de schade op basis van de extra gemaakte kosten (verzonken en niet-verzonken) over het algemeen de ondergrens vormen bij het ramen van de totale winstderving.
193. Welke methode of techniek ook wordt gekozen, zal het voor het begroten van de gedeelde winst wellicht noodzakelijk zijn complexe gegevens te beoordelen die verwijzen naar een hypothetische niet-inbreuksituatie waaraan de feitelijke situatie van de uitgesloten concurrent moet worden getoetst, vaak met inachtneming van

¹⁴⁵ Voor een voorbeeld van een pragmatische benadering op basis van reële gegevens over kosten en inkomsten die is toegepast door middel van regressietechnieken, zie Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Rechtbank van Koophandel, Barcelona), arrest van 20 januari 2011, zaak nr. 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./ Endesa Distribución S.A.).

¹⁴⁶ Om de gemiddelde winstmarge te ramen, zal het wellicht nog steeds dienstig zijn na te gaan hoe de kosten en ontvangsten zich in het contrafeitelijke scenario zonder de inbreuk zouden hebben ontwikkeld. De in de periode vóór de inbreuk vastgestelde winstmarges zouden bijvoorbeeld tijdens de inbreukperiode kleiner kunnen zijn geworden om redenen die niets met de inbreuk te maken hebben, als gevolg van een daling van de vraag of een stijging van de inputkosten die door andere factoren zijn veroorzaakt. Daarenboven zou de omzetsdaling van de uitgesloten concurrent diens kosten per eenheid product kunnen beïnvloeden, en bijgevolg ook de marge op de eenheden die hij nog verkoopt.

¹⁴⁷ Bv. extra marketinguitgaven om een marktpositie te handhaven.

¹⁴⁸ Bv. de kosten van de bouw van een nieuwe fabriek voor die markt.

¹⁴⁹ Zie bv. Lietuvos apeliacinis teismas (Litouws Gerechtshof), arrest van 26 mei 2006, zaak nr. 2A-41/2006 (Stumbras); Højesteret (Opperste Gerechtshof, Denemarken), arrest van 20 april 2005, zaak nr. 387/2002 (GT Linien A/S /DSB).

vermoedelijke toekomstige ontwikkelingen. De beoordeling van de winst die een onderneming zou hebben gemaakt, toekomstige winst daaronder begrepen, kan van zoveel factoren afhangen dat het passend kan zijn minder strenge eisen te stellen aan de begroting van schade. Daarom kunnen wettelijke regelingen de rechtbanken wellicht enige beoordelingsvrijheid laten ten aanzien van de cijfers, de gekozen statistische methode en de wijze waarop die moeten worden gebruikt om de schade te evalueren¹⁵⁰.

C. Bestaande concurrenten

194. Om de schade te begroten die concurrenten ten gevolge van uitsluitingsgedrag hebben geleden, kunnen zij ervoor kiezen gebruik te maken van de in deel 2 beschreven methoden of technieken. Het niet-inbreukscenario kan worden gereconstrueerd aan de hand van een vergelijking met de prestaties van dezelfde onderneming in een periode zonder inbreuk, met die van een soortgelijke onderneming op dezelfde markt, met de totale winst in de sector¹⁵¹ of met de prestaties van dezelfde of een soortgelijke onderneming op een andere markt dan die waarop het uitsluitingsgedrag plaatsvond. Methoden die gebaseerd zijn op simulaties, zijn een andere mogelijkheid om het niet-inbreukscenario uit te tekenen, d.w.z. dat aan de hand van een aantal veronderstellingen (betreffende bv. de aard van de concurrerende interacties tussen ondernemingen) wordt gesimuleerd wat de situatie waarschijnlijk zou zijn geweest als de uitgesloten concurrent actief had kunnen blijven op de markt en niet het slachtoffer was geworden van het uitsluitingsgedrag. Er kan ook nog van andere methoden gebruik worden gemaakt. Zo kan het financiële plaatje van de betrokken ondernemingen een nuttige kijk geven op de opbrengst die zij zouden hebben behaald als zij niet waren geschaad door een inbreuk.

Weigering om een essentiële input te leveren voor commerciële oplosmiddelen

Worldco is een toonaangevende internationale producent van grondstoffen die een essentiële input vormen voor de fabricage van commerciële oplosmiddelen. Eusolv is een onderneming die sinds 1995 actief is op de markt voor commerciële oplosmiddelen, en die haar omzet grotendeels realiseert met de verkoop van Betanol. Om Betanol te produceren, koopt Eusolv Rawbeta bij Worldco. Worldco heeft een machtspositie op het gebied van de productie van Rawbeta, de enige grondstof die geschikt is voor de productie van Betanol op industriële schaal, tegen prijzen die het mogelijk maken Betanol rendabel op de markt te brengen. Worldco levert Rawbeta eveneens aan zijn dochteronderneming Subco, die sinds 2004 Betanol produceert, en concurreert met Eusolv.

In 2006 besluit Worldco te stoppen met het leveren van Rawbeta aan ondernemingen die Betanol verkopen in de Europese Unie, met uitzondering van zijn eigen dochteronderneming Subco. Eusolv tracht in eerste instantie voldoende Rawbeta te kopen bij alternatieve leveranciers, of Rawbeta te vervangen door andere grondstoffen, die vervaardigd worden via experimentele procédés die aanzienlijk duurder zijn en de verkoopprijs van Betanol sterk doen stijgen, terwijl de kwaliteit en de geschiktheid voor commerciële doeleinden ervan afneemt. Daardoor ziet Eusolv zijn verkoop gestaag teruglopen en zet het uiteindelijk in 2010 de productie van Betanol stop. In hetzelfde jaar stelt Eusolv een schadeactie in tegen Worldco en diens dochteronderneming Subco om vergoeding te krijgen voor de winstderving ten gevolge van de weigering tot levering. De rechter oordeelt dat het gedrag van Worldco neerkwam op een door artikel 102 VWEU verboden misbruik van machtspositie.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest in de gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e.a. /Raad en Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-203, punt 79.

¹⁵¹ Zie de punten 35, 48 en 66.

(1) Vergelijking in de tijd

195. Wanneer uitsluitingsgedrag gevolgen heeft voor bestaande concurrenten, zijn er waarschijnlijk gegevens beschikbaar over dezelfde onderneming in een niet-inbreukperiode. In dat geval kan de door de benadeelde concurrent gederfde winst wellicht worden geraamd door middel van een vergelijking in de tijd. Het niet-inbreukscenario kan bijvoorbeeld worden achterhaald door te refereren aan gegevens over ontvangsten en kosten van de benadeelde onderneming voordat de tot uitsluiting leidende inbreuk de markt beïnvloedde¹⁵². In veel gevallen van uitsluitingsgedrag zijn gegevens van na de inbreukperiode niet beschikbaar of althans niet even bruikbaar, met name wanneer de inbreuk gevolgen heeft gehad die de marktstructuur veranderen en die op korte termijn waarschijnlijk niet zullen verdwijnen, bijvoorbeeld wanneer de concurrent uit de markt is gestoten en er belemmeringen zijn om deze op korte termijn weer te betreden, of wanneer hij marktaandelen heeft verloren die vanwege netwerkeffecten moeilijk zijn terug te winnen¹⁵³.

In het Betanol-voorbeeld zijn betrouwbare gegevens van na de inbreukperiode niet beschikbaar, aangezien de benadeelde onderneming Eusolv niet meer actief is op de markt en haar daadwerkelijke terugkeer op de markt wellicht niet meteen na de beëindiging van de inbreuk zal plaatsvinden. Daarom besluit Eusolv een plausibel niet-inbreukscenario uit te werken aan de hand van gegevens van vóór 2006, toen het uitsluitingsgedrag een aanvang nam.

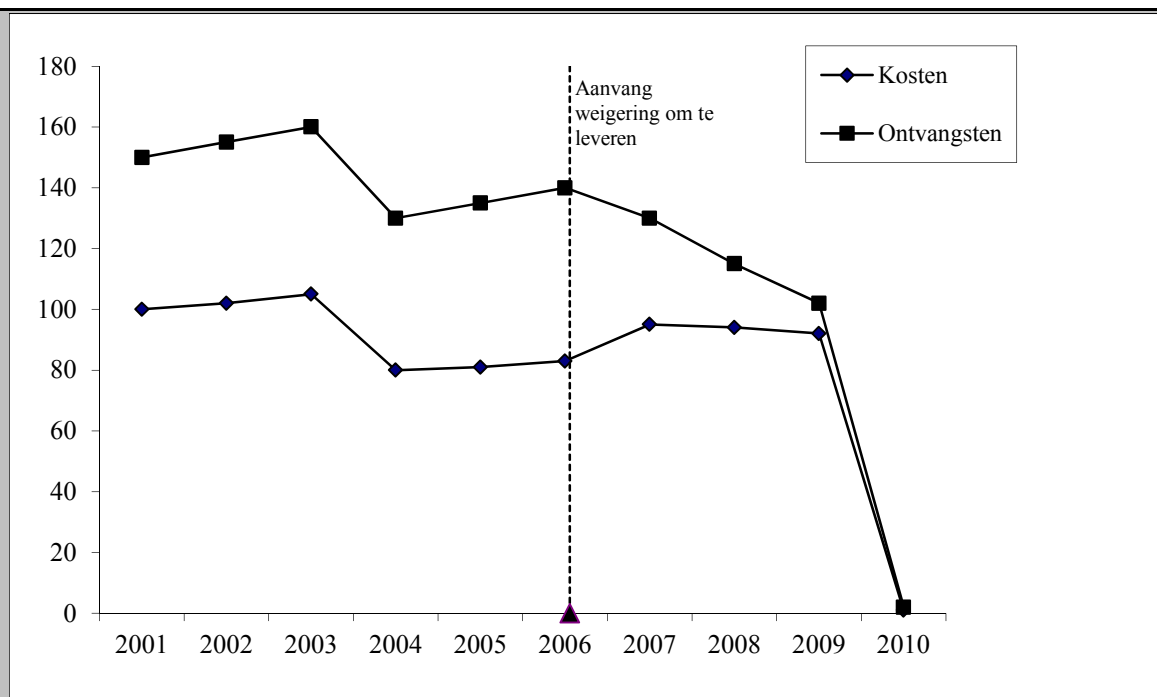
196. In bepaalde omstandigheden kunnen de voor de vergelijking gebruikte gegevens betreffende de ontvangsten en kosten vóór de inbreuk nader worden verfijnd. Zo zou bijvoorbeeld – afhankelijk van de toepasselijke nationale bewijsregels en van de bewijslast – een verweerder het recht kunnen hebben het door de eiser geraamde bedrag aan te vechten door te wijzen op andere elementen die de prestaties van een onderneming mogelijk negatief hebben beïnvloed, maar geen verband houden met de inbreuk, zoals minder investeringen in marketing, een verlies van concurrentievermogen van het product of een stijging van de inputkosten, en die specifiek zijn voor de concurrent die schadevergoeding eist. Omgekeerd zou kunnen worden aangetoond dat de positie van de benadeelde concurrent in het niet-inbreukscenario beter zou zijn geweest dan vóór de inbreuk, bijvoorbeeld omdat er groeipotentieel was. Hoe langer de concurrent actief was op de markt en hoe stabiel zijn positie was, hoe betrouwbaarder de verwijzing naar een eerdere, niet door de inbreuk beïnvloede periode op dezelfde markt doorgaans is. Met andere woorden zijn correcties¹⁵⁴ bij verwijzing naar een pre-inbreukscenario wellicht nuttiger als de benadeelde concurrent een relatieve nieuwkomer was op de markt, aangezien zijn marktaandeel wellicht meer aan schommelingen onderhevig was.

In het voorbeeld verstrekt Eusolv gegevens over zijn totale werkelijke ontvangsten en kosten in verband met de productie van Betanol, zoals weergegeven in de volgende grafiek:

¹⁵² Een voorbeeld van de toepassing van een vergelijking "vóór en tijdens" voor de begroting van de schade die voortvloeit uit door artikel 101 VWEU verboden uitsluitingsgedrag, is te vinden in het arrest van het Corte d'Appello di Milano (Gerechtshof, Milaan) van 3 februari 2000, zaak nr. I 308 (Inaz Paghe / Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

¹⁵³ Een product is onderhevig aan netwerkgevolgen indien de waarde ervan voor elke gebruiker stijgt naarmate het aantal gebruikers toeneemt.

¹⁵⁴ Die correcties kunnen gebeuren aan de hand van de in punt 59 e.v. beschreven technieken.

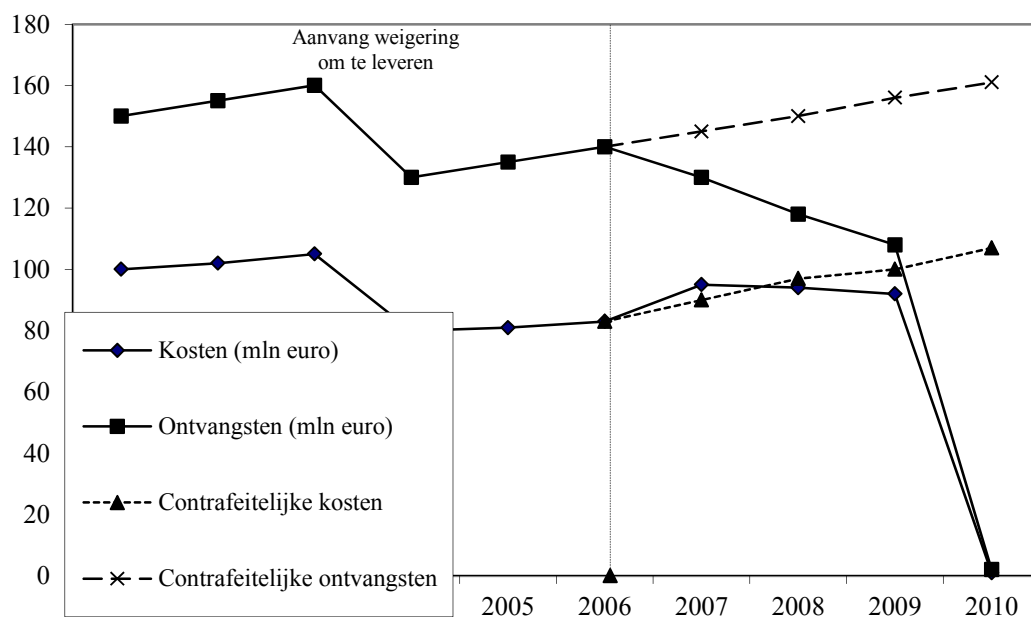


Om een betrouwbaar niet-inbreukscenario op te stellen wordt geen rekening gehouden met gegevens van vóór 2004, aangezien Subco, de belangrijkste concurrent van Eusolv, toen nog niet actief was op de markt, terwijl Eusolv tussen 2004 en 2006 een stabiel marktaandeel had.

In overeenstemming met de nationale regels inzake bewijslast en bewijsstandaard verstrekt Eusolv cijfers over de "contrafeitelijke" hoeveelheden, ontvangsten en kosten die zonder de inbreuk zouden zijn genoteerd.

Gelet op het toenemende aantal industriële toepassingen van Betanol wordt opgemerkt dat de totale vraag naar dit product (en dus de omvang van de markt) gestaag is gegroeid. De stabiliteit van het marktaandeel van Eusolv na de toetreding van Subco tot de Betanolmarkt wordt door Eusolv aangevoerd ter staving van de veronderstelling dat het zonder de inbreuk een vergelijkbaar marktaandeel zou hebben behouden. Uitgaande van die veronderstelling verstrekt Eusolv cijfers over zijn "contrafeitelijke" ontvangsten in de jaren 2006-2010, berekend op basis van de totale waarde van de markt en het aandeel van Eusolv daarin. Uit zijn eigen boekhouding verstrekt Eusolv cijfers betreffende haar eenheidskosten in de jaren 2004-2006¹⁵⁵. Daaruit blijkt dat de kosten nauw aansloten bij de prijzen van de inputs voor de productie van Betanol, d.w.z. dat bijvoorbeeld een stijging van de inputprijzen rechtsreeks leidde tot een overeenkomstige verhoging van de kosten. Op basis van de beschikbare sectorgegevens inzake inputprijzen ramen de deskundigen van Eusolv de "contrafeitelijke" eenheidskosten, waarbij zij, bv. door middel van regressieanalyse, rekening houden met de ontwikkeling van de inputprijzen en de efficiëntiewinst die voortvloeit uit de productie van grotere volumes. Het bedrag van de totale "contrafeitelijke" kosten voor de jaren 2006-2010 wordt vervolgens verkregen door de geraamde "contrafeitelijke" eenheidskosten te vermenigvuldigen met het aantal eenheden dat de onderneming zonder de inbreuk zou hebben verkocht.

¹⁵⁵ Met inbegrip van verzonken kosten, op afschrijvingsbasis.



De verkregen cijfers worden als volgt vergeleken met de werkelijke ontvangsten en kosten van Eusolv: de werkelijke winst (werkelijke ontvangsten minus werkelijke kosten) wordt afgetrokken van de contrafeitelijke winst (contrafeitelijke ontvangsten minus contrafeitelijke kosten). Dit vormt de definitieve raming van de schade waarvoor Eusolv vergoeding eist.

Worldco en Subco voeren evenwel aan dat Eusolv, om de verwachte grotere hoeveelheid eenheden in 2006-2010 te kunnen leveren, zijn capaciteit had moeten uitbreiden, met extra verzonken kosten als gevolg, waarmee in de raming geen rekening is gehouden. Dit verweer wordt door de rechter aanvaard en de vergoeding voor gederfde winst wordt dienovereenkomstig verminderd (door van het door Eusolv gevorderde bedrag voor de betrokken jaren op proratabasis de verwachte extra verzonken kosten af te trekken).

197. In gevallen van uitsluitingsgedrag kunnen marktaandelen een belangrijke indicator zijn voor het berekenen van de gederfde winst door middel van op vergelijking gebaseerde methoden zoals vergelijking in de tijd. Zo zou een op vergelijking gebaseerde methode kunnen worden gebruikt om het marktaandeel te ramen dat de uitgesloten concurrent vermoedelijk zonder de inbreuk zou hebben gehad. De gederfde winst zou dan kunnen worden berekend door de opgetekende gegevens betreffende de daadwerkelijke kosten en ontvangsten per eenheid product (of de daadwerkelijke gemiddelde winstmarge) te vermenigvuldigen met de extra hoeveelheden die overeenstemmen met het verwachte grotere "contrafeitelijke" marktaandeel zonder de inbreuk. Hierbij wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de kosten en ontvangsten per eenheid in het niet-inbreukscenario niet significant anders zouden zijn geweest en in rechte zouden kunnen worden geaccepteerd als een begroting van de geleden schade, eventueel als voorlopig bewijs of als een voldoende aanwijzing voor een omkering van de bewijslast¹⁵⁶. Voor een nauwkeuriger raming

¹⁵⁶

Voor een voorbeeld van een schadebegroting waarbij een rechter zich baseerde op de vermenigvuldiging van het totale aantal door de inbreukmaker gesloten contracten met het marktaandeel van de eisers vóór de aanvang van het uitsluitingsgedrag, zie Corte d'Appello di Roma (Gerechtshof, Rome), arrest van 20 januari 2003, zaak nr. I-2474 (Albacom S.p.A. / Telecom Italia S.p.A.).

dient de ontwikkeling van kosten en ontvangsten in het niet-inbreukscenario te worden ingeschat, voor zover voldoende gegevens beschikbaar zijn.

198. Wanneer het marktaandeel als indicator wordt genomen bij de raming van de gederfde winst, dient rekening te worden gehouden met het feit dat dit kan schommelen ten gevolge van andere factoren dan de inbreuk, zoals – in het Betanol-voorbeeld – de daling van het marktaandeel van Eusolv in 2004 ten gevolge van de marktintrede van Subco als concurrent¹⁵⁷. Het kan ook gebeuren dat, als de inbreuk de totale omvang van de markt doet krimpen, een raming van de ontvangsten van de uitgesloten concurrent op basis van de werkelijke marktaandelen tot een onderschatting leidt.

(2) Andere op vergelijking gebaseerde methoden

199. Voor vergelijkingen met het oog op het uitwerken van het niet-inbreukscenario¹⁵⁸ kunnen ook andere geografische of productmarkten worden gebruikt. Zo zouden de kosten en ontvangsten van dezelfde of een soortgelijke onderneming op een andere markt als referentie kunnen worden genomen om de kosten en ontvangsten te ramen die de benadeelde concurrent zou hebben gehad als de inbreuk niet had plaatsgevonden. Deze methoden kunnen ook worden gebruikt als middel om de betrouwbaarheid van een raming op grond van een vergelijking in de tijd of op grond van andere methoden te toetsen. Indien bijvoorbeeld de prestaties vóór de inbreuk van de enige concurrent van een van oudsher monopolistische onderneming erop wijzen dat hij zonder de inbreuk een bepaald marktaandeel had kunnen behouden, zou deze inschatting kunnen worden versterkt door de vaststelling dat dezelfde of een soortgelijke onderneming die op een vergelijkbare geografische markt met de gewezen monopoliehouder concurreert, daadwerkelijk een dergelijk marktaandeel heeft behouden, rekening houdend met eventuele verschillen tussen de betrokken ondernemingen of markten.

D. Belemmering van de markttoegang

200. Uitsluitingsgedrag kan niet alleen leiden tot een verslechtering van de marktpositie van bestaande concurrenten, maar kan ook de toetreding van potentiële concurrenten verhinderen die nog niet actief waren op de markt. De uitsluiting van nieuwkomers kan hun zeer ernstige schade berokkenen, waarvoor zij gerechtigd zijn vergoeding te eisen. In de wettelijke regelingen dient rekening te worden gehouden met de moeilijkheden die inherent zijn aan de begroting van dergelijke schade en moet ervoor worden gezorgd dat het instellen van schadeacties door van de markt geweerde nieuwkomers in de praktijk niet onmogelijk of buitensporig moeilijk wordt gemaakt¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Daarom wordt in het voorbeeld het stabiele marktaandeel van Eusolv na 2004 voor de begroting van het schadebedrag gebruikt.

¹⁵⁸ Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Rechtbank van Koophandel, Madrid), arrest van 11 november 2005, zaak nr. 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.), bevestigd door de Audiencia Provincial de Madrid (Gerechtshof, Madrid), arrest van 25 mei 2006, zaak nr. 73/2006;

¹⁵⁹ In sommige gevallen is het op basis van de geldende rechtsvoorschriften mogelijk deze schade te begroten via een pragmatische aanpak, bijvoorbeeld door de totale waarde van de winsten op de afgeschermd markt te berekenen, vermenigvuldigd met een percentage dat het marktaandeel uitdrukt dat de uitgesloten onderneming waarschijnlijk zou hebben veroverd. Indien de totale winst van ondernemingen die na de inbreuk op de relevante markt actief zijn, bijvoorbeeld 200 miljoen euro bedraagt, en het marktaandeel van de uitgesloten concurrent zonder de inbreuk zou op 30% worden geschat, dan zou de gederfde winst volgens deze aanpak op 60 miljoen euro worden geraamd.

201. Bij belemmering van de toegang tot de markt doen zich bepaalde bijzondere omstandigheden voor waarmee bij de begroting van de schade rekening kan worden gehouden. Met name wanneer de benadeelde onderneming een markt wilde betreden waarop zij nog niet actief was, ontbreken onvermijdelijk empirische gegevens over de prestaties van de benadeelde onderneming op die markt.
202. De berekening van de winst die concurrenten in dergelijke situaties derven, wordt in wezen niet anders aangepakt dan in het geval van uitsluiting van concurrenten die daardoor hun bestaande marktpositie zien verslechteren, aangezien in beide gevallen een schatting moet worden gemaakt van de winst die de uitgesloten concurrent zonder de inbreuk had kunnen maken. Die kan dan worden vergeleken met het feitelijke situatie. In geval van belemmering van de toegang heeft de uitgesloten concurrent waarschijnlijk geen winst gemaakt of zelfs verlies geleden (bijvoorbeeld wanneer de concurrent kosten moest dragen die hij niet heeft kunnen terugverdienen doordat hij de markt niet heeft kunnen betreden).
203. Zoals eerder vermeld, kunnen uitgesloten concurrenten ervoor kiezen slechts vergoeding te vorderen voor de kosten die zij hebben gemaakt om de markt te betreden, en niet voor de volledige gederfde winst. Dat is wellicht eenvoudiger dan vergoeding te eisen voor de gederfde winst, aangezien alleen de door de eiser gemaakte verzonken kosten hoeven te worden berekend.

De zaak medische apparatuur

Newco is een onderneming die de markt voor een bepaald type medisch hulpmiddel wilde betreden in een lidstaat waar Medco een machtspositie heeft. Om rendabel te zijn, had Newco een bepaalde minimumomvang op de markt moeten bereiken, zodat zij schaalvoordelen kon realiseren.

Omdat zij vreesde voor verlies van verkoop aan Newco, sloot Medco exclusieve afnameovereenkomsten met een aantal afnemers om te verhinderen dat Newco die minimumomvang zou bereiken. Newco kon daardoor niet met Medco concurreren om die afnemers, en slaagde er niet in om op rendabele wijze de markt te betreden, hetgeen leidde tot hogere gemiddelde prijzen voor de afnemers dan wanneer Newco tot de markt zou zijn toegetreden. Aangezien het gedrag van Medco als een inbreuk op artikel 102 VWEU werd beschouwd, zou Newco vergoeding kunnen eisen voor de ten gevolge van de inbreuk gederfde winst. Om echter geen omstandige analyse van de winstderving te hoeven uitvoeren, vorderde Newco uitsluitend vergoeding voor de verzonken kosten die het reeds had gemaakt om een nieuwe fabriek te bouwen en de markt te betreden (onder meer bv. financiële kosten en niet-recupereerbare verliezen op aangekochte inputs).

204. Wanneer concurrenten de toegang tot de markt wordt belemmerd, zijn er geen gegevens over kosten en ontvangsten van vóór de inbreuk op de betrokken markt, terwijl gegevens van na de inbreuk wegens de blijvende gevolgen van de inbreuk wellicht evenmin geschikt zijn als referentie voor een vergelijking in de tijd. In dergelijke gevallen zal verwijzing naar een vergelijkbare geografische of productmarkt waarop dezelfde of een soortgelijke onderneming actief is, wellicht een betere methode zijn om een niet-inbreukscenario te ontwikkelen. De betrokken geografische of productmarkt moet een voldoende mate van overeenkomst vertonen, al kunnen wellicht correcties worden aangebracht voor sommige verschillen tussen de markten¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door middel van een regressieanalyse, mits voldoende gegevens voorhanden zijn. Zie ook punt 69 e.v. Voor een voorbeeld van uitsluitingsgedrag waarbij het gebruik

205. In sommige gevallen levert een analyse van de financiële prestaties van de concurrent misschien voldoende gegevens op om de winst in het niet-inbreukscenario te ramen¹⁶¹.

In de in het voorbeeld beschreven situatie nemen wij aan dat Newco bereid is aan de grootste drie particuliere gezondheidscentra in een lidstaat een innoverend type films voor röntgentoestellen te leveren. We nemen aan dat de markt voor dit soort medische apparatuur voor particuliere gezondheidscentra normaal een biedmarkt is. Dankzij een technologische verbetering kan Newco zijn producten tegen een lagere prijs aanbieden dan Medco. Medco, een onderneming met een machtspositie op de markt voor röntgentoestellen, koppelt de producten echter door een hogere prijs te berekenen voor röntgentoestellen aan centra die hun films niet bij hem kopen. Daardoor sleept Newco geen enkele opdracht in de wacht. Newco kan evenwel aantonen dat zij in staat was de door de centra gevraagde hoeveelheden daadwerkelijk tegen de geboden prijs te leveren, en verstrekt gedetailleerde gegevens over haar eigen kosten. Op basis van die gegevens en in de veronderstelling dat Newco als leverancier zou zijn gekozen in alle gevallen waarin het de laagste prijs aanbood, kan de verwachte winstmarge worden geraamd zonder dat een vergelijking in de tijd of een vergelijking met andere geografische of productmarkten nodig is.

E. Vergoeding voor toekomstig verlies

206. Wanneer uitgesloten concurrenten schadevergoeding eisen, kunnen zij niet alleen vergoeding vorderen voor de winst die zij hebben gederfd gedurende de inbreukperiode, maar ook voor de gederfde winst na die periode¹⁶². Dit is van belang, met name wanneer zij de markt niet opnieuw kunnen betreden of zij hun marktaandeel niet volledig kunnen terugwinnen vanwege de blijvende gevolgen van de beëindigde inbreuk. In dit geval zou vergoeding worden verlangd voor toekomstige winst, d.w.z. winst die vermoedelijk zal worden gederfd nadat de schadevordering is ingesteld en toegewezen.
207. De moeilijkheid van het berekenen van die winstderving heeft niet alleen te maken met de toe te passen technieken, maar ook met de termijn waarin er nog sprake kan zijn van gederfde winst en vergoeding daarvoor. Het nationale recht speelt hierbij een belangrijke rol, bijvoorbeeld door te bepalen onder welke omstandigheden een toekomstig verlies kan worden vergoed, of door pragmatische regels vast te stellen om deze kwestie per geval te behandelen¹⁶³.
208. Eén van de factoren die van invloed kan zijn op de keuze van de uiterste termijn voor het vorderen van vergoeding voor gederfde toekomstige winst, is bijvoorbeeld de tijd die vermoedelijk nodig is om de betrokken markt opnieuw te betreden. In andere gevallen maken de omstandigheden van de zaak het wellicht gemakkelijker deze termijn te bepalen. Zo zou in het voorbeeld van de röntgentoestellen de duur van de

van een andere geografische markt ter vergelijking in beginsel werd aanvaard, zie Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Rechtbank van Koophandel, Madrid), arrest van 11 november 2005, zaak nr. 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. / Telefónica de España S.A.), bekrachtigd door de Audiencia Provincial de Madrid (Gerechtshof, Madrid), arrest van 25 mei 2006, zaak nr. 73/2006.

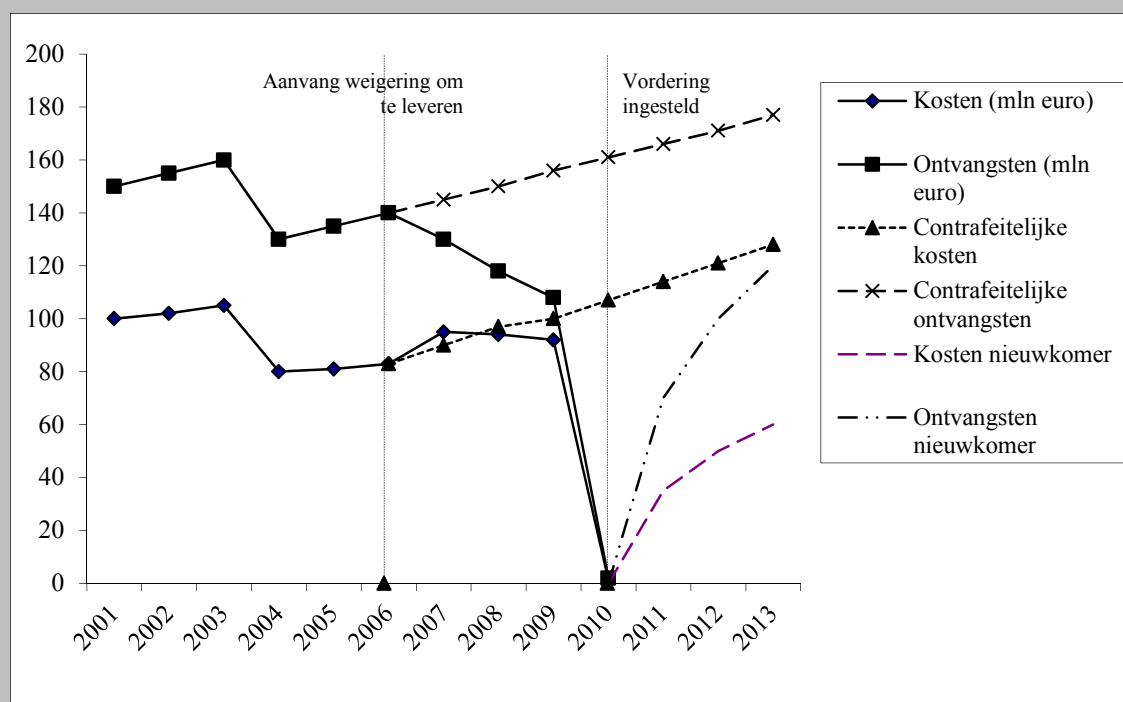
¹⁶¹ Voor een illustratie van de begroting van de schade die een uitgesloten nieuwkomer op een biedmarkt lijdt, zie Oberlandesgericht Düsseldorf (Deelstatelijk Gerechtshof, Düsseldorf), arrest van 16 april 2008, zaak nr. VI-2 U (kart) 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

¹⁶² Voor een voorbeeld van de toekenning van schadevergoeding ook voor de periode na de beëindiging van een inbreuk, zie Østre landsrets (Oostelijk Gerechtshof, Denemarken), arrest van 20 mei 2009, zaak nr. B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a/s / Post Danmark A/S).

¹⁶³ Bij het ramen van toekomstige winst dient de waarde normaal gezien naar beneden te worden bijgesteld om rekening te houden met de geldontwaarding.

contracten waarop Newco heeft geboden, een redelijke termijn kunnen zijn waarvoor toekomstige gederfde winst volgens de nationale regels dient te worden vergoed. In nog andere zaken zou de termijn gedurende welke de onderneming redelijkerwijs zonder nieuwe investeringen de producten had kunnen blijven produceren of de diensten had kunnen blijven verlenen, in aanmerking kunnen worden genomen.

In het Betanol-voorbeeld kan Eusolv ook schadevergoeding eisen voor de winst die het na 2010 kon hebben gemaakt, toen het bedrijf uit de markt was gestoten en een schadeactie instelde. Daarbij zouden de technieken kunnen worden gebruikt die ook voor het reconstrueren van het niet-inbreukscenario voor de jaren 2006-2010 waren gehanteerd, en zou dit verder naar de toekomst kunnen worden doorgetrokken. Uiteraard kan vergoeding voor gederfde winst in de toekomst niet voor een onbeperkte termijn worden gevorderd. Eusolv heeft besloten als criterium de termijn te nemen die het vermoedelijk nodig heeft om opnieuw tot de markt toe te treden nadat de inbreuk is beëindigd.



III. BEGROTING VAN DE SCHADE VOOR AFNEMERS

209. Ondernemingen die heimelijke afspraken maken of hun machtspositie misbruiken om een concurrent uit de markt te stoten, zullen wellicht kosten moeten maken of hun winst tijdelijk zien dalen om de inbreuk te plegen. Dit offer brengen de inbreukmakers om het mededingingsproces te verstoren, hetgeen hen uiteindelijk in een positie zal brengen waarin zij dankzij de verstoorde marktvoorwaarden grotere winsten maken en bijgevolg ten koste van hun afnemers dit tijdelijke verlies of deze gederfde winst terugwinnen. In de volgende secties worden twee typische gevallen van schade voor afnemers ten gevolge van uitsluitingsgedrag besproken. Voor het begroten van de schade is de schade voor afnemers ten gevolge van uitsluitingsgedrag vergelijkbaar met de schade ten gevolge van inbreuken die tot een prijsstijging leiden, waarop in deel 3 van deze praktische gids dieper is ingegaan.

A. Goedmaking van verliezen

210. De schade voor afnemers in het stadium van de goedmaking van verliezen in geval van uitsluitingsgedrag is het duidelijkst bij de toepassing van rooftprijzen, waarbij een onderneming misbruik maakt van haar machtspositie door haar prijzen artificieel laag te houden, zodat de concurrenten er niet tegenop kunnen en uiteindelijk de markt verlaten of hun marktaandeel zien krimpen. Wanneer de concurrenten eenmaal uit de markt zijn gestoten of een groter marktaandeel is verworven, kunnen de inbreukmakers grotere winsten maken doordat zij minder concurrentiedruk ondervinden.
211. De goedmaking van verliezen kan worden gezien als een aanvullende fase van de inbreuk, die kan leiden tot prijsverhogingen voor de afnemers van de inbreukmakers. Dit prijsverhogende effect houdt schade in die is veroorzaakt door het uitsluitingsgedrag en waarvoor de afnemers vergoeding kunnen eisen.

Goedmaking van verliezen bij de toepassing van rooftprijzen

Nemen wij bijvoorbeeld de markt voor vluchten op een bepaalde route tussen twee steden. Titan Airlines, een gevestigde onderneming die vluchten met kwaliteitsservice aanbiedt tegen een standaardtarief van 1 000 EUR, heeft op deze markt een machtspositie. Een andere speler op deze specifieke markt is de kleinere onderneming Bluesky Airlines, die sinds kort op dezelfde route actief is tegen prijzen van 800 EUR.

Titan Airlines begint rooftprijzen toe te passen door zijn tarieven strategisch te verlagen tot een standaardprijs van 500 EUR. Bluesky Airlines heeft het moeilijk om deze rooftprijzen te evenaren, waardoor zij niet rendabel kan blijven en uiteindelijk uit de markt wordt gestoten. De dominante onderneming Titan Airlines zal in dat geval profiteren van de verminderde concurrentie en haar winst verhogen door de tarieven op te trekken tot een niveau boven de tarieven die vóór de rooftprijzen golden, d.w.z. meer dan de oorspronkelijke standaardprijs van 1 000 EUR. Als Titan Airlines een prijs van 1 100 EUR zou hanteren totdat opnieuw een concurrent tot de markt toetreedt, zouden haar afnemers als gevolg van de inbreuk een meerprijs van 100 EUR betalen.

212. Voor de kwantificering van de uit de goedmaking van verliezen voortvloeiende meerprijzen geldt in beginsel hetzelfde conceptuele kader als het in deel 3 besproken kader betreffende inbreuken die op meer rechtstreekse wijze leiden tot een prijsstijging. Aangezien de schade ten gevolge van uitsluitingsgedrag niet beperkt blijft tot de concurrenten van de inbreukmaker, maar zich uitstrekt tot alle afnemers op een bepaalde markt, zijn de punten die zijn besproken in het kader van de schade die voortvloeit uit een meerprijs, ook in dit geval van toepassing.
213. Het feit dat een onderneming haar positie op de markt bereikt door onrechtmatig uitsluitingsgedrag, leidt niet in alle gevallen tot een prijsstijging voor de afnemers van de inbreukmakende onderneming. Zelfs dan kunnen afnemers evenwel nadeel ondervinden van de inbreuk, indien die bijvoorbeeld leidt tot een vermindering van de kwaliteit. Zo zou in het voorbeeld de dominante onderneming Titan Airlines opnieuw hetzelfde standaardtarief van 1 000 EUR kunnen gaan toepassen – niet meer dus dan de prijs die zij hanteerde vóór de uitsluiting van Bluesky Airlines. De passagiers op deze specifieke route ondervinden niettemin nadelige gevolgen, bijvoorbeeld als Titan Airlines van de geringere concurrentiedruk gebruik maakt om de kwaliteit van de service op de vlucht te verminderen.
214. De afnemers van de uitgesloten concurrent zullen zich mogelijk in een andere positie bevinden dan de afnemers van de inbreukmakers, aangezien zij wellicht gedwongen

zullen zijn om over te schakelen op de producten van de inbreukmakende onderneming nadat de concurrent uit de markt is gestoten. Los van de mogelijk verminderde kwaliteit zullen zij de inbreukmakende onderneming wellicht ook meer moeten betalen dan de prijs die zij voor de producten van de uitgesloten onderneming betaalden. Afhankelijk van de geldende wettelijke regels zou hen kunnen worden toegestaan aan te tonen dat zij zonder de inbreuk bij de uitgesloten concurrent voor een lagere prijs zouden hebben gekocht. In dat geval is het in aanmerking te nemen effect in beginsel vergelijkbaar met een meerprijs. Het bedrag van de meerprijs kan worden berekend door een vergelijking van de prijs van het door de inbreukmakende onderneming daadwerkelijk verkochte product met die welke de uitgesloten onderneming zou hanteren in het niet-inbreukscenario.

Zo zouden passagiers die vóór de uitsluiting van de onderneming met Bluesky Airlines reisden, een meerprijs moeten betalen wanneer zij door de uitsluiting van Bluesky Airlines gedwongen zijn tegen hogere tarieven met Titan Airlines te vliegen. De meerprijs kan worden geraamd op het verschil tussen de daadwerkelijke prijs van 1 000 EUR die zij aan Titan Airlines betalen, en de prijs van 800 EUR die Bluesky Airlines zou hebben berekend als zij niet uit de markt was gestoten. In dat geval zou de meerprijs voor de passagiers die waren gedwongen over te stappen van Bluesky Airlines naar Titan Airlines, op 200 EUR kunnen worden geraamd.

B. *Schade voor concurrenten als afnemers van de inbreukmakers*

215. Wanneer een concurrent tevens afnemer van de inbreukmaker is, kan het uitsluitingsgedrag de concurrent ook schaden wanneer hij bij de inbreukmaker koopt. In dergelijke situaties kan de uitgesloten concurrent niet alleen schadevergoeding eisen voor de kostenstijging ten gevolge van de inbreuk, maar kan hij er ook voor kiezen vergoeding te vorderen voor de winstderving die voortvloeit uit het feit dat hij minder produceert of verkoopt dan als de inbreuk niet had plaatsvonden¹⁶⁴.
216. Wat de begroting van de schade betreft, verkeren concurrenten die een meerprijs moeten betalen, in een vergelijkbare situatie als de afnemers van de deelnemers aan een kartel of aan een andere inbreuk die de meerprijs heeft veroorzaakt. Laten we, om dit uit te leggen, het Betanol-voorbeeld nemen en aannemen dat de dominante onderneming Worldco – in plaats van te weigeren Rawbeta aan Eusolv te leveren – besluit de aan Eusolv aangerekende prijs van Rawbeta te verhogen om de winstmarges van dit bedrijf onder druk te zetten. In een dergelijke situatie gelden dezelfde overwegingen als in alle andere gevallen van een prijsstijging ten gevolge van een inbreuk. In het voorbeeld zou Eusolv schadevergoeding kunnen eisen voor de meerprijs die bestaat in het verschil tussen de ten gevolge van het uitsluitingsgedrag betaalde prijs en de prijs die zonder de inbreuk had moeten worden betaald. Als de meerprijs is doorberekend, kunnen ook schadeacties worden ingesteld door de eigen afnemers van Eusolv, en kan Eusolv zelf vergoeding eisen voor de volumes die zij niet heeft verkocht door de prijsverhoging.

¹⁶⁴

Voor een voorbeeld van het begroten van schade bij discriminerende prijszetting waarvan een concurrent het slachtoffer is als afnemer van de inbreukmaker, zie Højesteret (Opperste Gerechtshof, Denemarken), arrest van 20 april 2005, zaak nr. 387/2002 (GT Linien A/S /DSB).

Tabel van aangehaalde zaken

Hof van Justitie van de EU

Zaak 238/78, Ireks-Arkady GmbH / Raad en Commissie, Jurispr. 1979, blz. 2955.

Zaak C-271/91, Marshall, Jurispr. 1993, blz. I-4367.

Zaak C-308/87, Grifoni II, Jurispr. 1994, blz. I-341.

Gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e.a. / Raad en Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-203.

Zaak C-453/99, Courage, Jurispr. 2001, blz. I-6297.

Zaak C-147/01, Weber's Wine World, Jurispr. 2003, blz. I-11365.

Gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, Manfredi, Jurispr. 2006, blz. I-6619.

Zaak C-360/09 *Pfleiderer*, [2011] Jurispr. I-5161.

Zaak C-199/11, Europese Commissie / Otis NV en anderen, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd.

Gerecht

Zaak T-202/98, Tate & Lyle / Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-2035.

Gevoegde zaken T-25/95 enz., Cimenteries CBR / Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-491.

Rechtbanken van de lidstaten

Corte d'Appello di Milano (Gerechtshof, Milaan), arrest van 3 februari 2000, zaak nr. I 308 (Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

Corte d'Appello di Roma (Gerechtshof, Rome), arrest van 20 januari 2003, zaak nr. I-2474 (Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.).

Corte d'Appello di Milano (Gerechtshof, Milaan), arrest van 11 juli 2003, (Bluvacanze).

Cour d'Appel de Paris (Gerechtshof, Parijs), arrest van 23 juni 2003 (Lescarcelle-De Memoris / OGF).

Landgericht Dortmund (Rechtbank, Dortmund), arrest van 1 april 2004, zaak nr. 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise).

Højesteret (Opperste Gerechtshof, Denemarken), arrest van 20 april 2005, zaak nr. 387/2002 (GT Linien A/S / DSB).

Bundesgerichtshof (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 28 juni 2005, zaak nr. KRB 2/05 (Vervoerbaar beton).

Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Rechtbank van Koophandel, Madrid), vonnis van 11 november 2005, zaak nr. 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. / Telefónica de España S.A.).

Audiencia Provincial de Madrid (Gerechtshof, Madrid), arrest van 25 mei 2006, zaak nr. 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (Litouws Gerechtshof), arrest van 26 mei 2006, zaak nr. 2A-41/2006 (Stumbras)

Corte Suprema di Cassazione (Hoogste Gerechtshof, Italië), arrest van 2 februari 2007, zaak nr. 2305 (Fondiarria SAI SpA / Nigriello).

Bundesgerichtshof (Hoogste Federaal Gerechtshof, Duitsland), arrest van 19 juni 2007, zaak KRB nr. 12/07 (Papiergroothandelskartel).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Rechtbank voor burgerlijke zaken, Graz), arrest van 17 augustus 2007, zaak nr. 17 R 91/07 p (Rijschool).

Oberlandesgericht Düsseldorf (Deelstatelijk Gerechtshof, Düsseldorf), arrest van 16 april 2008, zaak nr. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

Stockholms tingsrätt (Rechtbank van Stockholm), arrest van 20 november 2008, gevoegde zaken T 32799-05 en T 34227-05 (Europe Investor Direct AB e.a. /VPC Aktiebolag), beroep loopt nog.

Tribunal Administratif de Paris, arrest van 27 maart 2009 (SNCF / Bouygues).

Østre landsrets (Oostelijk Gerechtshof, Denemarken), arrest van 20 mei 2009, zaak nr. B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s /Post Danmark A/S).

Kammergericht Berlin (Gerechtshof, Berlijn), arrest van 1 oktober 2009, zaak nr. 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Deelstatelijk Gerechtshof, Karlsruhe), arrest van 11 juni 2010, zaak nr. 6 U 118/05. hogere voorziening bij het Hoogste Federaal Gerechtshof (zie hieronder).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Rechtbank van Koophandel, Barcelona), arrest van 20 januari 2011, zaak nr. 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./ Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

Bundesgerichtshof (Federaal Gerechtshof), arrest van 28 juni 2011, zaak nr. KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal, arrest van 28 maart 2013, zaak nr. 1166/5/7/10 (Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig).