
Economen voor de rechter

Vereniging voor Mededingingsrecht

Dr. Gunnar Niels
Partner

27 juni 2017

Overzicht

- economische deskundigen in mededingings- en schadezaken voor de rechtbank
- voorbeelden uit andere landen
- voorbeelden uit Nederland
- ingrediënten voor *best practice*

Economische analyse als *black box*: Wat kunnen rechters hiermee?



open doen en kijkje nemen? de inhoud volledig begrijpen? hard schudden?

Rol van economische deskundigen: helderheid scheppen in complexe materie

- “competition law is not an area of law in which there is much scope for absolute concepts or sharp edges”

Competition Appeal Tribunal, *Racecourse Association and British Horseracing Board v OFT* [2005] CAT 29

- toenemende rol van economen in mededingingszaken
 - mededingingsautoriteiten en hun Chief Economists
- toenemende rol van civielrechtelijke handhaving mededingingsrecht
 - Richtlijn schadevorderingen (2014)
- rechters zijn wel gewend om met complexe materie om te gaan

“[a] prudent economist must account for differences and would perform minimum regression analysis when comparing price before relevant period to prices during damage period”

 - Re Aluminum Phosphide Antitrust Litig., 893 F.Supp. 1497, 1507 (D. Kan.1995)

Economie in mededingingsrecht: geen *rocket science*

“Antitrust economics employs what academic economists sometimes denigrate as ‘**applied economics**’. The relation of applied economics to economics as an intellectual discipline is a little like the relationship of the tonsillectomy to the science of surgery or the oil change to the science of automotive engineering. Applied economics as a general matter is **hardly at the frontier of economic science**, but its very banality supplies the consensus needed to make it a successful antitrust tool.”

Areeda, P. and Hovenkamp, H. (2007), *Antitrust Law*, 3rd edn, Aspen Law & Business, vol. 1, p. 112.

Rol van economische deskundigen: de *counterfactual*

“It is common ground between the parties, and obviously right, that **expert economic evidence is necessary** in this case, in order to be able to establish the relevant economic factual background, and then to **wander off into the realms of economic fantasy which is necessary in order to arrive at answers to questions of causation and loss**, so far as liability is established.”

“... expertise in defining relevant parameters and operations of and within the health care industry, and then the application of the fruits of that exercise, and of factual material, in **economic modelling to work out what would have happened** had Reckitt Benckiser not done that which it may ultimately be found they should not have done.”

Secretary of State for Health and others/Pinewood v Reckitt Benckiser,
approved judgment, December 4th 2012, 2012 EWHC 3913 (Ch)

Rol van economische deskundigen: welke mate van precisie in de berekeningen?

“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 aannames.**” (16)

“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 ... De toepasselijke nationale rechtsvoorschriften en de uitlegging daarvan dienen deze inherente grenzen van de schadebegroting bij schadeacties ... te weerspiegelen ... zodat de uitoefening van het recht op schadevergoeding dat door het Verdrag wordt gewaarborgd, **niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk wordt gemaakt.**” (17)

European Commission (2013), ‘Practical guide: quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union’, June.

Partijdeskundigen

USA, UK, Australië, Ierland, internationale arbitragezaken

- *Daubert* test in USA
 - geaccepteerde principes en methodes
 - harde data, niet “estimates, feelings and beliefs of industry expert”
 - geworteld in specifieke feiten van de zaak (Nobelprijs economie onvoldoende!)
- UK: *duty to help the court*
 - bereidheid om zaak vanuit alle invalshoeken te belichten
 - deskundigenoverleg, mogelijk in verschillende stadia
 - gezamenlijk verslag met punten van overeenkomst en verschillen
 - kruisverhoor van deskundigen

Vonnis: het systeem werkt

“The quantum experts have managed to make very **good progress in agreeing figures**. This meant that the **issues between them were more limited**. Both [Expert 1 and Expert 2] were **impressive witnesses** and although their approaches on particular issues differed, this was the result of opinion on such matters as validation of costs. **I have therefore been able to see clearly what their views are and decide which view I prefer on particular issues.**”

BSkyB v EDS [2010] EWHC 86 (TCC).

Voorbeeld: de UK interchange fee schadezaken

Complexe zaak: art. 101 en schade

Case No. [2017] EWHC 93 (Comm), *Arcadia & Ors v MasterCard & Ors*, UK High Court, 30 January 2017
original action, dus grote nadruk op 101(1) en 101(3)
schadeclaim van honderden miljoenen
deskundigenrapporten met honderden pagina's

High Court kan hiermee overweg

joint expert report
6 dagen kruisverhoor
focus op merchant indifference test (MIT) voor
exemptible/counterfactual prijsniveau
rechter volgt alle berekeningen en maakt zelf
aanpassingen



De expert hot tub

- reeds lang gebruikelijk in Australië en Nieuw Zeeland (“*conclave*”)
- verschillende varianten:
 - de rechter dirigeert
 - combinatie kruisverhoor en vragen rechter
 - spontane hot tubs
- voordeel: directe discussie over specifieke thema’s
- nadeel: soms neiging tot debatwedstrijd

Rechtbankdeskundigen

Nederland, Duitsland, België, Oostenrijk

- “The fallacy underlying the one-expert argument lies in the unstated premise that in fields of expert knowledge there is only one answer.”

Downes, G. (2006), ‘Problems with Expert Evidence: Are Single or Court-Appointed Experts the Answer?’ *Journal of Judicial Administration*, 15:4, p. 185

- nog steeds rol voor partijdeskundigen
 - maakt werk rechtbankdeskundige eenvoudiger
 - peer review van werk rechtbankdeskundige
- variant: econoom als rechter of lid tribunaal

Voorbeeld uit Nederland: Nestlé vs. Mars

Misbruik van marktmacht

- Mars programma voor tankstations:
 - gunstige plaatsing op schappen
 - in ruil voor gratis producten
- Mars marktaandeel 67%, Nestlé 25%
- nadruk op belang van plaatsing: foto's
- partijdeskundigen analyseren effecten
 - *as efficient competitor* test: kon Nestlé het programma matchen?
 - hangt af van betwistbare deel markt en effectief kortingspercentage
- vonnis (twee jaar later): mogelijk effecten, dus benoem rechtbankdeskundige



Nestlé/Mars, Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356, vonnis 7 augustus 2013.

Het eerste deskundigenbubbelbad in Nederland?

- misbruikzaak in Nederlandse rechtbank (2016-17)
- rechtbank benoemt panel van drie deskundigen
- deskundigen ontvangen data en economische rapporten van partijen
- deskundigen organiseren hoorzitting met de partijdeskundigen
 - raadslieden ook aanwezig!
- partijdeskundigen krijgen kans om analyse toe te lichten, op andere zijde te reageren, en vragen van rechtbankdeskundigen te beantwoorden
- partijdeskundigen mogen in later stadium ook reageren op conceptrapport rechtbankdeskundigen
 - ⇒ goede interactie deskundigen; economische standpunten helder

Conclusie: drie noodzakelijke ingrediënten

- de economische deskundigen moeten hun data en methoden onderling uitwisselen, en gezamenlijk identificeren op welke punten ze het wel of niet met elkaar eens zijn, en waarom
- de economische deskundigen dienen de kans krijgen om hun analyse in de rechtbank toe te lichten
- de economische deskundigen dienen hun analyse open te stellen voor *peer review* en kruisverhoor in de rechtbank

⇒ verschillende rechtstelsels kunnen functioneren met dit recept

Contact:
Dr. Gunnar Niels
gunnar.niels@oxera.com

www.oxera.com
Follow us on Twitter
[@OxeraConsulting](https://twitter.com/OxeraConsulting)

Oxera Consulting LLP is a limited liability partnership registered in England No. OC392464, registered office: Park Central, 40/41 Park End Street, Oxford, OX1 1JD, UK. The Brussels office, trading as Oxera Brussels, is registered in Belgium, SETR Oxera Consulting Limited 0883 432 547, registered office: Stephanie Square Centre, Avenue Louise 65, Box 11, 1050 Brussels, Belgium. Oxera Consulting GmbH is registered in Germany, no. HRB 148781 B (Local Court of Charlottenburg), registered office: Torstraße 138, Berlin 10119, Germany.

Although every effort has been made to ensure the accuracy of the material and the integrity of the analysis presented herein, the Company accepts no liability for any actions taken on the basis of its contents. No Oxera entity is either authorised or regulated by the Financial Conduct Authority or the Prudential Regulation Authority. Anyone considering a specific investment should consult their own broker or other investment adviser. We accept no liability for any specific investment decision, which must be at the investor's own risk.

© Oxera, 2015. All rights reserved. Except for the quotation of short passages for the purposes of criticism or review, no part may be used or reproduced without permission.

oxera
compelling economics