

VU Research Portal

Case note: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (Setel N.V./AVR Holding N.V.)

Geursen, W.W.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geursen, W. W., (2010). *Case note: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (Setel N.V./AVR Holding N.V.)*, Aug 26, 2008. (Actualiteiten Mededingingsrecht; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De Civiele Rechter

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen, 14 mei 2007, AVR Holding N.V./United Telecommunication Services N.V. en Setel N.V., AR 1092/2005, LJN: BK1794 (eerst pas gepubliceerd op www.rechtspraak.nl op 3 november 2009) Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, 26 augustus 2008, Setel N.V./AVR Holding N.V., AR 1092/05- H. 7/08, LJN: BF0005

Tariefregulering, telecommunicatie, schadevergoeding, winstafdracht

met noot WG

Feiten¹ en geschil

Op de Nederlandse Antillen regelt de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen² de exploitatie van telefonienetwerken via een concessiestelsel. In de periode die dit geding betreft, de eerste zeven maanden van 2002, exploiteerde concessiehouder Setel zowel een netwerk voor vaste telefonie als een netwerk voor mobiele telefonie. Een andere concessiehouder, Curaçao Telecom N.V., exploiteerde alleen een netwerk voor mobiele telefonie. Voordat de telefoniemarkt was geliberaliseerd, was Setel trouwens de monopolist op de telefoniemarkt; Curaçao Telecom is een relatieve nieuwkomer op de telefoniemarkt.

Op basis van hun concessies waren beide operators verplicht elkaar interconnectie te verlenen op hun respectievelijke netwerken, opdat klanten van het ene netwerk met klanten van het andere netwerk konden bellen. Daarvoor betaalden de concessiehouders elkaar interconnectievergoedingen. De hoogte van de vergoedingen dienen door de concessiehouders te worden vastgelegd in een interconnectie-overeenkomst; in het geval de concessiehouders niet tot een dergelijke overeenkomst kunnen komen, stelt de minister van Verkeer en Vervoer (van de Nederlandse Antillen) de vergoeding vast op basis van het Landsbesluit geschillenbeslechting concessiehouders.³

Aangezien Setel en Curaçao Telecom niet tot een dergelijke overeenkomst konden komen over de hoogte van de te betalen interconnectievergoedingen, heeft de minister

deze op 13 december 1999 vastgesteld. Op basis van dat besluit diende Setel aan Curaçao Telecom een interconnectievergoeding van 36 cent per minuut te betalen voor gesprekken die op Setel's vaste of mobiele netwerk begonnen en op het mobiele telefoonnetwerk van Curaçao Telecom eindigden, terwijl Curaçao Telecom in de omgekeerde situatie een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel diende te betalen.

Eind 2001 zijn de twee concessiehouders opnieuw en onverrichter zake in onderhandeling getreden over de hoogte van de vergoedingen. Setel was ontevreden over het feit dat het 21 cent meer diende te betalen dan Curaçao Telecom. De moedermaatschappij van Setel, United Telecommunication Services, heeft vervolgens bij brief van 5 november 2001 aan de minister meegedeeld dat het verschil in interconnectievergoeding van 21 cent per minuut in rekening zal worden gebracht aan Setel's klanten die naar het netwerk van Curaçao Telecom bellen. Op die manier trachtte Setel een deel van de kosten van de interconnectievergoeding af te wentelen op haar klanten; Setel zou daardoor effectief slechts 15 cent per minuut aan kosten maken. De minister heeft nagelaten te reageren op de kennisgeving van de tariefsverhoging. Volgens de bestuursrechter kon Setel daar echter niet het vertrouwen aan ontlenden dat de minister met de tariefsverhoging had ingestemd.⁴ Bij brief van 29 december 2001 heeft de moedermaatschappij van Setel, United Telecommunication Services, aan Curaçao Telecom meegedeeld dat Setel de onverhoopte tariefsverhoging niet zou doorvoeren, wanneer Curaçao Telecom de door Setel te betalen interconnectievergoeding zou verlagen van 36 naar 15 cent per minuut. Curaçao Telecom heeft daar niet mee ingestemd en heeft de minister bij brief van 31 december 2001 verzocht de tariefsverhoging van Setel tegen te houden.

Per 1 januari 2002 heeft Setel de tarieven van haar klanten die naar een klant van Curaçao Telecom belden, verhoogd met 21 cent per minuut. Daarmee was het dus duurder voor klanten van Setel om te bellen naar een mobiel nummer van Curaçao Telecom dan naar een mobiel nummer van Setel; Setel heeft hiermee tariefsdifferentiatie ingevoerd. Curaçao Telecom heeft in de periode die daarop volgde een tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees gekend.

De minister heeft (pas) bij beschikking van 28 maart 2002 besloten dat Setel gehouden was "de tariefsituatie zoals die bestond voor 1 januari 2002 te herstellen".⁵ Ondanks dat besluit hield Setel vast aan haar tariefsdifferentiatie. Pas

1 De feiten zijn mede ontleend aan de beschrijving van de feiten in de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 29 november 2004, Setel N.V./De minister van Verkeer en Vervoer, 10 HLAR 01/02, LJN: BF3228; eerst pas gepubliceerd op www.rechtspraak.nl op 26 september 2008 en aan de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen van 14 mei 2007, AVR Holding N.V./United Telecommunication Services N.V. en Setel N.V., AR 1092/2005, LJN: BK1794.

2 P.B. 1995, no. 196.

3 P.B. 1995, no. 221.

4 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, 29 november 2004, Setel N.V./De minister van Verkeer en Vervoer, 10 HLAR 01/02, LJN: BF3228, r.ov. 2.2.2.3; eerst gepubliceerd op www.rechtspraak.nl op 26 september 2008.

5 Overigens heeft de minister op 8 april 2002, nr. 1911-A'02/RNA, een nieuwe beschikking genomen die slechts op enkele niet-inhoudelijke punten afweek van de vrijwel gelijklopende beschikking van 28 maart 2002; die laatste is door de minister ingetrokken, omdat daarin enkele verschrijvingen en typefouten in voorkwamen. Die herziene beschikking was het onderwerp van het bestuursrechtelijke beroep en hoger beroep; zie noot 7 hierna.

nadat Curaçao Telecom een kortgedingprocedure had aangespannen tegen Setel en de kortgedingrechter bij vonnis van 2 augustus 2002 Setel had veroordeeld – op straffe van een dwangsom – het besluit van de minister na te leven, heeft Setel de tariefsdifferentiatie per 30 juli 2002 ongedaan gemaakt.⁶ Setel heeft vergeefs beroep en hoger beroep ingesteld tegen het besluit van de minister.⁷

Curaçao Telecom is van mening dat het schade heeft geleden wegens omzetsderving; de tariefsdifferentiatie van Setel die zij in het strijd met het besluit van de minister heeft gehanteerd in de eerste zeven maanden van 2002 zou, zoals gezegd, hebben geleid tot een tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees.

Curaçao Telecom heeft de (vermeende) vordering tot schadevergoeding op Setel op 3 maart 2005 gecedeerd aan haar moedermaatschappij AVR Holding.⁸ AVR Holding heeft kort daarop al haar aandelen in Curaçao Telecom verkocht aan een derde partij. Om die reden heeft Curaçao Telecom verder geen rol meer gespeeld als partij in de civiele procedures tot schadevergoeding.

AVR Holding heeft vervolgens Setel en haar moedermaatschappij United Telecommunication Services gedaagd en primair gevorderd Setel en haar moedermaatschappij hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade. De hoogte van de gevorderde schadevergoeding heeft AVR Holding gebaseerd op het leerstuk van winstafdracht van art. 6:104 BW. Daarmee wordt de schade geraamd op de winst die Setel heeft behaald met de onrechtmatige tariefsverhoging. Volgens AVR Holding komt de onrechtmatige winst van Setel neer op het aantal belminuten van Setels klanten naar klanten van Curaçao Telecom in de periode 1 januari 2002 tot en met 29 juli 2002 vermenigvuldigd met de 21 cent. Volgens AVR Holding waren dat 18,6 miljoen belminuten; hetgeen resulteert in een bedrag van Naf. 3,9 miljoen (ca. € 1,2 miljoen).⁹

Uitspraken

Het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen

Beoordeling

3.2 AVR Holding legt aan haar vordering ten grondslag dat zowel United Telecommunication Services als Setel onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld. Het is het Gerecht niet duidelijk geworden welke gedragingen AVR Holding United Telecommunication Services nu precies verwijt. Vaststaat dat het Setel is geweest die, als concurrent en medeconcessiehouder van Curaçao Telecom,

de door Curaçao Telecom gewraakte tariefsdifferentiatie heeft doorgevoerd. Dat het besluit hiertoe is genomen op initiatief, op aanwijzing of met goedkeuring van Setels aandeelhoudster United Telecommunication Services, betekent nog niet dat ook United Telecommunication Services uit hoofde van onrechtmatige daad kan worden aangesproken. De doorvoering van de tariefsdifferentiatie betreft in het verkeer een handeling van Setel, waarvoor in beginsel slechts zij kan worden aangesproken. Bijzondere omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat ook haar aandeelhoudster onrechtmatig heeft gehandeld, zijn gesteld noch gebleken. Het Gerecht ziet derhalve geen grond voor aansprakelijkheid van United Telecommunication Services, zodat de vordering tegen haar zal worden afgewezen. (...)

3.4 De vraag of Setel door middel van de doorvoering van de tariefsdifferentiatie onrechtmatig jegens Curaçao Telecom heeft gehandeld wordt door het Gerecht bevestigend beantwoord. In de hiervoor bedoelde administratieve procedures is komen vast te staan dat de door Setel doorgevoerde tariefsdifferentiatie in strijd was met de aan Setel verleende concessies voor vaste en mobiele telefonie, aangezien tariefsdifferentiatie voor overeenkomstige vormen van dienstverlening (hier: het bellen naar een mobiel nummer) niet was toegestaan. De omstandigheid dat de betreffende door Setel geschonden concessievoorwaarden beogen het belang van de eindgebruikers te beschermen, zoals Setel stelt, betekent nog niet dat een dergelijke schending onder omstandigheden niet onrechtmatig kan zijn jegens derden (niet-eindgebruikers). In de eerste plaats was Curaçao Telecom weliswaar niet aan te merken als eindgebruiker, maar was zij in ieder geval wel aan te merken als gebruiker van het net van Setel, zoals Setel ook gebruiker was van het net van Curaçao Telecom. Van belang is ook dat, naar genoegzaam is gebleken, de Antilliaanse telecommunicatiemarkt nog maar zeer onlangs uit de monopolistische sfeer (met Setel als monopolist) was gekomen en Curaçao Telecom een relatieve nieuwkomer op die markt betrof, alsmede dat in de zich ontwikkelende mobiele markt nog geen systeem van kostenallocatie beschikbaar was. Voor de interconnectie waren Curaçao Telecom en Setel op elkaar aangewezen, tegen welke achtergrond zij vanaf de toetreding van Curaçao Telecom overleg hebben gevoerd, onder meer over de interconnectietarieven, en geschillen daarover ingevolge het Landsbesluit geschillenbeslechting concessiehouders aan de Minister dienden te worden voorgelegd. Zoals ook hierna nog aan de orde zal komen, was op voorhand evident voor Setel dat de door haar aan haar eindgebruikers in rekening te brengen extra kosten voor het bellen naar Curaçao Telecom, Curaçao Telecom de naam zou geven het duurdere netwerk te zijn en Curaçao Telecom klanten en omzet zou kosten. Het eenzijdig publiekelijk bekendmaken, doorvoeren en handhaven van de tariefsdifferentiatie, zonder overeenstemming met of zelf maar vooraankondiging aan Curaçao Telecom en in weerwil van de verzoeken en de

6 Die situatie heeft voortbestaan tot en met juni 2004. Toen hebben Setel en Curaçao Telecom een interconnectieovereenkomst gesloten waarbij het interconnectietarief voor beide partijen uiteindelijk toch op 36 cent per minuut kwam te liggen.

7 Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, 1 oktober 2002, Setel N.V./De minister van Verkeer en Vervoer (niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl) en in hoogste instantie Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, 29 november 2004, Setel N.V./De minister van Verkeer en Vervoer, 10 HLAR 01/02, LJN: BF3228; eerst pas gepubliceerd op www.rechtspraak.nl op 26 september 2008.

8 Deze cessie is bij brief van 21 maart 2005 van AVR Holding aan United Telecommunication Services en Setel medegegeerd.

9 De wisselkoers (selling rate) NAF/EUR was op 26 augustus 2008 (de datum van de uitspraak in hoger beroep) NAF 2,6838 voor 1 euro (bron: Centrale Bank van de Nederlandse Antillen op www.centralbank.an/exchange_rates.php).

Rechtspraak

beslissing van de Minister, moet onder deze omstandigheden worden beschouwd – in elk geval mede – als een ongeoorloofd middel om ten koste van Curaçao Telecom concurrentievoordeel te behalen. Zulks geldt ook indien Setel van mening zou zijn geweest dat de geldende interconnectietarieven niet langer kostengeoriënteerd waren. Setel is aansprakelijk voor de als gevolg daarvan door Curaçao Telecom geleden schade.

3.5 De omstandigheid dat de Minister in de beschikking van 28 maart 2002 heeft bepaald dat Setel de tariefsverhoging niet met terugwerkende kracht per 1 januari 2001 ongedaan hoefde te maken, doet niet af aan het feit dat Setel vanaf die datum in strijd heeft gehandeld met de aan haar verleende concessies en onrechtmatig jegens Curaçao Telecom. De beschikking van de Minister noch de vonnissen van het Gerecht en het Hof bieden enige steun voor de gedachte dat de tariefsverhoging vóór 14 april 2002 wel geoorloofd en rechtmatig was. Het niet-toekennen van terugwerkende kracht tot de ingangsdatum van de tariefsverhoging laat de aanspraak van Curaçao Telecom op schadevergoeding vanaf die datum onverlet.

3.6 Van een rechtvaardigingsgrond voor het handelen van Setel is naar het oordeel van het Gerecht geen sprake. Setel stelt dat haar kosten voor het bellen naar Curaçao Telecom 36 cent per minuut bedroegen en dat zij bij het tarief van 15 cent dat zij bij haar eindgebruikers in rekening bracht op elke minuut 21 cent moest bijleggen. Voorts stelt zij dat de door haar aan Curaçao Telecom te betalen interconnectievergoeding van 36 cent per minuut niet “kostengeoriënteerd” en veel te hoog was. Daargelaten dat AVR Holding deze stellingen gemotiveerd heeft betwist en daargelaten dat Setel niet heeft verklaard hoe het komt dat in de in 2004 tussen Curaçao Telecom en Setel gesloten interconnectieovereenkomst de aan Curaçao Telecom te betalen interconnectievergoeding is gehandhaafd op 36 cent, is het Gerecht van oordeel dat Setel ook onder deze omstandigheden de weg van overleg met Curaçao Telecom en, zonodig, beslissing door de Minister had dienen te bewandelen.

3.7 In de op basis van AVR Holding's gegevens door Curaçao Telecom's accountant CAS in haar brief van 23 mei 2005 neergelegde 'inschatting geleden schade', wordt in het eerste halfjaar van 2002 – de periode van de gewraakte tariefsverhoging – een daling van het aantal nieuwe Curaçao Telecom-abonnees genoemd van 1000 naar 250 per maand ten opzichte van 2001, welk aantal vervolgens in het tweede halfjaar van 2002 – nadat de tariefsverhoging ongedaan was gemaakt – weer opliep tot gemiddeld 800 per maand. Setel heeft weliswaar de nodige vraagtekens geplaatst bij de uitgangspunten, aannames en conclusies van CAS, maar het Gerecht acht voldoende aannemelijk geworden dat Curaçao Telecom door de onrechtmatige tariefsverhoging schade heeft geleden. Het voorzienbare gevolg van de tariefsverhoging was dat Curaçao Telecom bij het publiek de naam kreeg het duurdere netwerk te zijn. De tariefs-

verhoging zal Curaçao Telecom ongetwijfeld (nieuwe) klanten hebben gekost. Het ligt immers voor de hand dat consumenten die de keuze hebben tussen een Curaçao Telecom-toestel dat hun via Setel bellende relaties (daaronder begrepen hun gezinsleden die vanuit huis via de vaste Setel-aansluiting bellen) op extra kosten jaagt enerzijds en een Setel-toestel waarbij dat niet het geval is anderzijds, veelal voor dat laatste zullen kiezen, met voor Curaçao Telecom een gemis aan abonnees (daaronder begrepen pre-paid bellers) en dus omzet tot gevolg. De redenering van Setel dat zich eerder een omgekeerd beeld zou hebben kunnen voordoen – Setel-abonnees werden geconfronteerd met een prijsverhoging voor bellen naar Curaçao Telecom en zouden die ontlopen als zij zelf overstapten naar Curaçao Telecom – miskent dat dit slechts zou kunnen opgaan voor louter mobiel bellende Setel-abonnees. Dat een relevant aantal (per definitie Setel-)abonnees met een vaste aansluiting een dergelijke overstap naar een mobiele Curaçao Telecom-aansluiting heeft gemaakt, komt het Gerecht onwaarschijnlijk voor. Aanwijzingen daarvoor ontbreken. Setel heeft een aantal andere mogelijke oorzaken geopperd van de terugval bij Curaçao Telecom in de aantallen nieuwe abonnees. Dat uitsluitend de door haar genoemde factoren de terugval hebben veroorzaakt – en niet Setels tariefsverhoging – is niet aannemelijk geworden.

Het Gerecht acht voorts aannemelijk dat de tariefsverhoging heeft geleid tot een voor Curaçao Telecom lager saldo aan door Setel te betalen interconnectievergoedingen. Setel-bellers zullen na de tariefsverhoging terughoudender zijn geweest om Curaçao Telecom-nummers te bellen (of, zoals door de ter pleitzitting aanwezige adviseur van Setel uitgedrukt: 'die kijken wel uit'). Ook hierbij betreft het Gerecht het feit van algemene bekendheid dat consumenten hun consumptie mede laten afhangen van de door hen te betalen prijs en dat een hogere prijs een drukkend effect heeft op de consumptie. Bewijslevering of deskundigenonderzoek is daarvoor niet nodig.

3.8 AVR Holding vordert primair een schadevergoeding conform de schatting door CAS, althans begroot op basis van artikel 6:104 BW. Zoals Setel terecht stelt en ook AVR Holding en CAS zelf onderkennen, is op de schatting van CAS, die komt tot een bedrag van Naf. 5.130.556, wel wat aan te merken. In elk geval hoort de post van Naf. 1.780.000 terzake lagere verkoopopbrengst aandelen op de door Setel genoemde gronden niet thuis in de schadeopstelling en zou deze leiden tot een dubbeltelling. Van het geschatte schadebedrag dat resteert heeft het overgrote deel betrekking op 'omzetsderving door gemis subscribers' en 'doorwerking gemis subscribers'. Een belangrijke moeilijkheid bij deze schadeposten is dat onzeker en niet vast te stellen is wat consumenten zouden hebben gedaan indien Setel de tariefsverhoging achterwege zou hebben gelaten, waarbij geldt dat ook andere factoren een rol kunnen hebben gespeeld bij de tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees van Curaçao Telecom. Geen van partijen heeft gesteld dat de impact voor Curaçao Telecom van de tariefsverhoging

– al dan niet na inschakeling van een deskundige – kan worden vastgesteld. Dát schade is veroorzaakt door de tariefsverhoging acht het Gerecht, zoals hiervoor reeds overwogen, echter gegeven. Naar het oordeel van het Gerecht leent deze zaak zich er dan ook voor om voor de begroting van de schade te kijken naar de door Setel met haar onrechtmatig handelen gemaakte winst als bedoeld in artikel 6:104 BW.

3.9 Setel heeft benadrukt dat de tariefsverhoging voor haar niet in extra winst heeft geresulteerd. Volgens Setel moest zij voorafgaand aan de tariefsverhoging toelagen op het verkeer naar Curaçao Telecom en was dat na de tariefsverhoging nog steeds het geval. Indien er hier veronderstellenderwijze van zou worden uitgegaan dat deze stelling van Setel juist is, zou in elk geval kunnen worden vastgesteld dat Setel door middel van de tariefsverhoging haar verlies heeft weten te beperken. Ook dat zou een voordeel voor Setel betekenen en ook dat zou naar het oordeel van het Gerecht tot toepassing van artikel 6:104 BW aanleiding geven. Setels stelling dat Curaçao Telecom nooit zelf de veronderstelde winst had kunnen maken omdat die ten laste van Setel-abonnees is gemaakt, is daarbij niet relevant.

3.10 AVR Holding heeft de door Setel met de tariefsverhoging behaalde winst gesteld op het aantal belminuten van Setels eindgebruikers naar het mobiele netwerk van Curaçao Telecom in de periode 1 januari 2002 tot en met 29 juli 2002, vermenigvuldigd met Naf. 0,21. Het aantal belminuten was volgens AVR Holding 18.557.460, hetgeen resulteert in een bedrag van Naf. 3.897.066,60. Setel heeft het door AVR Holding gestelde aantal belminuten weliswaar betwist, maar heeft niet aangegeven om hoeveel minuten het dan wel ging. Evenmin heeft zij aangegeven dat zij niet over deze gegevens beschikt of dat deze voor haar niet te achterhalen zijn. Aan deze betwisting zal het Gerecht dan ook voorbijgaan. Genoemd bedrag van Naf. 3.897.066,60 zal het Gerecht aanmerken als het door Setel met de jegens Curaçao Telecom onrechtmatig geoordeelde tariefsverhoging behaalde voordeel. Dat aan het behalen van dit voordeel (of het nu winst is, zoals AVR Holding stelt, of verliesbeperking, zoals Setel stelt) nog (extra) kosten waren verbonden, is gesteld noch gebleken. Evenmin gesteld of gebleken is dat Setel is overgegaan of gehouden is over te gaan tot restitutie van de met de tariefsverhoging aan haar eindgebruikers in rekening gebrachte bedragen. Het Gerecht zal de schade van Curaçao Telecom niettemin niet begroten op het gehele bedrag van Naf. 3.897.066,60. In de schatting door AVR Holding van de daadwerkelijke schade en in hetgeen hiervoor onder 3.8 is opgemerkt over de (vermoedelijke) omvang daarvan, ziet het Gerecht aanleiding de (totale) schade te begroten op een deel van het door Setel behaalde voordeel, en wel op Naf. 3.000.000,-. Dat bedrag zal worden toegewezen. De wettelijke rente zal het Gerecht daarbij toewijzen met ingang van de datum waarop AVR Holding haar verzoekschrift heeft ingediend. Voordien verschuldigd geworden wettelijke rente moet worden geacht te zijn begrepen in het schadebedrag.

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba

Beoordeling

4.1. De grieven in het principaal en incidenteel appel, die gezamenlijk kunnen worden behandeld, beogen het geschil in volle omvang aan het oordeel van het Hof te onderwerpen. Zij zijn ongegrond. Het Hof sluit zich aan bij de oordelen van het GEA. In hoger beroep zijn geen wezenlijk nieuwe feiten en omstandigheden of gezichtspunten aangedragen.

4.2. Hieraan zij nog het volgende toegevoegd. Door het Hof als LAR-rechter in hoogste instantie is op 29 november 2004 (10 HLAR 01/02) [LJN: BF3228] beslist dat de door Setel toegepaste tariefsdifferentiatie ongeoorloofd was op grond van de aan Setel verleende concessies (productie 3 bij inleidend verzoekschrift). Niet-naleving van de ingevolge de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen en uitvoeringsregelgeving gestelde concessievoorwaarden levert strijd op met een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW.

4.3. Bovendien is in de gegeven omstandigheden, zoals door het GEA vastgesteld (bestreden vonnis rov. 3.4), door Setel jegens Polycom N.V., thans Curaçao Telecom N.V., hierna te noemen: Curaçao Telecom, gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW. Op onbehoorlijke wijze werd bewerkstelligd dat Curaçao Telecom minder aantrekkelijk werd voor veel consumenten en dat minder gebeld werd naar het mobiele netwerk van Curaçao Telecom.

4.4. Ook als juist zou zijn, hetgeen Setel te bewijzen heeft aangeboden (maar als zuiver juridische stelling niet vatbaar is voor bewijs), dat ten aanzien van de bedoelde wettelijke plicht de relativiteit ontbreekt (artikel 6:163 BW), blijft gelden dat de door Setel jegens Curaçao Telecom geschonden zorgvuldigheidsnorm wel strekte tot bescherming tegen de door Curaçao Telecom gestelde schade, ook al is de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm mede bepaald door het feit dat de wettelijke norm is overtreden. Het bewijsaanbod wordt (ook) daarom gepasseerd.

4.5. Voor tariefswijziging bestond een procedure zoals beschreven in voormelde LAR-uitspraak. Setel heeft deze procedure niet gevolgd en niet aannemelijk gemaakt dat zulks niet van haar kon worden gevergd (LAR-uitspraak rov. 2.2.2.3). Onder deze omstandigheid levert een onjuistheid in het tarief, zoals door Setel te bewijzen is aangeboden (de interconnectievergoeding van 36 cent per minuut zou niet kostengeoriënteerd zijn), geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde geldt voor een eventuele ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen de interconnectievergoedingen.

Rechtspraak

4.6. Door Setel is onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat door haar handelswijze bij Curaçao Telecom geen schade kan zijn ontstaan.

4.7. Door Setel is aangevoerd dat Curaçao Telecom ook tariefdifferentiatie toepaste (memorie van grieven onder 7 jo dupliek met productie 2). Zulks kan aan aansprakelijkheid in de weg staan (vergelijk HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463, *Maas v. Willems*). Hiertegenover heeft AVR Holding evenwel gesteld dat zulks geschiedde in 2006, dus later dan de onderhavige periode januari tot en met juli 2002, dat Curaçao Telecom haar eindgebruikers niet belastte maar haar eigen prijzen verlaagde en dat Setel en Curaçao Telecom beide thans stunten met eigen prijzen (memorie van antwoord tevens memorie van incidenteel appel onder 28-29). Hierop heeft Setel niet meer gereageerd, hoewel daartoe de gelegenheid bestond. De gestelde handelswijze van Curaçao Telecom staat daarom niet aan aansprakelijkheid in de weg.

4.8. Wat betreft de door Curaçao Telecom geleden schade oordeelt het Hof met het GEA dat aannemelijk is dat er schade is geleden. Gelet op het feit dat de tariefsverhoging rechtstreeks de klanten van Setel zelf trof, op de vele onzekerheden (ten aanzien van het consumentengedrag) en op het verdere verweer van Setel, is de gevorderde omvang van de schade niet aannemelijk en evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang. Ook niet is aannemelijk dat de schade in elk geval hoger is dan de NAF. 3 miljoen die het GEA met toepassing van artikel 6:104 BW heeft toegewezen.

4.9. Toepassing van artikel 6:104 is het meest met de aard van de schade in overeenstemming. Uit de stellingen van AVR Holding wordt onvoldoende aannemelijk dat toepassing van een andere maatstaf tot toewijzing van een hoger bedrag zal kunnen leiden.

4.10. Het was Setel verboden haar tarief te verhogen. De netto-opbrengst van de onrechtmatige verhoging kan gelden als 'winst' in de zin van artikel 6:104 BW. Het GEA heeft op goede gronden de schade begroot op het bedrag van een gedeelte van de winst en hier sluit het Hof zich bij aan.

Commentaar

In dit commentaar zal ik slechts ingaan op het toepassen van het leerstuk van winstafdracht van art. 6:104 BW in deze zaak specifiek en in het mededingingsrecht/marktregulering in het algemeen.¹⁰ Ik zal niet nader ingaan op andere vragen zoals bijvoorbeeld of de omzetzijdering van Curaçao Telecom (volledig) het gevolg is van Setel's gedrag; daar gingen de Antilliaanse rechters overigens wel van uit. De Setel-zaak zou ik overigens willen aanmerken als een zaak die verband houdt met (de overtreding van) tariefregulering; in Nederland

vergelijkbaar met bijvoorbeeld tariefregulering van KPN door de OPTA (waarover hieronder meer in paragraaf 3).

1. De Setel-zaak

Het gerecht besteedt praktisch alleen maar aandacht aan de (schade)vergoeding, terwijl het hof in aanvulling op het oordeel van het gerecht de voorvraag beter onderbouwt: is Setel aansprakelijk voor de schade van Curaçao Telecom op grond van een onrechtmatige daad?

Het leerstuk van winstafdracht kan namelijk alleen worden toegepast wanneer er sprake is van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming bij de nakoming van een overeenkomst; andere aansprakelijkheidsgronden kunnen niet leiden tot de toepassing van art. 6:104 BW.¹¹ Het gerecht heeft het slechts over het onrechtmatige handelen van Setel, zonder dat te kwalificeren.¹² De uitspraak van het hof gaat dan met name in op de vraag of Setel een onrechtmatige daad heeft gepleegd (art. 6:162 BW) en of de geschonden norm ook strekte ter bescherming van Curaçao Telecom (art. 6:163 BW). Doordat het hof de gedraging van Setel duidelijk kwalificeert als onrechtmatige daad, kan het leerstuk van winstafdracht worden toegepast. Het lijkt mij toe dat het hof dan ook een terechte aanvulling geeft op de motivering van het gerecht, door eerst de voorvraag te beantwoorden.¹³

De schade van Curaçao Telecom bestaat uit omzetzijdering door een (tijdelijke) daling van haar abonnees en de doorwerking daarvan in de toekomst. Dat de eiser schade heeft geleden is een voorwaarde voor de toepassing van art. 6:104 BW; wanneer de eiser geen schade heeft geleden, kan er geen sprake zijn van winstafdracht, ook al is er sprake van een onrechtmatige daad.¹⁴ Die hoogte van de omzetzijdering van Curaçao Telecom heeft overigens geen enkele relatie met de onrechtmatige winst van Setel (behalve dan een causaal verband).¹⁵ Als de afnemers van Setel als gelaedeerden een zaak waren begonnen tegen Setel, zou de werkelijke schade van de afnemers overeenkomen met de onrechtmatige winst. Dat is immers het bedrag dat zij teveel hebben betaald. Voor de concurrent Curaçao Telecom ligt dat evenwel geheel anders. Zij heeft te maken gehad met omzetzijdering. Ook in deze zaak zou dus de kritiek kunnen luiden die in het algemeen wordt geuit wanneer het leerstuk van winstafdracht in relatie tot kartelschade betreft: de winst geeft geen berekening van de reële schade (waarover hierna meer in paragraaf 2). Maar goed dat is juist het idee van art. 6:104 BW: het geeft slechts een vermoeden dat de schade gelijk is aan de door de overtreder behaalde winst in gevallen waarin de reële schade moeilijk te berekenen is; daarvan wordt dus geabstraheerd.¹⁶

AVR had in deze zaak overigens wel een schatting gemaakt van de reële schade (naar ik aanneem in ieder geval met het

11 C. J. van Zeven, a.w., p. 1266-1267.

12 R.ov. 3.5.

13 Het hof geeft immers aan: "Het Hof sluit zich aan bij de oordelen van het GEA. [...] Hieraan zij nog het volgende toegevoegd." R.ov. 4.1 en 4.2.

14 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 *Waeyen-Scheers/Nuas*.

15 Terwijl dat voor de consument wel zo is. Haaks op deze constatering, concludeert Van Dijk ten aanzien van het leerstuk van winstafdracht dat dat juist geschikter is voor geschillen tussen concurrenten, dan tussen consument en overtreder; M.C.M. van Dijk, "Mededinging, uitvoering besluiten EU: Particuliere handhaving; de burger en zijn advocaat als premiejagers: voor de kartelautoriteiten", *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 12/2006, p. 265; waarom zij tot die conclusie komt, is mij niet duidelijk.

16 Zie ook de noot van Brunner bij HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 sub 4 *Waeyen-Scheers/Nuas*.

10 Art. 6:104 BW bepaalt het volgende. "Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan."

oog op het bewijs van de voornoemde voorwaarde dat er sprake moet zijn van schade). Desalniettemin hebben we in deze zaak bij de berekening van de reële schade te maken met een counterfactual situatie. Zoals de rechter in eerste aanleg terecht vaststelt, is het “[e]en belangrijke moeilijkheid [...] dat onzeker en niet vast te stellen is wat consumenten zouden hebben gedaan indien Setel de tariefsverhoging achterwege zou hebben gelaten, waarbij geldt dat ook andere factoren een rol kunnen hebben gespeeld bij de tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees van Curaçao Telecom.”¹⁷ In dit geval is dus het leerstuk van winstafdracht een eenvoudiger schadeberekeningsmethode, omdat de counterfactual analyse daarbij achterwege kan blijven.

Volgens Setel heeft de tariefsverhoging niet geleid tot extra winst, maar levert het haar een beperking van de kosten op; Setel betaalde immers 36 cent per minuut, waarvan nu 21 cent werd afgewenteld op haar klanten. Volgens het Gerecht levert ook een verliesbeperking een voordeel op voor Setel dat “tot toepassing van artikel 6:104 BW aanleiding [kan] geven.”¹⁸ Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:104 BW blijkt echter dat op deze opvatting van het Gerecht kan worden afgedongen; bespaarde kosten/beperkingen van verlies vallen volgens de parlementaire geschiedenis namelijk niet onder de winst die onder art. 6:104 BW afgedragen moet worden.¹⁹

Overigens is in de parlementaire geschiedenis bij art. 6:104 BW aangegeven dat de rechter op grond van dezelfde onrechtmatige daad niet ook nog eens een schadevergoeding op grond van gederfde winst van de gelaederde mag toewijzen.²⁰ Dit doet een sterk onderscheid vermoeden tussen reële schadeberekening enerzijds en de forfaitaire schadeberekening op basis van het leerstuk van winstafdracht anderzijds. Toch lopen die twee schadeberekeningsmethoden in deze zaak door elkaar. Op grond van art. 6:104 BW kan de rechter beslissen de gehele of slechts een gedeelte van de winst te laten afdragen door de overtreder. Het gerecht wees in de Setel-zaak slechts een gedeelte toe door de afdracht van de winst van NAF 3,9 miljoen te matigen tot NAF 3 miljoen. Met zijn summier motivering maakt het gerecht de verlaging (te) weinig inzichtelijk. De motivering daarvoor lijkt evenwel gelegen te zijn in het feit dat AVR een opstelling heeft gemaakt van de reële schade op NAF 5,1 miljoen, waarvan NAF 1,8 miljoen volgens het gerecht dubbelop was; de lagere verkoopprijs van de aandelen in Setel was namelijk ook al als te derven omzet van Setel opgenomen (de doorwerking van de omzetsdaling).²¹ Wanneer die dubbelrekening wordt geëlimineerd, is de reële schade NAF 3,3 miljoen. Het gerecht stelt de schade echter niet vast op dat bedrag, maar verlaagt het tot NAF 3 miljoen. Wat daar dan de reden voor is, is helaas niet gemotiveerd. Wellicht is dat gelegen in de constatering die het gerecht doet dat – zoals gezegd – “ook andere factoren een rol kunnen hebben gespeeld bij de tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees van Curaçao Telecom.”²² Maar waarom de vergoeding dan wordt vastgesteld op NAF 3 miljoen en niet op bijvoorbeeld NAF 2 of 1 miljoen is niet gemotiveerd. Wat daar ook van zij, de reële

schadeberekening heeft invloed op de schadeberekening die was gebaseerd op het leerstuk van winstafdracht. De rechter mag de schadevergoeding op grond van art. 6:104 BW matigen, door slechts een gedeelte van de winst te laten afdragen. Het is mijns inziens wel paradoxaal dat het gerecht eerst concludeert dat een schadevergoeding op de gederfde en te derven omzet te moeilijk is, daarom gebruikmaakt van de forfaitaire berekening via het leerstuk van winstafdracht, maar de door AVR geschatte reële schade uiteindelijk wel meeweegt in zijn oordeel waardoor het gerecht af te dragen winst matigt. Maar goed, we hebben hier te maken met een discretionaire bevoegdheid van de rechter, dus enige ruimte is hem wel gegund, al had het gerecht één en ander wel meer inzichtelijk mogen maken.²³

2. Winstafdracht en Mededingingsrecht

Het privaatrecht, noch het mededingingsrecht kennen specifieke regels met betrekking tot (de berekening van) kartelschade.²⁴ De algemene civielrechtelijke regels gelden in dat geval, waaronder dus ook het leerstuk van winstafdracht van art. 6:104 BW. Bij die bepaling wordt van de concrete schade geabstraheerd en de schade begroot op het bedrag van de winst die de overtreder heeft gemaakt als gevolg van diens normschending.²⁵

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:104 BW blijkt dat de grond voor deze bepaling gelegen is in het feit dat “het onredelijk is geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wél schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is.”²⁶ Het gaat dus om schadevergoedingsberekening waarin wordt geabstraheerd van de reële schade. Daarbij blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de berekening van de winst van de overtreder reëler is dan de schade te begroten op basis van de gederfde winst van de gelaederde, “zo de gedragingen van de aansprakelijke achterwege zouden zijn gebleven. Deze laatste schatting berust naar haar aard immers volledig op fictieve factoren.”²⁷ Die constatering is mijns inziens maar al te waar voor schade als gevolg van overtredingen van het mededingingsrecht; die schade is naar haar aard moeilijk, zo niet onmogelijk te bewijzen.

Theoretisch is de schade als gevolg van een overtreding van het kartelverbod voor afnemers van het kartel als volgt te benaderen: de schade bestaat uit het verschil tussen (1) de prijs die daadwerkelijk is betaald, in strijd met het recht, en (2) de prijs die zou zijn betaald wanneer de mededingingsregels niet waren overtreden, de zogenaamde counterfactual prijs.²⁸

23 Als uitzondering op de hoofdregel dat winstafdracht of schadevergoeding een discretionaire keuze van de rechter is (HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 Waeyen-Scheers/Nuas), heeft de Hoge Raad bepaald dat in geval van overtredingen van de octrooiwet de gelaederde de discretionaire keuze heeft: winstafdracht of schadevergoeding; Hoge Raad 19 december 2003, NJ 2008, 75, LJN: AF9714, Roche/Immunomedics, r.ov. 5.3.2.

24 Zie nader: E.-J. Zippo, ‘Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht’, in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich, G.J.M. Verburg (red.), Rechtseenheid en vermogensrecht, Vol. 21 BW-krant jaarboek, Deventer: Kluwer, 2005, p. 182.

25 Korsten en Van Wanroij noemen dit fenomeen: ‘skimming off cartel profits’; L.E.J. Korsten, M. van Wanroij, ‘Verhaal van Kartelschade II’, Bb 2006, p. 63-68.

26 C. J. van Zeven et al. (red.), Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), Deventer: Kluwer, 1990, p. 1269.

27 C. J. van Zeven, a.w., p. 1269.

28 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de counterfactual prijs: Oxera,

17 R.ov. 3.8.

18 R.ov. 3.9.

19 C. J. van Zeven, a.w., p. 1269.

20 C. J. van Zeven, a.w., p. 1270.

21 R.ov. 3.8 en 3.10.

22 R.ov. 3.8.

Rechtspraak

De eerste prijs is een gegeven en kan worden opgemaakt uit de facturen van de overtreder (die de benadeelde afnemer reeds in zijn bezit heeft). De berekening van de tweede prijs – , de prijs die zou zijn betaald als er geen kartel was geweest, – is slechts na een grondige economische (en kostbare) analyse vast te stellen. “Vanwege de prijselasticiteit vergt dit een complexe economische analyse die mogelijk aanzienlijk complexer is dan de vergelijking tussen de bovenconcurrentiële verkoopprijs en bijvoorbeeld de prijs die in een vergelijkbare marktsituatie wordt gehanteerd, welke niet onder invloed van de overtreding staat (benchmark).”²⁹ Dat leidt tot de conclusie dat er bij overtreding van mededingingsrechtelijke regels evident sprake is van schade, maar hoe groot die schade is, is vaak niet of nauwelijks te berekenen.

Zoals ook blijkt uit de Setel-zaak is het leerstuk van winstafdracht gebaseerd op het idee dat een reële schadeberekening moeilijker is dan de berekening van winst die de overtreder heeft behaald met de illegale gedraging. De vraag is evenwel of het leerstuk van winstafdracht van art. 6:104 BW een geschikte methode is de schade in mededingingsrechtelijke zaken te bepalen. Bij kartelschade is het namelijk een probleem dat bij zowel reële schadeberekening als de forfaitaire schadeberekening op basis van het leerstuk van winstafdracht dezelfde counterfactual prijs moet worden berekend. Het leerstuk van winstafdracht wordt mede daarom over het algemeen dan ook niet als een geschikt middel beschouwd om kartelschade vast te stellen, omdat niet alleen de reële kartelschade moet worden vastgesteld aan de hand van een counterfactual analyse, maar ook de kartelwinst zelf aan de hand daarvan moet worden vastgesteld.³⁰ De winst die de kartelleur behaalt, is immers het verschil tussen de prijs die hij heeft ontvangen en de prijs die hij zou hebben ontvangen als er geen kartel was geweest, de counterfactual prijs. Die berekening is identiek aan een reële schadeberekening.

Art. 6:104 BW is ook om een andere reden niet geschikt in kartelzaken. Hogere prijzen die veroorzaakt zijn door een kartel hoeven namelijk niet per se te leiden tot een hogere (kartel) winst. De extra inkomsten kunnen namelijk ook opgaan aan inefficiënties bij de kartelleden en dus extra kosten veroorzaken die er zonder het kartel wellicht niet waren geweest (dat zou men counterfactual kosten kunnen noemen). De werkelijke kosten komen bij de berekening van de af te dragen winst onder art. 6:104 BW in aftrek.³¹ Daardoor betalen de

afnemers weliswaar te hoge prijzen, maar behalen de kartelleden geen hogere winst dan zij zouden hebben gemaakt in een concurrerende markt. De NMA verwoordt dit als volgt. “Prijsofdrijving vertaalt zich echter niet altijd onduidelijk in hogere winsten. [...] [I]n efficiënties komen uiteindelijk als kosten in de officiële boekhoudingen terecht. Slechts de netto-kartelwinst, de daadwerkelijke prijsopdrijving, leidt tot een waarneembaar hogere winst.”³² De kartelwinst is dan lager dan de schade van afnemers. Het is zelfs denkbaar dat de inefficiënties zo groot zijn dat de kartelwinst zelfs lager is, dan de winst die de kartelleden gemaakt zouden hebben wanneer er geen kartel was geweest (en zij efficiënt(er) zouden hebben gewerkt). In dat geval kan überhaupt geen vergoeding worden toegekend op grond van art. 6:104 BW, ondanks de overtreding van een wettelijke norm.³³

Tot slot is de schade die de afnemer heeft geleden, nog maar één element van de schade. Naast de te hoge prijzen door kartelwinst of inefficiënties die in stand worden gehouden, bestaat ook het zogenaamde deadweight-loss: door de hogere (kartel)prijzen wordt er minder afgenomen dan zou zijn gebeurd in een markt met ongestoorde mededinging.³⁴ Die schade wordt überhaupt niet gedekt door schadevorderingsacties van afnemers, dus a fortiori niet gedekt door welke schadeberekeningsmethode dan ook.

Andere aspecten van het leerstuk van winstafdracht zijn overigens wel bruikbaar in zaken omtrent kartelschade. Zoals gezegd, moet er wel sprake zijn van schade bij de (vermeend) gelaedeerde,³⁵ wanneer die in het geheel geen schade heeft geleden, dan kan het leerstuk van winstafdracht niet worden gebruikt als schadeberekeningsmethode, aangezien de geleden schade dan immers nihil is (ook als heeft de normschender wel winst gemaakt). Dit zou bijvoorbeeld het geval wanneer een passing-on-defence wordt geaccepteerd.³⁶

Daarnaast voorkomt de eis dat de gelaedeerde schade moet hebben geleden (gedeeltelijk) dat het leerstuk van winstafdracht tot zogenaamde ‘punitive damages’ leidt.³⁷ Ondanks die eis wordt bij toepassing van het leerstuk van winstafdracht het risico gelopen dat er alsnog sprake is van ‘punitive damages’. Dat is het geval wanneer de af te dragen winst groter is dan de geleden schade. Volgens Linssen is “art. 6:104 BW in feite een dogmatische curiositeit is. In het schadevergoedingsrecht gaat het om compensatie van de vermogensvermindering bij de schuldeiser, terwijl

Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions-damages/>).

29 M.F.J. Haak, I.W. VerLoren van Themaat, De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland – Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Ministerie van Economische Zaken, Den Haag 2005, Publicatienummer 06EP06, www.ez.nl/onderzoeken, p. 58; Zie voor een economisch modelering: T. van Dijk, F. Verboven, ‘Cartel Damages Claims and the Passing-On Defence’, CEPR Discussion Paper DP6329, June 2007 en Oxera, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>), p. 12 e.v.

30 W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht, Deventer: Kluwer, 2007, p. 94; Haak & VerLoren van Themaat, a.w., p. 56-59; Volgens Zippro is het leerstuk van winstafdracht wel een geschikt middel bij collectieve acties; E.-J. Zippro, Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, Serie Recht en Praktijk nummer 174, Deventer: Kluwer 2009, p. 379 e.v., met name p. 385.

31 Gerechtshof Den Haag, 11 mei 2006, LjN: AX1350, Cordis vs Schneider, r.o.v. 12;

Rechtbank Amsterdam, 7 mei 2008, LjN: BL4414, G-Star vs Cool Cat, r.o.v. 2.3.

32 Jaarverslag 2002 NMA en DTe, p. 55.

33 Gerechtshof Den Haag, 7 februari 2008, LjN: BC4085, Hartman vs Garden Impressions, r.o.v. 12.

34 M.P. Schinkel, ‘Illegale winsten en efficiëntieschade als gevolg van kartelafspraken in de Nederlandse bouw: Een toelichting op de Zembla-uitzending “Afrekenen met de bouwfraude”’, memo van 12 November 2006 te vinden op: <http://www1.fee.uva.nl/pp/bin/502fulltext.pdf>; en M.P. Schinkel, ‘Toelichting op genoemde schattingen van mogelijke prijsopslagen en kartelwinsten in de Zembla-uitzending “De Prijs van Heineken” van 23 september 2007’, memo van 22 september 2007 te vinden op: <http://www1.fee.uva.nl/pp/bin/700fulltext.pdf>; Oxera, Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>), p. 14 en 15.

35 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 Waeyen-Scheers/Nuas.

36 Zie nader Chr.F. Kroes, ‘Bedolven onder een “lawine van schadeclaims”? – Een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels’, M&M 04/2008, p. 104.

37 P.J. Kreijger, ‘Annotatie: High Court 19 oktober 2007, Devenish Nutrition Ltd vs Sanofi-Aventis SA’, M&M, 04/2008, p. 136.

het bij voordeelsafgifte gaat om ongedaanmaking van de vermogensvermeerdering bij de schuldenaar. Indien het door de schuldenaar behaalde voordeel omvangrijker is dan de door de schuldeiser geleden schade, dan leidt een verplichting tot voordeelsafgifte tot doorbreking van de compensatoire functie en de bandbreedtes van het schadevergoedingsrecht. Het resultaat is dan mogelijk een privaatrechtelijke straf of sanctie. Voor de legitimatie hiervan zou noodzakelijk zijn om een of enkele nevendoeleinstellingen van ons schadevergoedingsrecht, zoals die van preventie, straf en genoegdoening, tot hoofddoelstelling(en) te verheffen. Hiervoor biedt ons rechtssysteem en ook de rechtsontwikkeling onvoldoende aanknopingspunten.³⁸

Op zich klopt die redenering, maar verdient die mijns inziens in het licht van de Setel-zaak wel een nuancering. Die zaak laat namelijk zien dat de rechter zijn discretionaire bevoegdheid kan gebruiken om te voorkomen dat de gelaedeerde meer vergoed krijgt dan zijn geleden schade door slechts een gedeelte van de winst te laten afdragen.

Dat de kartelwinst lastig is te berekenen, maakt het overigens nog niet onmogelijk. Startpunt is de betrokken omzet zoals die in boetebesluiten van de NMA of de Commissie is te vinden. De betrokken omzet bevat immers de kartelwinst. Daarover geeft de NMA in haar Boetecode aan dat: “[h]oe hoger de betrokken omzet, des te groter [...] het met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s).”³⁹ Met betrekking tot art. 6:104 BW verwoordt Barendrecht het als volgt. “Voor de berekening van de af te dragen winst zal bepalend zijn welke omzet de aansprakelijke persoon met de gewraakte activiteiten heeft behaald [de “betrokken omzet”; WG], waarvan de daarvoor gemaakte kosten moeten worden afgetrokken.”⁴⁰ Dat berekening van de kartelwinst niet onmogelijk is, blijkt bijvoorbeeld uit enkele fiscale zaken betreffende de aftrekbaarheid van het voordeelontnemende gedeelte van kartelboetes.⁴¹ De Duitse vennootschap de Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG splitste de door de Commissie opgelegde boete van € 85,8 miljoen voor deelname aan het Gipsplaten-kartel⁴² in een bestraf-

fend gedeelte van ca. € 33,3 miljoen en een voordeelontnemend gedeelte van ca. € 52,2 miljoen.⁴³ Het voordeelontnemende gedeelte is gelijk aan de kartelwinst en dus gelijk aan de winst van art. 6:104 BW.⁴⁴

Voor sommige vormen van misbruik van een economische machtspositie zou het leerstuk van winstafdracht overigens wél uitkomst kunnen bieden. Wanneer de dominante onderneming bijvoorbeeld discriminerende prijzen hanteert, zou de gelaedeerde afnemer die te hoge prijzen heeft betaald een beroep kunnen doen op art. 6:104 BW. Daarbij zou de winst het verschil zijn tussen de (te) hoge prijs die is berekend aan de afnemer en de lagere prijs die is berekend door de dominante onderneming aan concurrenten van de afnemer. Ook in de Setel-zaak ging het om tariefsdifferentiatie, waarbij de klanten van Setel die naar klanten van Curaçao Telecom belden een hoger tarief betaalden dan wanneer zij naar andere klanten van Setel zouden hebben gebeld.⁴⁵

Bij uitsluitingsmisbruik waarbij rooiprijzen worden gehanteerd is het leerstuk van winstafdracht weer ongeschikt, aangezien de illegale gedraging immers (eerst) verlies oplevert (en op de lange termijn pas winst).

3. Schade bij overtreding tariefregulering

De Setel-zaak laat mijns inziens zien dat het leerstuk van winstafdracht goed kan worden toegepast bij de overtreding van gereguleerde maximumtarieven, aangezien het verschil tussen de gereguleerde prijs en de gehanteerde prijs makkelijk te berekenen en te bewijzen is, omdat daarvoor geen counterfactual analyse nodig is. Zo kon het gelaedeerde Curaçao Telecom op basis van haar eigen administratie bewijzen wat de winst was die haar concurrent Setel had gemaakt.

Ook in Nederland is het – in de telecom – KPN die te maken heeft met tariefregulering. Daarbij gelden bij interconnectie met andere netwerken (voor mobiele telefonie, ook wel gespreksafgifte genoemd) – net als in de Setel-zaak – (kostengeoriënteerde) maximumtarieven.⁴⁶ Ook in andere gereguleerde markten zijn (kostengeoriënteerde) maximumtarieven vastgesteld; het betreft de sectoren vervoer (Schiphol,⁴⁷ ProRail⁴⁸ en het Loodswezen⁴⁹) en energie (elektriciteitsnetbeheerders⁵⁰,

38 J.G.A. Linssen, Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking: een rechtsvergelijkende beschouwing, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. 650.

39 Par. 12 van de NMA boetecode (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

40 J.M. Barendrecht, J. Stekelenburg, ‘Gederfde winst en winstafdracht’, in: J.M. Barendrecht, H.M. Storm (red.), Berekening van schadevergoeding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 123-136.

41 Zie nader: Rechtbank Haarlem, 3 oktober 2008, Rietvink B.V. vs Belastinginspecteur, zaaknummer AWB 08/493, LJN: BF7320, m. nt. W.W. Geursen, AM 2009, p. 35; de zaken genoemd in: W.W. Geursen, ‘De aftrekbaarheid van kartelboetes – een tussenstand: Commissieboetes wel, NMA-boetes niet’, MBB Maandblad belastingbeschouwingen 2009, p. 143; W.W. Geursen, ‘Zaak C-429/07, X BV: de Commissie als opgedrongen vriend van de fiscale rechter bij het bepalen van de aftrekbaarheid van kartelboetes’, AM 2009, p. 147 en de uitspraak van 11 maart 2010 van het Gerechtshof Amsterdam volgend op de beantwoording van zijn prejudiciële vragen (LJN: BL7056); en de bijlage bij de conclusies van 22 december 2009 van A-G Wattel van 22 december 2009 (LJN: BL0214, BL0221 en BL0225), ‘Fiscale verwerking van kartelboetes, opgelegd door de NMA of de EU-Commissie’.

42 Bij besluit van 27 november 2002 heeft de Commissie de Duitse vennootschap de Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG (Knauf KG) beboet voor € 85,8 miljoen voor deelname in de periode 1992-1998 aan het Gipsplaten-kartel in de Benelux, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk (Beschikking van de Commissie van 27 november 2002 betreffende een procedure overeenkomstig art. 81 van het EG-Verdrag ten aanzien van BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge SA en Gyproc Benelux NV (Zaak COMP/E-1/37.152 - Gipsplaten) (Pb 2005, L166/8)).

43 Uit r.o.v. 4.1 en 5.8 van de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 22 mei 2006 (LJN: AX7112) blijkt dat Knauf KG het leedtoevoegend gedeelte voor eigen rekening heeft genomen en het voordeelontnemende gedeelte heeft doorbelast. Uit r.o.v. 2.4 blijkt X B.V. € 2,5 miljoen kreeg doorbelast, hetgeen 4,79% van het totaal doorbelaste bedrag vormde. Dat betekent dat 52,2 miljoen is doorbelast. Aangezien de boete € 85,5 miljoen betrof, blijft er nog een € 33,3 miljoen van de boete over voor rekening van Knauf KG.

44 Zie over de relatie tussen winstafdracht en het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel: M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel: een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontname van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, par. 116 e.v.

45 Op de Nederlandse Antillen is bij mijn weten geen generiek mededingingsrecht vastgesteld; misbruik van machtspositie die de mededinging beperkt zou dan slechts via ongeschreven recht kunnen worden aangepakt; zie bijvoorbeeld: arrest van het Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba van 16 september 2008 in een geschil tussen Aruba Airport Authority N.V. en een zestal autoverhuurbedrijven, LJN: BF1874, r.o.v. 4.6, over de beperking van het aantal autoverhuurbedrijven dat de monopolist Aruba Airport Authority N.V. zou overwegen op de luchthaven van Aruba. In de telecomsector zorgt regulering van aanmerkelijk marktmacht wel voor regels die vergelijkbaar zijn met die omtrent het misbruik van een economische machtspositie; Memorie van Toelichting bij de Landsverordening telecommunicatie van 5 juli 2001, p. 18.

46 Art. 6.1 juncto 6.6 van de Telecommunicatiewet.

47 Art. 8.25d Wet Luchtvaart.

48 Art. 62 Spoorwet.

49 Art. 27a e.v. Loodsenwet.

50 Art. 37 Elektriciteitswet 1998.

Rechtspraak

gasnetbeheer⁵¹ en – in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid ook – bij de levering van warmte aan kleinverbruikers⁵²).

Bij overtreding van minimumtarieven ligt dat echter weer anders. Zo is KPN enkele malen door de OPTA beboet voor kortingen aan zakelijke klanten, terwijl kortingen niet mochten worden verleend.⁵³ Ook daar biedt het leerstuk van winstafdracht op het eerste gezicht geen soelaas, aangezien KPN daar een lager tarief heeft gehanteerd dan was toegestaan. Dat is slechts anders als duidelijk is dat die klanten geen overeenkomst met KPN zouden hebben gesloten zonder de gewraakte kortingen, maar dat is dan weer counterfactual. In dat geval

is de winst die KPN heeft gerealiseerd met de overtreding van de tariefreguleringsregels gelijk aan de winst die KPN heeft gerealiseerd met de zakelijke klanten die korting kregen; die winst is af te dragen op grond van art. 6:104 BW.

4. Conclusie

Het leerstuk van winstafdracht is over het algemeen een ongeschikte schadeberekenningsmethode waar het overtredingen van het mededingingsrecht/tariefregulering betreft. De Setelzaak maakt mijns inziens echter duidelijk dat art. 6:104 BW in specifieke gevallen toch soelaas kan bieden. Het gaat dan om zaken waarin maximumtarieven zijn vastgesteld, zoals in de telecom-, vervoer- en energiesector, of zaken waarbij er sprake is van misbruik van een economische machtspositie/aanmerkelijke marktmacht door discriminerende hogere tarieven te hanteren.

WG

51 Art. 12f Gaswet.

52 Art. 3 lid 3 van het wetsvoorstel Warmtewet, KamerstukkenII 2002/03, 29 048, nr. 2, p. 2.

53 De OPTA hield uitgebreid rekening met de (omzet)schade die concurrenten hadden geleden door verboden kortingen die KPN had verstrekt aan zakelijke klanten als boeteverzwarende omstandigheid. OPTA-besluiten van 6 januari 2005, in zaak JBOE04006, KPN BelZakelijk, *nr.* 53 e.v.; van 28 november 2005 in zaak KPN BasicLine en van 16 oktober 2008 in zaak 07.0189.29.1.017, KPN BVI (par. 13).