

Erstatning som følge af overtrædelser af EU-konkurrenceretten

Damages as a consequence of infringements of the EU Competition Law

Udarbejdet af:

Marie Jepsen

Cecilie Nalepa Petersen

Kandidatafhandling

Studium: Cand.merc.jur, Copenhagen Business School

Afleveringsdato: 1. juni 2016

Antal anslag: 184.783

Juridisk vejleder: Jens Fejø

Økonomisk vejleder: Erik Molin

Abstract

As of the last decade the question “how to estimate damages caused by an infringement of the EU Competition Law” has been discussed within the EU. Victims harmed by an infringement of article 101 or 102 TFEU have had difficulties estimating and thereby proving the loss they have suffered as a consequence of the infringement.

The issue, which will be analysed and discussed within this thesis is the following:

Whether it has become easier with directive 2014/104/EU for victims harmed by an infringement of the EU Competition Law to accomplish actions for damages?

The issue will be answered in regards of an examination and discussion of selected articles of the directive and a conducted analysis of selected judgements from the Court of Justice of the European Union.

Further an assessment of which models concerning statement of loss and damages that will be more applicable after the directive has been adopted will be conducted.

Ultimately a case-analysis of a cartel within the EU regarding LCD-panels will be carried out.

In conclusion it is stated that the directive will make it easier for victims, which has suffered a loss as a consequence of an infringement of the EU Competition Law to accomplish actions for damages. However there are still improvements to be made in the directive in regards to victims, who have been harmed as a consequence of the phenomenon Umbrella Pricing.

Indholdsfortegnelse

1	KAPITEL 1.....	5
1.1	INDLEDNING	5
1.2	PROBLEMFORMULERING	5
1.3	SYNSVINKEL.....	5
1.4	AFGRÆNSNING	6
1.5	PROJEKTETS STRUKTUR	7
1.6	JURIDISK METODE- OG TEORIVALG	7
1.7	ØKONOMISK METODE- OG TEORIVALG	10
1.8	BEGREBSAFKLARING.....	11
2	KAPITEL 2 - JURA	13
2.1	SYSTEMATISK DISKUSSION AF ERSTATNINGSDIREKTIVET	14
2.1.1	<i>Lettere adgang til bevismateriale – artikel 5 og 6 i erstatningsdirektivet.....</i>	<i>15</i>
2.1.2	<i>Konkurrencemyndigheders afgørelser – artikel 9 i erstatningsdirektivet.....</i>	<i>20</i>
2.1.3	<i>Forældelse – artikel 10 i erstatningsdirektivet.....</i>	<i>22</i>
2.1.4	<i>Solidarisk hæftelse – artikel 11 i erstatningsdirektivet.....</i>	<i>23</i>
2.1.5	<i>Overvæltning – artikel 12 og 13 i erstatningsdirektivet</i>	<i>25</i>
2.1.6	<i>Lettelse i sagsøgers bevisbyrde – artikel 17 i erstatningsdirektivet.....</i>	<i>27</i>
2.2	UMBRELLA PRICING.....	28
2.3	SAMSPILLET MELLEM EU-RETEN OG NATIONAL RET – EN ANALYSE	31
2.3.1	<i>Courage-dommen.....</i>	<i>32</i>
2.3.2	<i>Manfredi-dommen.....</i>	<i>34</i>
2.3.3	<i>Donau Chemie-dommen.....</i>	<i>36</i>
2.3.4	<i>Kone-dommen.....</i>	<i>38</i>
2.3.5	<i>MedEval-dommen.....</i>	<i>40</i>
2.4	DE DANSKE ERSTATNINGSBETINGELSER	41
2.4.1	<i>Ansvarsgrundlag.....</i>	<i>42</i>
2.4.2	<i>Tab (økonomisk tab).....</i>	<i>43</i>
2.4.3	<i>Kausalitet.....</i>	<i>44</i>
2.4.4	<i>Adækvans.....</i>	<i>45</i>
2.5	CHEMINOVA-DOMMEN – ÆNDRET UDFALD SOM FØLGE AF ERSTATNINGSDIREKTIVET?	46
2.6	DELKONKLUSION - JURA	49
3	KAPITEL 3 – ØKONOMISK ANALYSE.....	54
3.1	TABSOPGØRELSESMETODER.....	54
3.1.1	<i>Sammenligningsbaserede metoder</i>	<i>55</i>
3.1.1.1	<i>Tværsnitsmetoden</i>	<i>57</i>
3.1.1.2	<i>"Før-og-efter"-metoden</i>	<i>59</i>
3.1.1.3	<i>"Forskellen mellem forskellene"-metoden.....</i>	<i>60</i>
3.1.1.4	<i>Sammenligning af Tværsnits-, "Før- og efter"- og "Forskellen mellem forskellene"-metoden</i>	<i>62</i>
3.1.2	<i>Industriøkonomiske simulationsmetoder.....</i>	<i>64</i>
3.1.3	<i>Omkostnings- og økonomibaserede metoder</i>	<i>65</i>
3.2	TABSOPGØRELSE I RELATION TIL ERSTATNINGSDIREKTIVET	66
3.3	CHEMINOVA-SAGEN - OVERVEJELSER OM VALG AF TABSOPGØRELSESMETODER.....	68

3.4	OVERVÆLTNING.....	69
3.4.1	Overvæltningsgraden - konkurrenceformer	72
3.4.2	Overvæltning – mængdeeffekt.....	73
3.4.3	Cheminova-sagen - overvejelser om overvæltning.....	75
3.4.4	Elasticitetens indflydelse på overvæltningsgraden	77
3.4.4.1	Perfekt elastisk efterspørgsel.....	79
3.4.4.2	Perfekt uelastisk efterspørgsel	80
3.4.4.3	Kort sigt – faste omkostninger	80
3.4.4.4	Kort sigt – variable omkostninger	81
3.4.4.5	Betydningen af elasticiteter for graden af overvæltning – lang sigt	81
3.4.5	Cheminova-sagen - overvejelser om elasticitet.....	82
3.5	UMBRELLA PRICING.....	85
3.6	LCD-KARTELLET	88
3.6.1	Beregning af erstatningskrav - et fiktivt scenarie.....	90
3.6.2	Valg af tabsopgørelsesmetode.....	91
3.6.3	Opgørelsen af tabet.....	94
3.6.3.1	Opgørelse af overprisen	97
3.6.3.2	Beregning af overvæltningsgraden	97
3.6.3.3	Beregning af mængdeeffekt.....	101
3.7	DELKONKLUSION – ØKONOMI.....	102
4	KAPITEL 4 - KONKLUSION	104
5	LITTERATUR.....	108

1 Kapitel 1

1.1 Indledning

Hidtil har der været store udfordringer forbundet med at gennemføre erstatningssøgsmål for ofre, der har været udsat for konkurrenceretlige overtrædelser. En af udfordringerne har været, at det har været vanskeligt for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at få adgang til det bevismateriale, der er en forudsætning for at kunne gennemføre erstatningssøgsmål.

En anden udfordring har været, at det hidtil har været svært at bevise, at der er lidt et tab samt at bevise omfanget af dette tab.

Ovenstående udfordringer er forsøgt mindskede med vedtagelsen af direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014. Det synes derfor interessant at undersøge, hvorvidt erstatningsdirektivet vil gøre det nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

1.2 Problemformulering

Nærværende afhandling søger at besvare følgende problemstilling:

Det ønskes undersøgt, hvorvidt direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 vil gøre det nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

1.3 Synsvinkel

Da nærværende opgave, ved hjælp af ovenstående problemstilling, søger at afklare, hvorvidt det er blevet nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål efter vedtagelsen af direktiv 2014/104/EU (erstatningsdirektivet), vil det være disse ofres synsvinkel, som nærværende opgave vil tage sit udgangspunkt i. De problemstillinger, som vil blive behandlet i opgavens kapitler, vil derfor blive anskuet fra ofrenes (sagsøgernes) synsvinkel og ikke fra de skadevoldendes

(de sagsøgte) synsvinkel. Opgaven vil hovedsageligt vedrøre EU-konkurrenceretten, men der vil også blive draget enkelte paralleller til dansk ret.

1.4 Afgrænsning

Efter at en konkurrencemyndighed i en medlemsstat i EU har statueret, at der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse og har tildelt de overtrædende virksomheder bøder som følge af denne overtrædelse, opstår spørgsmålet om, hvilke muligheder ofrene for den konkurrenceretlige overtrædelse har for at gennemføre erstatningssøgsmål.

Erstatningsdirektivet behandler både erstatning for skade som følge af overtrædelser af EU-konkurrenceretten og medlemsstaternes konkurrenceret. I nærværende opgave vil fokus dog udelukkende være på EU-konkurrenceretten, herunder hovedsageligt erstatningssøgsmål, som følge af konkurrenceretlige overtrædelser omfattet af de i TEUF artikel 101 og 102 ufravigelige retsgrundsætninger. I de tilfælde, hvor der i opgaven eksemplificeres eller udarbejdes cases vil det særligt være artikel 101, herunder kartelsamarbejder, der vil være genstand for behandling.

I erstatningssager, anlagt som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, eksisterer der ikke et kontraktsretligt forhold mellem ofrene for de konkurrenceretlige overtrædelser og den overtrædende virksomhed, hvorfor det udelukkende vil være sager om erstatning uden for kontrakt, der behandles i nærværende opgave.

For at opnå erstatning i forbindelse med gennemførelse af erstatningssøgsmål, skal sagsøger blandt andet bevise tabets størrelse. Til dette formål kan der anvendes en række økonomiske tabsopgørelsesmetoder, som behandles i kapitel 3. Specialet indeholder imidlertid ikke konkrete økonometriske analyser af tabsopgørelsen i en given sag. Baggrunden herfor er, at fokus ikke er på at opgøre et nøjagtigt og præcist tab, som er det de økonometriske analyser bidrager til, men derimod, hvorvidt erstatningsdirektivet gør det nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

Da det er størrelsen af efterspørgselselasticiteten, der er interessant i relation til opgørelsen af det tab et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt, vil det udelukkende være efterspørgselselasticiteten og ikke udbudselasticiteten, der behandles i nærværende opgave.

1.5 Projektets struktur

Nærværende opgave består af fire kapitler. I **kapitel 1** introduceres opgavens problemfelt samt problemformulering. Desuden gennemgås de metoder og teorier, der ligger til grund for besvarelsen af opgavens problemformulering. Kapitel 1 omfatter også opgavens afgrænsning, som definerer den ramme, der danner grundlag for opgaven.

I **kapitel 2** foretages en juridisk analyse. Analysen inddrager relevante bestemmelser fra erstatningsdirektivet, fænomenet umbrella pricing diskuteres, der foretages analyser af udvalgte EU-domme og de danske erstatningsbetingelser diskuteres i relation til erstatningsdirektivet.

I **kapitel 3** foretages en økonomisk analyse, hvori der indgår en diskussion af nogle af de faktorer, der har indflydelse på opgørelsen af det tab, et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt, herunder valg af tabsopgørelsesmetode, overvæltning og mængdeeffekt. På baggrund af denne diskussion foretages slutteligt en analyse, hvori de nævnte faktorer inddrages til opgørelsen af tabet i en opstillet case. Desuden behandles fænomenet umbrella pricing.

Analyserne i kapitel 2 og 3 leder frem til den endelige konklusion i **kapitel 4**, hvori det konkluderes, hvorvidt det med erstatningsdirektivet er blevet nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

1.6 Juridisk metode- og teorivalg

I nærværende opgave anvendes retsdogmatisk fortolkning til at belyse opgavens problemstilling fra en juridisk vinkel. Den retsdogmatiske fortolkning omfatter den juridi-

ske metode, og har til formål at systematisere, beskrive og fortolke gældende ret (De lege lata)¹.

Den retsfilosofiske teori, der danner grundlag for nærværende opgaves anvendelse af den retsdogmatiske metode er retsrealismen - Alf Ross' realistiske retsteori.

Til trods for, at de retskilder, Alf Ross opdelte i sin realistiske retsteori, udelukkende omfattede de fire retskilder i dansk ret; regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur, må det antages, at de EU-retlige retskilder i form af EU-traktaterne og EU-direktiverne, på samme måde som de øvrige retskilder, kan anvendes som retskilder inden for retsrealismen, selvom disse EU-retsakter endnu ikke eksisterede, da denne retsteori blev udviklet.

I nærværende opgaves juridiske analyse anvendes fra national ret, de danske erstatningsregler uden for kontrakt samt, i begrænset omfang, relevant dansk retspraksis.

De væsentligste EU-retsakter der anvendes i nærværende opgaves juridiske analyse er Traktaten om den Europæiske Union (TEU), Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), direktiv 2014/104/EU, Grønbogen og Hvidbogen omhandlende erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, Meddelelse fra EU-Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde samt relevante afgørelser fra EU-Domstolen.

EU-retten opdeles i primærretten, sekundærretten og subsidiærretten.

Primærretten udgøres af EU's traktatgrundlag og grundlæggende rettigheder samt almindelige retsprincipper, disse retskilder har bindende virkning². Af traktaterne

¹ (Nielsen & Tvarnø, 2011), s. 28

² (Nielsen & Tvarnø, 2011), s. 124

fremgår det blandt andet, hvorledes kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne er fordelt³.

Sekundærretten, det vil sige den afledte ret, omfatter blandt andet unilaterale retsakter. Disse kan opdeles i to kategorier. Den ene kategori omfatter de retsakter, der fremgår af TEUF artikel 288. Disse er blandt andet forordninger, direktiver, afgørelser/beslutninger og udtalelser. Den anden kategori omfatter de ikke-bindende retsakter, soft law⁴, som for eksempel meddelelser og hvid- og grønbøger.

De subsidiære retskilder omfatter blandt andet EU-Domstolens retspraksis.

Modsat retskilderne i dansk ret gælder der for EU-retsakterne en rangorden.

EU-retten har direkte virkning over for medlemsstaterne samt privatpersoner. Dette betyder, at medlemsstaterne i medfør af den direkte virkning forpligter sig til at overholde EU-retten samt, at privatpersoner opnår den rettighed, at de kan påberåbe sig EU-retten direkte. Princippet om direkte virkning blev fastslået i Van Gend en Loos-dommen⁵.

Forordninger er *bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat* jf. TEUF artikel 288. Forordninger har dermed altid direkte virkning over for medlemsstaterne og skal ikke implementeres i national ret. Direktiver derimod skal implementeres i national ret, men EU *overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelse* jf. TEUF artikel 288.

Idet at forordninger anvendes i den samme form i alle medlemsstater, idet de ikke skal implementeres, sikres det, at der sker en totalharmonisering på det givne område. Direktiver derimod har blot til hensigt at harmonisere et givent område.

³ (Nielsen & Tvarnø, 2011), s. 124

⁴ (Nielsen & Tvarnø, 2011), s. 124

⁵ Sag C-26/62 - Van Gend en Loos-dommen

En meddelelse fra EU-Kommissionen er et udtryk for, hvorledes EU-Kommissionen tolker og forstår EU's traktatgrundlag. Et eksempel på en sådan meddelelse er EU-Kommissionens meddelelse om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Meddelelser er ikke bindende for medlemsstaterne, men er blot vejledende⁶.

Udover de ovenfor nævnte EU-retsakter, anvendes i nærværende opgave også, de ikke-bindende retsakter, grønboøger og hvidboøger. Grøn- og hvidboøgerne er høringsdokumenter, der fremsættes af EU-Kommissionen.

Grønboøgerne omhandler ofte politiske emner, som EU-Kommission ønsker, at der sættes fokus på. Heri oplistes nogle af de problematikker, som EU-Kommissionen anser for væsentlige. Grønboøgerne fungerer dermed som et diskussionsgrundlag, som kan danne baggrund for en eventuel høring om det, i den enkelte grønboog, fremsatte emne.

En grønboog efterfølges ofte af en hvidboog. I hvidbogen er der fremsat detaljerede forslag til løsning af de i grønbogen fremsatte problematikker. Hvidboøger er dermed forslag til bindende lovgivning.

En anden EU-retsakt, som anvendes i nærværende opgave, er afgørelser fra EU-Domstolen. I medfør af TEUF artikel 288 er en *afgørelse bindende i alle enkeltheder. Når den angiver, hvem den er rettet til, er den kun bindende for disse*. Afgørelser fra EU-Domstolen er fortolkninger af EU-retten. Denne fortolkning får bindende virkning for medlemsstaterne, idet nationale retters afgørelser skal afsiges i overensstemmelse hermed.

1.7 Økonomisk metode- og teorivalg

Da nærværende opgave omhandler konkurrenceret, herunder konkurrenceretlige overtrædelser i form af særligt kartelsamarbejder, og da disse kartelsamarbejder sær-

⁶ (Nielsen & Tvarnø, 2011), s. 152

ligt er karakteriseret ved deres hemmelige karakter og den heraf afledte informationsasymmetri, vil det være den ny institutionelle teori, der danner baggrund for den økonomiske analyse, da denne teori blandt andet er kendetegnet ved informationsasymmetri.

Den ny institutionelle teori er desuden kendetegnet ved, at aktørerne er begrænset rationelle og søger at maksimere egne interesser⁷

Den begrænsede rationalitet kan mindskes ved indhentning af yderligere information, såfremt denne er tilgængelig. Indhentning af denne information er dog forbundet med transaktionsomkostninger, som i nærværende opgave snarere er at anse som informationsomkostninger⁸

Teorien bygger på institutioners betydning for ressourceallokeringen; juraen anses som en institution, der forsøger at minimere markedsfejl⁹ som for eksempel kartelsamarbejder. Juraen søger at rette op på sådanne fejlagtige ressourceallokeringer som et kartelsamarbejde eller andre konkurrenceretlige overtrædelser medfører, ved for eksempel at indføre regler, der regulerer markedsforholdene.

1.8 Begrebsafklaring

I nærværende opgave forstås ved:

Erstatningsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret.

Konkurrenceretlig overtrædelse: En overtrædelse af reglerne i TEUF artikel 101 (*tidligere artikel 81 i TEF*) eller 102 (*tidligere artikel 82 i TEF*).

⁷ (Østergaard, 2003), s. 273

⁸ (Østergaard, 2003), s. 273

⁹ (Østergaard, 2003), s. 273

Offer for en konkurrenceretlig overtrædelse: Et offer, der har været udsat for en konkurrenceretlig overtrædelse i medfør af TEUF artikel 101 eller 102.

Overtræder: Den virksomhed, der har handlet i strid med TEUF artikel 101 eller 102.

Direkte aftager/kunde: En fysisk eller juridisk person, der køber en vare direkte fra overtræderen.

Indirekte aftager/kunde: En fysisk eller juridisk person, der ikke køber en vare direkte fra overtræderen, men fra en direkte aftager, eller en konkurrent til denne, som ikke har købt sin vare hos overtræderen.

Overpris: Forskellen mellem den faktisk betalte pris og den pris, der ville have været gældende såfremt der ikke var begået en overtrædelse af TEUF artikel 101 eller 102.

Overvæltning: Det faktum, at den direkte aftager lægger dele af overprisen oveni den pris som de indirekte aftagere må betale for en vare.

Kartel: En aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere konkurrenter om koordinering af deres konkurrencemæssige adfærd på markedet.

2 Kapitel 2 - Jura

Det skal være nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål. I EU er der de seneste 10 år blevet arbejdet på denne problemstilling¹⁰.

Allerede i 2005 udgav EU-Kommissionen en Grønbog¹¹ omhandlende erstatning for brud på konkurrencereglerne. Heri blev det påpeget, at medlemsstaternes lovgivning på området er underudviklet¹². Der blev særligt sat fokus på den begrænsede adgang til relevant bevismateriale for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser¹³.

EU-Kommissionens Grønbog blev efterfulgt af en Hvidbog i 2008¹⁴, hvori der var fremsat forslag til, hvordan problemstillingen, angående den manglende mulighed for effektive erstatningssøgsmål, kunne løses.

På baggrund af disse forslag udarbejdede EU-Kommissionen et forslag til direktiv omhandlende erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og den europæiske unions konkurrenceret. Direktivforslaget blev fremsat i 2013 og direktivet, i dets endelige form, blev vedtaget den 26. november 2014.

I nærværende juridiske kapitel foretages en analyse og diskussion af de bestemmelser i erstatningsdirektivet, der er fundet særligt relevante at behandle for at kunne besvare opgavens problemstilling. Det undersøges desuden, hvordan samspillet mellem national ret og EU-ret er på området for konkurrenceretlige overtrædelser. Undersøgelsen foretages blandt andet ved at analysere relevante EU-domme.

¹⁰ (EU-Kommissionen, Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelser af EF's kartel- og monopolregler, 2005), s. 4

¹¹ (EU-Kommissionen, Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelser af EF's kartel- og monopolregler, 2005)

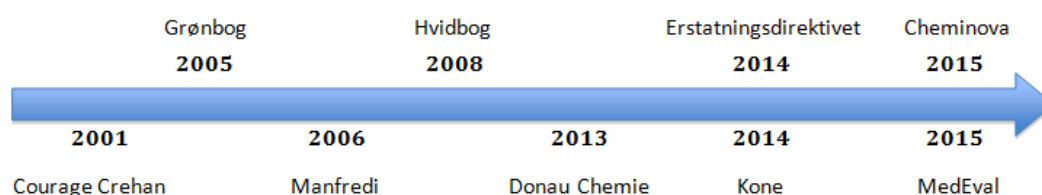
¹² (EU-Kommissionen, Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelser af EF's kartel- og monopolregler, 2005), s. 5

¹³ (EU-Kommissionen, Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelser af EF's kartel- og monopolregler, 2005), s. 6

¹⁴ (EU-Kommissionen, Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, 2008)

Derudover beskæftiger kapitlet sig også med de danske erstatningsbetingelser og begrebet umbrella pricing. Desuden foretages en diskussion af, hvorvidt en allerede afsagt dom, Cheminova-dommen, ville have haft et andet udfald, såfremt erstatningsdirektivet havde været gældende på det tidspunkt, hvor sagen blev indledt.

Figur 1 – Tidslinje



Kilde: Egen fremstilling

2.1 Systematisk diskussion af erstatningsdirektivet

Erstatningsdirektivet trådte i kraft den 26. december 2014¹⁵ og skal være implementeret i medlemsstaterne senest den 27. december 2016 jf. artikel 22, stk. 2 i erstatningsdirektivet.

I første omgang var det Erhvervs- og Vækstministeriet intention at bestemmelserne om forældelse skulle implementeres i den danske konkurrencelov, mens den resterende del af erstatningsdirektivet skulle implementeres via en bekendtgørelse.

Der blev i oktober 2015, sendt et udkast til forslag om ændring af konkurrenceloven i offentlig høring¹⁶ og på baggrund af høringssvarene blev det besluttet, at erstatningsdirektivet i stedet skal implementeres ved en ny selvstændig hovedlov om erstatning i konkurrencesager.

¹⁵ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), artikel 22, stk. 2

¹⁶ (Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, 2015), s. 10

Denne lov forventes fremsat for Folketinget i efteråret 2016. Såfremt den nye lov vedtages af Folketinget vil den træde i kraft 27. december 2016, som er den dato, hvor medlemsstaterne senest skal have implementeret erstatningsdirektivet¹⁷.

Nedenfor følger en gennemgang af de bestemmelser i erstatningsdirektivet, som findes relevante at behandle for at kunne besvare nærværende opgaves problemstilling.

2.1.1 Lettere adgang til bevismateriale – artikel 5 og 6 i erstatningsdirektivet

Hidtil har det været vanskeligt for sagsøgere at skaffe den nødvendige dokumentation til at kunne løfte bevisbyrden, for det tab de har lidt. Med erstatningsdirektivet får sagsøgere lettere adgang til bevismateriale fra sagsøgte eller tredjemand, da medlemsstaterne skal pålægge sagsøgte og tredjemand at fremlægge relevante beviser, det vil sige en bredere adgang for domstolene til editionspålæg¹⁸. Dette er reguleret i direktivets artikel 5, stk. 1.

I artikel 5, stk. 2 er angivet, at sagsøgere har ret til at kræve fremlæggelse af *relevante kategorier af beviser*, hvilket betyder, at sagsøgere ikke nødvendigvis skal kunne identificere de konkrete beviser. Dog skal de nationale domstole sikre, af hensyn til sagsøgte og tredjemand, at det efterspurgte materiale er indsnævret mest muligt, samt at forelæggelse af dette for retten er velbegrundet jf. artikel 5, stk. 2.

Desuden skal de nationale domstole sikre, at proportionalitetsprincippet overholdes ved anmodning om fremlæggelse af bevismateriale jf. artikel 5, stk. 3. Ved at overholde dette princip sikres sagsøgte og tredjemands *legitime interesser*, da det ikke må være økonomisk byrdefuldt for disse parter at skulle fremskaffe beviser jf. artikel 5, stk. 3, litra b.

¹⁷ Da lovforslaget til den nye hovedlov om erstatning i konkurrencesager stadig er under udarbejdelse er der tale om lovforberedende arbejde, og det er derfor ikke muligt at få adgang til information om det konkrete indhold af lovforslaget til hovedloven, jf. offentlighedslovens § 20 – udtalt af Tina Madsen, Specialkonsulent/Legal Special Advisor, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

¹⁸ Begrebet editionspålæg er angivet i retsplejelovens §§ 298-300

Det er muligt for de enkelte medlemsstater, jf. artikel 5, stk. 8 i erstatningsdirektivet, at indføre regler, der kan resultere i en mere omfattende fremlæggelse af beviser. Dette kan medføre, at der vil være forskel på, hvilket bevismateriale der er adgang til, alt efter hvilken medlemsstat et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse vælger at anlægge sin erstatningssag i.

Denne eventuelle forskel, der potentielt kan opstå på medlemsstaternes krav til omfanget af fremlæggelse af beviser, harmonerer ikke med en af hensigterne bag direktivet om at mindske forskellene mellem medlemsstaternes regler om erstatningssøgsmål i konkurrencesager:

“[...]Det er hensigtsmæssigt at øge retssikkerheden og mindske forskellene mellem medlemsstaterne med hensyn til de nationale regler om erstatningssøgsmål i forbindelse med overtrædelse af både EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret, når denne anvendes parallelt med EU-konkurrenceretten. En tilnærmelse af disse regler vil bidrage til at forhindre, at der opstår større forskelle mellem medlemsstaternes regler om erstatningssøgsmål i konkurrencesager.”¹⁹

Det at der kan være forskel på hvilket bevismateriale sagsøgere har adgang til, alt efter hvilken medlemsstat sagen anlægges i, kan potentielt give sagsøgere incitament til at anlægge deres erstatningssag i den medlemsstat, hvor de nationale procedureregler er mest gunstige i det konkrete tilfælde.

Denne problemstilling er dog forsøgt afhjulpet i Rom II-forordningen²⁰, som blandt andet har til formål at sikre, i erstatningssager uden for kontrakt, at uanset, hvilken medlemsstat en erstatningssag anlægges i, vil lovvalget blive det samme.

¹⁹ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 9

²⁰ (Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen), 2007)

I medfør af det danske retsforbehold finder Rom II-forordningen dog ikke anvendelse i Danmark²¹. I Danmark er lovvalg uden for kontrakt ikke lovreguleret og spørgsmålet om lovvalg afgøres derfor ud fra principper skabt gennem retspraksis²².

Den generelle hovedregel i dansk ret er, at det er skadestedets lov (lex loci delicti), der skal finde anvendelse²³, det vil sige, at en sag om krav på erstatning uden for kontrakt afgøres efter loven i det land, hvor den skadegørende handling blev foretaget, eller hvor skaden indtrådte²⁴.

Harmoniseringen af medlemsstaternes lovvalgsregler uden for kontrakt, i Rom II-forordningen, er foretaget for at skabe større forudsigelighed om, hvilket lands lov, der skal finde anvendelse i en konkret sag. Ved at harmonisere reglerne og skabe forudsigelighed mindskes også risikoen for forum shopping.

Udpræget forum shopping, det vil sige, at en sagsøger vælger at anlægge sag ved det lands domstole, hvor særlige lovvalgsregler medfører, at sagsøgeren kan opnå det mest gunstige resultat²⁵, kan muligvis have den konsekvens, at én medlemsstat ender med at skulle håndtere alle erstatningssøgsmål, såfremt hovedparten af alle sagsøgere i erstatningssager uden for kontrakt, vurderer, at det er netop denne medlemsstat, der har de mest favorable procedureregler.

Dette vil kunne medføre en øget behandlingstid for sagsøgere. Medlemsstaten derimod vil dog kunne opnå en stor gevinst ved det øgede antal sager de skal behandle, idet flere sager vil medføre flere retsafgifter til denne medlemsstat.

²¹ (Protokol (nr. 22) om Danmarks stilling, 2012), artikel 1 og 2

²² (Notat om tilvalg af Rom II-forordningen, 2015), s. 7

²³ (Notat om tilvalg af Rom II-forordningen, 2015), s. 7

²⁴ (Notat om tilvalg af Rom II-forordningen, 2015), s. 7

²⁵ (Notat om tilvalg af Rom II-forordningen, 2015), s. 1

Hovedreglen om lovvalg, i forbindelse med skadevoldende handlinger, er reguleret i Rom II-forordningens artikel 4(1). Af denne bestemmelse fremgår det, at det vil være det land hvor skaden indtræder, hvis lov vil finde anvendelse.

Spørgsmålet om lovvalg i forbindelse med skadevoldende handlinger som følge af konkurrenceretlige overtrædelser er eksplicit reguleret i Rom II-forordningens artikel 6(3) (a) og (b).

I medfør af artikel 6(3) (a) og (b) vælges loven i det land, hvor *markedet påvirkes eller ville blive påvirket*. Det der adskiller (b) fra (a) er, at denne bestemmelse omhandler de situationer, hvor mere end ét marked er blevet påvirket.

Ovenfor er erstatningsdirektivets artikel 5 diskuteret. I tilknytning til denne bestemmelse findes i direktivet artikel 6. Hvor artikel 5 omhandler den generelle adgang til anmodning om beviser, omhandler artikel 6 i stedet fremlæggelse af beviser i konkurrencemyndigheders sagsakter.

I medfør af artikel 6, stk. 6 kan de nationale retter på intet tidspunkt²⁶ i forbindelse med sagsøgers erstatningssøgsmål kræve at få adgang til redegørelser fra sagsøgte eller tredjemænd i forbindelse med sager om bødefritagelse eller bødenedsættelse.

Denne bestemmelse er medtaget for at værne om Leniency-programmet²⁷, som er en samarbejdsordning, der tilbyder virksomheder, der har deltaget i et kartel, total eller partiel immunitet i form af bødefritagelse eller bødenedsættelse, såfremt virksomheden kan fremlægge beviser, der dokumenterer kartellets eksistens. Argumentet for at medtage artikel 6, stk. 6 i direktivet fremgår af præamblen nr. 26:

²⁶ Der findes dog en undtagelse til artikel 6, stk. 6 i artikel 6, stk. 7

²⁷ (EU-Kommissionen, Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (2006/c 298/11), 2006), nr. 8

“[...] Virksomheder kunne blive afskrækket fra at samarbejde med konkurrencemyndighederne i forbindelse med procedurer for bødefritagelse eller bødenedsættelse og forligsprocedurer, hvis selvinkriminerende erklæringer så som redegørelser til brug for bødefritagelse eller bødenedsættelse og forligsredegørelser, som udelukkende fremsættes med henblik på samarbejde med myndigheden, skulle fremlægges [...]”²⁸

Hensynet til beskyttelsen af Leniency-programmet, og dermed den begrænsede adgang til redegørelser brugt i forbindelse med dette program, blev allerede fastslået i Donau Chemie-dommen²⁹. For nærmere gennemgang af denne dom se afsnit 2.3.3.

Leniency-programmet er en nødvendighed og ofte en forudsætning for, at karteller bliver afsløret. Det betyder, at hvis Leniency-programmet ikke bliver opretholdt, vil mange kartellers eksistens aldrig blive afsløret, og ofre for karteller ville derfor potentielt aldrig kunne gøre deres erstatningskrav gældende.

Dermed har artikel 6, stk. 6 en indirekte og essentiel betydning for ofrenes mulighed for at gøre et erstatningskrav gældende. Såfremt der var risiko for, at materiale i forbindelse med et Leniency-program kunne kræves udleveret ved et erstatningssøgsmål, ville dette kunne resultere i, at virksomhederne afskrækkes og dermed afholder sig fra at deltage i programmet. Vigtigheden af, at virksomhederne deltager i Leniency-programmet underbygges af præambelens nr. 38:

“Virksomheder, der samarbejder med konkurrencemyndighederne i en procedure for bødefritagelse eller bødenedsættelse, spiller en central rolle for afsløringen af overtrædelser begået i form af hemmelige kartelovertrædelser og i at bringe disse til ophør [...]”³⁰

²⁸ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 26

²⁹ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 48

³⁰ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 38

2.1.2 Konkurrencemyndigheders afgørelser – artikel 9 i erstatningsdirektivet

I forhold til at statuere et ansvar, i forbindelse med erstatningssøgsmål, bliver sagsøgerne hjulpet på vej af det faktum, at det i direktivets artikel 9, stk. 1 er angivet, at medlemsstaterne skal sikre, at en national konkurrencemyndigheds *endelige afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten* skal anses som værende *uomtvistelig med henblik på et erstatningssøgsmål*.

Dette betyder, at en sagsøger i forbindelse med anlæggelse af en erstatningssag, ikke på ny skal føre bevis for, at den sagsøgte virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne. Dermed bliver det nemmere for sagsøgere at gennemføre erstatningssøgsmål.

Jævnfør direktivets artikel 9, stk. 2 skal medlemsstaterne sikre, at *en endelig afgørelse* vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten, *der træffes i en anden medlemsstat, efter national ret*, skal kunne fremføres af sagsøger for dennes medlemsstats nationale retter som en bevismæssig formodning for, at der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse. Dermed gælder ikke et princip blandt medlemsstaterne, om gensidig anerkendelse af de nationale retters afgørelser, som det ellers fremgik af EU-Kommissionens Hvidbog^{31 32}. Afgørelserne kan derfor kun bruges som prima facie-bevis, det vil sige som en bevismæssig formodning for, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceretten jf. artikel 9, stk. 2³³.

Det oprindelige forslag vedrørende endelige afgørelser fra andre medlemsstaters nationale retter var mere vidtgående, idet EU-Kommissionen i Hvidbogen bemærkede følgende:

³¹ (EU-Kommissionen, Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, 2008), s. 6

³² Det har ikke været muligt at få klarlagt, hvad årsagen, til at EU-Kommissionens forslag ikke blev fulgt, har været.

³³ (Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler, 2014), s. 24

“Kommissionen ser ingen grund til, at en endelig beslutning, som de nationale konkurrencemyndigheder i Det Europæiske Konkurrencenetværk (ECN) har truffet på grundlag af artikel 81 eller 82, og en endelig afgørelse truffet af en domstol, der har taget sagen op til fornyet behandling, og som stadfæster de nationale konkurrencemyndigheders beslutning eller selv konstaterer en overtrædelse, ikke i et efterfølgende erstatningssøgsmål på kartel- og monopolområdet bør accepteres i alle medlemsstater som et uigendriveligt bevis for en overtrædelse.”³⁴

Ud fra ovenstående citat kan det udledes, at ønsket på daværende tidspunkt var, at endelige afgørelser fra såvel nationale konkurrencemyndigheder, som andre medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder, i erstatningssøgsmål, skulle kunne anvendes, ikke blot som en formodning for, men som et uomtvisteligt bevis for, at der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse.

Dette ønske er dog, som ovenfor beskrevet, ikke efterkommet i direktivet, idet andre medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheders endelige afgørelser udelukken- de, i forbindelse med erstatningssøgsmål, kan anvendes som en formodning for, at der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse og dermed ikke som et uomtvisteligt bevis jf. artikel 9, stk. 2. En årsag til, at EU-Kommissionens forslag ikke er blevet fulgt, kan være, at medlemsstaterne ikke har den fornødne tillid til hinandens nationale konkurrencemyndigheder.

Såfremt det af EU-Kommissionen fremsatte forslag i Hvidbogen, var blevet medtaget som en del af det endelige direktiv, ville det formodentlig have gjort det endnu nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

Muligheden for at kunne anvende andre medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheders endelige afgørelser, som et uomtvisteligt bevis for, at en konkurrenceretlig overtrædelse har fundet sted, ville formodentlig betyde, at sagsøger, i forbindelse med

³⁴ (EU-Kommissionen, Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, 2008), s. 6

gennemførelse af sit erstatningssøgsmål, i alle tilfælde vil have nemmere ved at statuere et ansvarsgrundlag, idet sagsøger ikke på ny skal føre bevis for, at den sagsøgte virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne.

2.1.3 Forældelse – artikel 10 i erstatningsdirektivet

En af de andre bestemmelser, der er medtaget i erstatningsdirektivet for at sikre direktivets målsætning om, at det skal være nemmere at gennemføre erstatningssøgsmål som følge af konkurrenceretlige overtrædelser, er bestemmelsen i direktivets artikel 10 om forældelse af erstatningssøgsmål.

I medfør af denne artikel pålægges det medlemsstaterne at indføre en forældelsesfrist, for indbringelse af erstatningssøgsmål, på minimum fem år, jf. artikel 10, stk. 3. I Danmark vil dette have den konsekvens, at den nugældende forældelsesfrist i forældelsesloven på tre år ikke vil være tilstrækkelig inden for det konkurrenceretlige område.

Inden direktivets ikrafttræden tilkom det hver enkelt medlemsstat at *fastsætte regler for forældelsesfristen for at kræve erstatning for et tab*³⁵, der er fremkommet som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse. Dermed har EU tidligere ladet spørgsmålet om forældelse af krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse være et nationalt anliggende.

Det faktum, at forældelsesfristen for indbringelse af erstatningssøgsmål nu er direkte reguleret i direktivet, betyder, at forældelsesfristen for krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, ikke længere udelukkende er et nationalt anliggende, men nu er reguleret i Fællesskabsretten via minimumsreglen i erstatningsdirektivets artikel 10, stk. 3.

At forældelsesfristen for krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse fremadrettet vil være reguleret i Fællesskabsretten vil formodentlig medføre en mere ensartet beskyttelse af sagsøger, idet der nu i alle medlemsstater gælder en for-

³⁵ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 81

ældelsesfrist, for krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, på minimum fem år.

En sådan ensartet regel vil formodentlig mindske tilfælde af forum shopping³⁶, idet sagsøger ikke i samme grad som tidligere skal gøre sig overvejelser om, hvilken medlemsstat, der har den mest fordelagtige forældelsesfrist for krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, da sagsøger er sikret en forældelsesfrist på minimum fem år, uanset hvor denne vælger at anlægge sin sag³⁷.

Da der er tale om en minimumsregel har medlemsstaterne dog mulighed for at fastsætte længere forældelsesfrister end fristen på minimum fem år, og derfor er det ikke utænkeligt, at der også i fremtiden, i nogle tilfælde, vil være eksempler på, at en sagsøger vælger at anlægge sag i den medlemsstat, hvor forældelsesfristen er mest fordelagtig. For nærmere gennemgang af spørgsmålet om lovvalg i forbindelse med konkurrenceretlige sager - se afsnit 2.1.1.

Det må formodes at en længere forældelsesfrist vil betyde, at der vil blive indledt flere erstatningssøgsmål i medlemsstaterne, da sagsøgerne har længere tid end hidtil til at indsamle bevismateriale og forberede deres sag.

Forældelsesfristen på fem år vil medføre en forbedring for sagsøgere i Danmark. Det kan dog tænkes, at der er andre medlemsstater, der har haft længere forældelsesfrister end den i direktivet fastsatte. For disse medlemsstater vil en forældelsesfrist på fem år medføre en forringelse for sagsøgere. En kortere forældelsesfrist kan dog være en materiel forbedring.

2.1.4 Solidarisk hæftelse – artikel 11 i erstatningsdirektivet

For at sikre, at sagsøgers mulighed for at gennemføre erstatningssøgsmål bliver nemmere, er der i erstatningsdirektivet indskrevet en bestemmelse i artikel 11, stk. 1

³⁶ For yderligere behandling af begrebet forum shopping – se afsnit 2.1.1

³⁷ Der skal dog tages forbehold for reglerne om lovvalg – se afsnit 2.1.1

som bevirker, at de overtrædende virksomheder hæfter solidarisk. Det betyder, at sagsøger har mulighed for at rette sit krav mod den af de overtrædende virksomheder, hvor sagsøger med størst sandsynlighed vil kunne få sit fulde tab dækket.

At de overtrædende virksomheder hæfter solidarisk medfører, at sagsøgte ikke kun kan gøres ansvarlig over for sine egne kunder, men også over for nogle af de andre overtrædende virksomheders kunder. Sagsøgte kan derfor risikere både at skulle betale erstatning til sine egne kunder, samt de andre overtrædende virksomheders kunder. I direktivets artikel 11 findes dog også to undtagelser til kravet om solidarisk hæftelse. Disse undtagelser vil dog ikke være genstand for behandling i nærværende opgave.

Solidarisk hæftelse er ikke et nyt fænomen i dansk ret. Begrebet er fast antaget i retspraksis og på enkelte områder er begrebet direkte lovfæstet³⁸. Begrebet solidarisk hæftelse har dog ikke tidligere været reguleret inden for konkurrenceretten. Dette ændres som følge af det nye erstatningsdirektiv. Fremadrettet vil begrebet solidarisk hæftelse, når det anvendes inden for konkurrenceretten, derfor skulle tolkes i overensstemmelse med erstatningsdirektivet.

Selvom solidarisk hæftelse er et anerkendt begreb i dansk ret, er det ikke nødvendigvis tilfældet i andre medlemsstater. For nogle medlemsstater vil bestemmelsen i erstatningsdirektivet om solidarisk hæftelse muligvis være en skærpelse af det ansvar, der hidtil har været gældende i disse medlemsstater i forbindelse med sager om erstatningssøgsmål som følge af konkurrenceretlige overtrædelser.

For sagsøgere i de medlemsstater, hvor begrebet solidarisk hæftelse er blevet skærpet i medfør af direktivet, vil det have den positive effekt, at de udelukkende behøver at rette deres erstatningskrav mod én af de skadevoldende parter. Det, at sagsøger ikke behøver rette sit krav mod hver enkel skadevolder, vil betyde, at det bliver økonomisk

³⁸ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 431

og tidsmæssigt mindre byrdefuldt at gennemføre erstatningssøgsmål, idet sagsøger ikke skal bruge ressourcer på at anlægge mere end én sag.

At skadevoldere i nogle medlemsstater muligvis vil opleve, at deres erstatningsansvar bliver større, som følge af bestemmelsen om solidarisk hæftelse i erstatningsdirektivet, kan potentielt afholde sådanne skadevoldere, i disse medlemsstater, fra at deltage i Leniency-programmet, idet de med direktivets ikrafttræden fremadrettet kan komme til at hæfte for andre overtræderes handling og ikke kun den skade, de selv har forårsaget.

Det kan diskuteres, hvorvidt, det faktum, at en virksomhed kan komme til at hæfte for andre af de overtrædende virksomheders kunders tab, også vil gælde for tab som følge af umbrella pricing. En diskussion af dette vil blive foretaget i afsnit 2.2.

2.1.5 Overvæltning – artikel 12 og 13 i erstatningsdirektivet

Karteldeltagere anvender ofte argumentet, at der er sket overvæltning af den overpris, som en sagsøger har betalt og at sagsøger som konsekvens af dette derfor ikke har krav på erstatning for hele den overpris de har betalt, da sagsøger derved ville blive overkompenseret.

Da det er vanskeligt at fastslå, om og i hvilken grad overprisen er blevet overvæltet fra sagsøger til dennes aftager, er der i direktivets artikel 12, stk. 5 fastsat en bestemmelse, der fastslår, at de nationale retter i overensstemmelse med egne procedurer har beføjelse til at skønne, hvilken andel af overprisen, der er blevet overvæltet.

Hvorvidt det er sagsøger eller sagsøgte, der har bevisbyrden for, at der er sket overvæltning, afhænger af, hvorvidt der er tale om direkte eller indirekte aftagere.

Såfremt der er tale om en direkte aftager, vil det være sagsøgte, der har bevisbyrden for, at der er sket overvæltning af overprisen jf. artikel 13 i erstatningsdirektivet. Såfremt overprisen er overvæltet på en indirekte aftager, er det dog denne, der har be-

visbyrden for, at der er sket overvæltning af overprisen jf. artikel 14, stk. 1 i erstatningsdirektivet.

Den indirekte aftagers bevisbyrde løftes ved opfyldelse af tre kumulative betingelser i artikel 14, stk. 2, litra a-c:

“a) sagsøgte har begået en overtrædelse af konkurrenceretten

b) overtrædelsen af konkurrenceretten medførte en overpris for sagsøgtes direkte aftager, og

c) den indirekte aftager har købt de varer eller tjenesteydelser, der var genstand for overtrædelsen af konkurrenceretten, eller har købt varer eller tjenesteydelser, der hidrørte fra eller indeholdt dem.”

Hensigten med at have indført ovenstående kumulative betingelser, har været, at det skal være nemmere end hidtil for indirekte aftagere at bevise, at der er sket overvæltning, idet det kan være særlig vanskeligt for sådanne forbrugere eller virksomheder, *der ikke selv har foretaget køb fra overtræderen, at føre bevis for skadens omfang*³⁹.

I dansk ret har spørgsmålet om overvæltning hovedsageligt været behandlet i sager vedrørende afgifter. Fremadrettet vil der formodentlig, efter vedtagelsen af erstatningsdirektivet, blive rejst flere sager omhandlende overvæltning af overpriser i forbindelse med konkurrenceretlige overtrædelser.

³⁹ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 41

I Danmark er der for nylig afsagt en dom, hvor netop spørgsmålet om overvæltning af overprisen i forbindelse med konkurrenceretlige overtrædelser blev behandlet⁴⁰. En analyse og gennemgang af denne dom vil blive foretaget i afsnit 3.4.3.

2.1.6 Lettelse i sagsøgers bevisbyrde – artikel 17 i erstatningsdirektivet

I erstatningsdirektivets artikel 17, stk. 2 er der medtaget en bestemmelse, der indeholder en formodningsregel for, at kartelovertrædelser forvolder skade og dermed medfører et tab.

Bestemmelsen gør det nemmere for sagsøgere at gennemføre erstatningssøgsmål, idet formodningsreglen om, at kartelovertrædelser forvolder skade, medfører en lettelse i sagsøgers bevisbyrde i erstatningssøgsmål i forbindelse med kartelsager, idet de ikke skal bruge ressourcer på at bevise, hvorvidt de har lidt et tab eller ej, men i stedet kun skal redegøre for tabets størrelse. Formodningen for, at kartelovertrædelser forvolder skade, har sagsøgte dog mulighed for at afkræfte jf. artikel 17, stk. 2.

Formodningsreglen afhjælper desuden den informationsasymmetri, der opstår i kartelsager. Informationsasymmetrien opstår som følge af kartellers ofte *hemmelige karakter* og vanskeliggør sagsøgers mulighed for at fremskaffe de relevante dokumenter, der kræves for at bevise, at de har lidt et tab⁴¹.

Ovenfor er relevante bestemmelser i erstatningsdirektivet gennemgået og diskuteret. Nedenfor følger en diskussion af, hvorvidt ofre for umbrella pricing har mulighed for at gennemføre erstatningssøgsmål i medfør af erstatningsdirektivet.

⁴⁰ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen

⁴¹ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 47

2.2 Umbrella pricing

Umbrella pricing beskriver det fænomen, at udenforstående konkurrenter på et marked, hvor der eksisterer et kartel, hæver deres priser til samme niveau som karteldeltagerne uden dog at være en del af kartellet⁴². Priserne kan de udenforstående konkurrenter på markedet hæve både bevidst og ubevidst, alt efter om de kender til kartellets eksistens eller ej. Det interessante er, hvorvidt ofre for umbrella pricing har ret til at indlede et erstatningssøgsmål.

I KONE-dommen⁴³ udtalte EU-Domstolen, at nationale domstole ikke må hindre, at ofre for umbrella pricing kan anlægge erstatningssøgsmål:

“Et offer for umbrella pricing kan følgelig opnå erstatning for en skade, der er forvoldt af medlemmerne af et kartel, selv om den skadelidte ikke har haft kontraktmæssige forbindelser med disse medlemmer, når det er godtgjort, at dette kartel alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde, herunder de særlige forhold på det omhandlede marked, kunne have den konsekvens, at selvstændigt handlende tredjeparter har anvendt umbrella pricing, og at disse omstændigheder og særlige forhold ikke kunne ignoreres af medlemmerne af nævnte kartel. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt⁴⁴.”

Ud fra ovenstående citat kan det udledes, at hvorvidt karteldeltagere kan ifalde ansvar for umbrella pricing afhænger af, om det var forudsigeligt for dem, at umbrella pricing ville forekomme. Det er op til de nationale domstole at afgøre, om karteldeltagerne burde have kunne forudse, at deres kartelsamarbejde potentielt ville resultere i umbrella pricing.

At det er den nationale ret, der skal vurdere, hvorvidt de ovenstående betingelser er opfyldt, betyder, at det vil være de nationale procedureregler, der finder anvendelse.

⁴² (Lianos, Davis, & Nebbia, 2015), s. 103

⁴³ Se afsnit 2.3.4

⁴⁴ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 34

Dette kan medføre, at medlemsstaternes afgørelser i sager om umbrella pricing får forskelligt udfald, idet der ikke er sket harmonisering af de nationale erstatningsregler. De nationale procedureregler skal dog overholde både ækvivalens- og effektivitetsprincippet.

Der er i erstatningsdirektivet ikke eksplicit indført bestemmelser, der omhandler umbrella pricing. Det kan dog diskuteres, hvorvidt ofre for umbrella pricing vil være omfattet af begrebet *andre skadelidte*, der er omtalt i direktivets artikel 11, stk. 4 litra b, idet det ikke eksplicit i denne bestemmelse er fastslået, at kun direkte og indirekte aftagere er omfattet af definitionen "andre skadelidte parter".

Vi tolker derfor denne bestemmelse således, at også ofre for umbrella pricing er omfattet af begrebet *andre skadelidte* i artikel 11, stk. 4 litra b. Bestemmelsen omhandler det faktum, at en karteldeltager, der har fået immunitet som følge af Leniency-programmet også undtagelsesvis hæfter for andre karteldeltageres aftagere, såfremt en af disse karteldeltagere ikke selv kan betale. Dette betyder, at der foreligger en subsidær hæftelse.

Af præambelens pkt. 11 fremgår det at:

"[...] I henhold til Den Europæiske Unions Domstols (Domstolens) retspraksis kan enhver rejse krav om erstatning for den skade, den pågældende har lidt, når der er årsagssammenhæng mellem skaden og en overtrædelse af konkurrenceretten [...]"

Af ovenstående citat kan det udledes, at også ofre, der har været udsat for umbrella pricing, kan indlede erstatningssøgsmål såfremt kausalitetskravet er opfyldt, som det blev fastslået i Kone-dommen. Efterfølgende vil det være op til de nationale retter at afgøre spørgsmålet om, hvorvidt ofre for umbrella pricing kan få erstatning efter nationale erstatningsregler.

Ydermere fremgår det af præambelens pkt. 13, at;

“Retten til erstatning er anerkendt for [...] - uanset om der foreligger et direkte kontraktforhold med den virksomhed, der har begået overtrædelsen, og uanset om en konkurrencemyndighed forinden har fastslået, at der er sket en overtrædelse. [...]”.

Dette taler ligeledes for, at der potentielt er en mulighed for, at ofre for umbrella pricing kan gennemføre erstatningssøgsmål med hjemmel i erstatningsdirektivet.

Selvom der ikke skal foreligge et direkte kontraktforhold med den virksomhed, der har begået overtrædelsen, skal der dog være kausalitet mellem skaden og den konkurrenceretlige overtrædelse, for at ofre for umbrella pricing kan indlede et erstatningssøgsmål.

Kravet om kausalitet blev for første gang fastslået i Manfredi-dommen, se afsnit 2.3.2. Kausalitetskravet er ikke direkte omtalt i erstatningsdirektivet, men det fremgår tydeligt af præambelen til direktivet⁴⁵, at kravet om kausalitet skal være opfyldt, førend der kan indledes et erstatningssøgsmål.

Til trods for, at kravet om kausalitet ikke er direkte reguleret i direktivet, skal direktivet dog fortolkes i overensstemmelse med gældende retspraksis, hvori det er fastslået, at der skal være kausalitet mellem skaden og den konkurrenceretlige overtrædelse, førend der kan indledes erstatningssøgsmål.

For ofre for umbrella pricing kan kausaliteten, det vil sige sammenhængen mellem skaden og den konkurrenceretlige overtrædelse, dog være svær at bevise, idet ofrene ikke har et direkte kontraktforhold med de virksomheder, der har begået den konkurrenceretlige overtrædelse.

⁴⁵ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præambel nr. 11

Det er desuden vanskeligt at bevise, at kartelsamarbejder har medført en generel prisstigning i markedet, og at denne prisstigning har medført, at ikke-karteldeltageres aftagere har betalt højere priser, som følge af denne prisstigning.

På baggrund af ovenstående kan det udledes at umbrella pricing ikke direkte er reguleret i direktivet, men at ofre for umbrella pricing alligevel formodentlig vil kunne støtte ret på erstatningsdirektivet.

Hvad årsagen har været til, at der i direktivet ikke er medtaget en egentlig bestemmelse, der udelukkende vedrører umbrella pricing, ligesom der for eksempel findes en bestemmelse om overvæltning vides ikke⁴⁶. Både umbrella pricing og overvæltning er en effekt og en følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, og det er derfor bemærkelsesværdigt, hvorfor kun overvæltning er behandlet i direktivet.

2.3 Samspillet mellem EU-retten og national ret – en analyse

Ovenstående var en analyse af direktivet, med fokus på de bestemmelser, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt det med direktivet er blevet nemmere for ofre, der har lidt et tab som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse at gennemføre erstatningsøgsmål.

Fokus i den følgende analyse er på samspillet mellem EU-retten og national ret i sager om erstatning som følge af konkurrenceretlige overtrædelser. Dette samspil er blevet behandlet i flere sager.

⁴⁶ Fra Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (Chefkonsulent Lotte Bredahl Fogh) er det blevet oplyst, at indholdet i de forhandlinger, der har været vedrørende direktiv 2014/104/EU, er fortrolige. Det har derfor ikke været muligt at få viden om, hvorvidt Umbrella pricing har været diskuteret under forhandlingerne vedrørende direktivet.

2.3.1 Courage-dommen

En af de sager, hvor emnet er blevet behandlet er i Courage-dommen fra 2001.

Courage-dommen, C-453/99, omhandlede en forpagtningsaftale, mellem Courage Ltd og Bernard Crehan, for en pub og en hermed forbundet købspligt til et bestemt mærke øl.

Forpagteren, Bernard Crehan, nægtede at betale for det modtagne øl, hvorefter den nationale domstol forelagde EU-domstolen fire præjudicielle spørgsmål, hvoraf det ene omhandlede, hvorvidt der kan gives erstatning til en part, der har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale.

EU-domstolen udtalte at det ikke på forhånd kan udelukkes, at et erstatningssøgsmål kan anlægges af en part, i en aftale, der findes at være i strid med konkurrencereglerne. Dommen blev afsagt den 20. september 2001.

EU-Domstolen fastslog, at såfremt der er sket tilsidesættelse af TEUF artikel 101, stk. 1, kan enhver borger støtte ret på en sådan overtrædelse⁴⁷. Dermed fastslår EU-Domstolen, at alle borgere skal have adgang til at gøre et erstatningssøgsmål gældende, såfremt de har været ofre for en konkurrenceretlig overtrædelse.

EU-Domstolen fastslog i præmis 25 i dommen, at det er de nationale domstole, der skal gøre det muligt for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gøre et sådant erstatningssøgsmål gældende:

“[...] Det påhviler de nationale domsmyndigheder, der inden for rammerne af deres kompetence har til opgave at anvende fællesskabsbestemmelserne, at sikre den fulde virkning af disse bestemmelser og beskytte de rettigheder, som de udstyrer borgerne med [...]”

⁴⁷ Sag C-453/99 - Courage-dommen, præmis 24

Det, at det er de nationale domstole, der skal varetage denne opgave, er en konsekvens af, at der ikke findes fællesskabsretlige regler på dette område⁴⁸.

Dermed bliver fordelingen mellem EU-retten og national ret således, at EU-retten fastsætter retten til erstatning, mens selve erstatningssøgsmålet varetages af de nationale retter, og dermed bliver dette et nationalt anliggende.

Til trods for denne fordeling bestemmer EU-retten dog, at de nationale procedureregler, der anvendes i forbindelse med erstatningssøgsmål, ikke må være *mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet)*, og de må heller ikke i praksis gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet)⁴⁹.

Med Courage-dommen fastslog EU-Domstolen desuden, at retten til at indlede et erstatningssøgsmål, for de nationale retter ved overtrædelser af konkurrencereglerne, er et væsentligt bidrag til overholdelse af konkurrencereglerne og dermed til opretholdelsen af konkurrencen på det indre marked⁵⁰.

Såfremt denne adgang til at indlede et erstatningssøgsmål ved de nationale retter ikke var pålagt af EU-domstolen, ville det potentielt kunne bringe virkningen af TEUF artikel 101, stk.1 i fare⁵¹, idet der ikke, ud over risikoen for at blive pålagt en bøde, ville være yderligere konsekvenser ved indgåelse af aftaler om samordnet praksis, der hindrer eller begrænser konkurrencen på det indre marked, herunder for eksempel kartelsam-
arbejder.

⁴⁸ Sag C-453/99 - Courage-dommen, præmis 29

⁴⁹ Sag C-453/99 - Courage-dommen, præmis 29

⁵⁰ Sag C-453/99 - Courage-dommen, præmis 27

⁵¹ Sag C-453/99 - Courage-dommen, præmis 26

2.3.2 Manfredi-dommen

Courage-dommen blev efterfulgt af Manfredi-dommen i 2006.

Manfredi-dommen, C-295/04, Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni m.fl., omhandler private parters påstande om erstatning for tab, efter at den nationale konkurrencemyndighed havde erklæret en samordnet præmiestigning i strid med konkurrencereglerne.

EU-Domstolen afsagde den 13. juli 2006 dom i sagen og udtalte i den forbindelse blandt andet, at en sådan samordnet præmiestigning kan udgøre en tilsidesættelse af TEUF artikel 101, når der er *tilstrækkelig sandsynlighed for, at den pågældende aftale eller samordnede praksis kan udøve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på salg af disse forsikringspolicer i den berørte medlemsstat foretaget af erhvervsdrivende, som er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og at denne indflydelse ikke er ubetydelig.*

I denne sag udtalte EU-Domstolen ligeledes, at enhver har ret til at påberåbe sig en tilsidesættelse af TEUF artikel 101⁵². I Manfredi-dommen præciserede EU-Domstolen, at adgangen til at kræve erstatning er betinget af, at der er kausalitet mellem skaden og overtrædelseren⁵³.

Som i Courage-dommen blev det ligeledes i Manfredi-dommen statueret, at de nationale retter skal fastsætte nationale procedureregler, der har til formål at sikre beskyttelsen af den i EU-retten fastsatte ret til at indlede et erstatningssøgsmål. De nationale procedureregler skal dog, som det også blev angivet i Courage-dommen, overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet⁵⁴.

⁵² Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 59

⁵³ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 61

⁵⁴ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 62

EU-Domstolen understregede i Manfredi-dommen, ligesom i Courage-dommen, væsentligheden af retten til at kræve erstatning for en konkurrenceretlig overtrædelse, idet denne ret er med til at sikre den effektive konkurrence på det indre marked⁵⁵.

I Manfredi-dommen udtalte EU-Domstolen sig desuden om forældelsesfristen for krav på erstatning som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse. EU-Domstolen fastslog, at regler om forældelse i relation til sager om konkurrenceretlige overtrædelser, er et nationalt anliggende.

Det betyder, at medlemsstaterne skal fastsætte regler, der regulerer forældelsesfristen for at kræve erstatning for det tab, der er lidt som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse⁵⁶. Dog stilles der samme krav til overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet⁵⁷, som til de nationale procedureregler, der skal sikre beskyttelsen af retten til at indlede et erstatningssøgsmål.

Udover at stille krav til overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet, kræver EU-Domstolen desuden, at den nationale forældelsesfrist ikke gør det praktisk umuligt at udøve retten til at indlede et erstatningssøgsmål⁵⁸.

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at EU-Domstolen i Manfredi-dommen, udover at stadfæste nogle af de samme konklusioner som i Courage-dommen, desuden udtalte sig om spørgsmålet om kausalitet og spørgsmålet om forældelse.

⁵⁵ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 90 og 91

⁵⁶ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 81

⁵⁷ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 81

⁵⁸ Sag C-295/04 - Manfredi-dommen, præmis 78

2.3.3 Donau Chemie-dommen

I en nyere dom fra 2013, Donau Chemie-dommen, har EU-Domstolen endnu engang fastslået nogle af de samme principper, som blev fastslået i både Courage- og Manfredi-dommene.

Donau Chemie-sagen, C-536/11, Donau Chemie AG m.fl. mod Bundeswettbewerbsbehörde omhandlede adgang til aktindsigt i sagsakterne til den retlige procedure, som Bundeswettbewerbsbehörde havde indledt mod Donau Chemie AG m.fl.

Den 6. juni 2013 afsagde EU-Domstolen dom i sagen, hvoraf det fremgik, at en national regel, der bestemmer at tredjemands ønske om aktindsigt i dokumenter, der hidrører fra et samarbejdsprogram, i forbindelse med anlæggelse af erstatningssøgsmål, er betinget af samtykke fra de parter, der har deltaget i dette samarbejdsprogram, *uden at de nationale retter er tillagt nogen mulighed for at foretage en afvejning af de foreliggende interesser*, er i strid med effektivitetsprincippet.

I Donau Chemie-dommen udtalte EU-Domstolen endnu engang, med henvisning til Courage- og Manfredi-dommene, at det påhviler de nationale retter at beskytte den EU-retligt sikrede ret til at indlede et erstatningssøgsmål, der følger af EU-rettens direkte virkning for borgerne, ved at fastsætte nationale procedureregler⁵⁹. EU-Domstolen fastslog ligeledes, at de nationale procedureregler skal overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet⁶⁰.

Et af de andre principper, som EU-Domstolen også medtog, med henvisning til Courage-dommen, er princippet om, at såfremt muligheden for at indlede et erstatningssøgsmål for skade påført som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, ikke var sikret ved EU-retten, ville det kunne medføre, at effekten af TEUF artikel 101, stk. 1 ville blive svækket⁶¹.

⁵⁹ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 22 og 25

⁶⁰ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 27

⁶¹ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 21

Det faktum, at denne ret er sikret, betyder derfor, at virkningen af TEUF artikel 101, stk. 1 forøges og dermed bidrager til at sikre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det indre marked⁶².

I tilknytning til ovenstående udtalte EU-Domstolen sig yderligere i Donau Chemie-dommen om risikoen for, at effekten af TEUF artikel 101, stk. 1 svækkes. Om en national retsregel vedrørende adgangen til aktindsigt udtalte EU-Domstolen følgende:

*“[...] den omhandlede kategoriske nægtelse af aktindsigt som ved en almindelig adgang til disse dokumenter, vil kunne bringe den effektive anvendelse af bl.a. artikel 101 TEUF og de rettigheder, denne bestemmelse tillægger borgerne, i fare [...]”*⁶³

EU-Domstolen udtalte sig, i Donau Chemie-dommen, særligt om adgangen til aktindsigt for personer, der ønsker at indlede et erstatningssøgsmål, som følge af konkurrenceretlige overtrædelser; at de nationale retter skal anvende nationale bestemmelser om adgangen til aktindsigt i sagsakter fra de nationale konkurrencemyndigheder, der stammer fra sager om bødepålæggelse⁶⁴.

Til trods for at de nationale retter skal anvende nationale bestemmelser om adgangen til aktindsigt, udtaler EU-Domstolen, at det er en nødvendighed, i forbindelse med de nationale retters anvendelse af de nationale bestemmelser, for ikke at bringe virkningen af artikel 101 i fare⁶⁵, at retterne, fra sag til sag⁶⁶, foretager en afvejning af⁶⁷ hensynet til *anmoderens interesse i at opnå aktindsigt i disse dokumenter med henblik på at forberede sit erstatningssøgsmål*⁶⁸, samt en afvejning af hensynet til *offentlige interesser, såsom den effektive gennemførelse af håndhævelsespolitikken over for over-*

⁶² Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 23

⁶³ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 31

⁶⁴ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 26

⁶⁵ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 31

⁶⁶ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 43

⁶⁷ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 30

⁶⁸ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 44

trædelser af konkurrenceretten⁶⁹, der er foretaget i henhold til sikringen af TEUF artikel 101's virkning.

EU-Domstolen udtaler desuden, at en national regel, der hindrer ofre for konkurrenceretlige overtrædelser, adgang til relevante sagsakter, som disse skal bruge som bevis for at gøre et erstatningskrav gældende, vil *kunne gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at gennemføre den ret til erstatning, som disse personer har i henhold til EU-retten*⁷⁰.

Ud over at stadfæste nogle af de principper, som EU-Domstolen fastslog i Courage- og Manfredi-dommene, viser ovenstående analyse, at EU-Domstolen i Donau Chemie-dommen desuden udtalte sig om vigtigheden af adgang til aktindsigt for personer, der ønsker at indlede et erstatningssøgsmål som følge af konkurrenceretlige overtrædelser.

2.3.4 Kone-dommen

I C-557/12 Kone-dommen blev der indgivet et præjudicielt spørgsmål omhandlende muligheden for at kræve erstatning for en skade, der er lidt som følge af forhøjede priser, som er anvendt ved indgåelsen af kontrakter med virksomheder, der ikke har deltaget i et kartelsamarbejde. Dommen blev afsagt den 5. juni 2014.

EU-Domstolen udtalte, at virksomheder, der deltager i et kartel civilretligt er erstatningsansvarlige for skader, der er en følge af, at en virksomhed, der ikke deltager i dette kartel, på grund af kartellets ulovlige handlinger, har fastsat sine priser på et niveau, der er højere end det som den havde kunnet anvende uden kartellet.

Spørgsmålet blev rejst i sagen mellem Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG.

⁶⁹ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 33 og 45

⁷⁰ Sag C-536/11 - Donau Chemie-dommen, præmis 39

Mange af de samme principper som blev fastslået i både Courage, Manfredi og Donaudommen blev ligeledes fastslået i Kone-dommen fra 2014.

Det blev i Kone-dommen ligeledes fastslået, som det gjorde i Manfredi-dommen, at der skal der være kausalitet mellem skaden og overtrædelser, førend en skadelidt kan kræve erstatning⁷¹.

Det blev desuden endnu engang fastslået, som det også blev i både Courage-, Manfredi- og Donau-dommene, at det tilkommer de nationale retter at fastsætte nationale procedureregler, der sikrer beskyttelsen af retten til at kræve erstatning for et tab, der er fremkommet som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse⁷². Disse nationale regler skal overholde såvel ækvivalens- som effektivitetsprincippet, som det også blev fastslået i Courage-, Manfredi- og Donau Chemie-dommene⁷³.

I Kone-dommen blev det også fastslået, at retten til at indlede et erstatningssøgsmål for nationale retter ved overtrædelser af konkurrencereglerne er et væsentlig bidrag til at sikre *den fulde effektive virkning af TEUF artikel 101*⁷⁴ samt *bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for den europæiske union*⁷⁵.

Omend Kone-dommen fastslog mange af de samme principper, som blev fastslået i Courage-, Manfredi- og Donau Chemie-dommene, var det centrale i denne dom dog spørgsmålet om, hvorvidt ofre, der har været udsat for umbrella pricing, det vil sige ofre, der har været udsat for, *“at en virksomhed, der ikke deltager i dette kartel, på grund af kartellets ulovlige handlinger har fastsat sine priser på et niveau, der er højere end det, som den havde kunnet anvende uden kartellet.”*⁷⁶, ikke må afskæres fra mu-

⁷¹ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 22

⁷² Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 24

⁷³ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 24 og 25

⁷⁴ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 21

⁷⁵ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 23

⁷⁶ Sag C-557/12 - Kone-dommen, præmis 19

ligheden for at anlægge et erstatningssøgsmål, selvom der ikke foreligger en direkte årsagsforbindelse mellem tabet og den konkurrenceretlige overtrædelse.

EU-domstolen fastslog, at der ikke må forefindes nationale regler, der *kategorisk udelukker* ofre for umbrella pricing retten til at indlede et erstatningssøgsmål.

Udover at fastslå mange af de samme principper som i Courage-, Manfredi- og Donau Chemie-dommene, samt vigtigheden af adgangen til erstatning for enhver, der er direkte offer for en konkurrenceretlig overtrædelse, fastslog EU-domstolen i Kone-dommen, desuden, at indirekte ofre for konkurrenceretlige overtrædelser også skal have ret til at indlede et erstatningssøgsmål.

2.3.5 MedEval-dommen

I en nyere dom fastslog EU-Domstolen endnu engang nogle af de samme principper, som blev fastslået i de øvrige domme.

MedEval-dommen, C-166/14, MedEval GmbH m.fl. mod Bundesminister für Wissenschaft m.fl. omhandlede, hvorvidt en regel, der kræver forudgående anerkendelse af en overtrædelse af en udbudsretlig procedure, for at kunne opnå skadeserstatning, er i overensstemmelse med EU-retten.

Den nationale lovgivning foreskrev, at der skulle foreligge en anerkendelse af, at udbudsproceduren ikke var fulgt korrekt, før et erstatningssøgsmål kunne anlægges. EU-Domstolen afsagde dom i sagen den 26. november 2015 og udtalte, at en sådan regel er i strid med navnlig effektivitetsprincippet.

Hvor Courage-, Manfredi-, Donau Chemie- og Kone-dommen omhandler konkurrenceretlige problemstillinger, omhandler MedEval-dommen i stedet udbudsretlige problemstillinger. Dommene har dog det tilfælles, at de alle berører betingelserne for at gøre et erstatningssøgsmål gældende.

Ligesom i Courage-, Manfredi-, Donau Chemie- og Kone-dommen blev det også i MedEval-dommen fastslået, at det er de nationale retter, der skal fastsætte nationale procedureregler for erstatningssøgsmål. Det blev ligeledes endnu engang fastslået, at disse nationale procedureregler skal overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet⁷⁷.

I MedEval-dommen har EU-Domstolen, ligesom i Manfredi-dommen, desuden udtalt, at nationale retsregler ikke må gøre det *umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til at iværksætte et erstatningssøgsmål*⁷⁸. De to domme har det til fælles, at de begge omhandler de nationale retsregler, der regulerer forældelsesfristen for indgivelse af et erstatningssøgsmål.

I MedEval-dommen har EU-Domstolen uddybet begrundelsen for, hvorfor det kan være uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til at indlede et erstatningssøgsmål. De udtaler blandt andet, at for korte forældelsesfrister kan vanskeliggøre skadelidtes mulighed for at indhente relevante informationer i forbindelse med erstatningssøgsmål⁷⁹.

2.4 De danske erstatningsbetingelser

Som tidligere nævnt, er det et nationalt anliggende at afgøre de erstatningssøgsmål, der opstår som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, det vil sige, at det er de nationale retter, der har kompetence til at afgøre sådanne erstatningssager. I dansk ret er reglerne om erstatning ikke reguleret ved lov, men er udviklet på baggrund af retspraksis⁸⁰.

Det der er afgørende for, hvorledes en erstatningssag skal afgøres, vil afhænge af, hvorvidt der er tale om erstatning i eller uden for kontrakt. Da nærværende opgave beskæftiger sig med erstatning som følge af konkurrenceretlige overtrædelser, vil det

⁷⁷ Sag C-166/14 - MedEval-dommen, præmis 37

⁷⁸ Sag C-166/14 - MedEval-dommen, præmis 41

⁷⁹ Sag C-166/14 - MedEval-dommen, præmis 42

⁸⁰ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 41

være reglerne om erstatning uden for kontrakt, der finder anvendelse (deliktsansvar)⁸¹.

For at en skadelidt efter dansk ret, i en erstatningssag uden for kontrakt, er berettiget til erstatning, skal nedenstående fire erstatningsbetingelser være opfyldt. Betingelserne er kumulative, hvilket betyder, at alle fire betingelser skal være opfyldt for, at skadelidte kan opnå erstatning.

De fire kumulative erstatningsbetingelser i dansk ret er:

Ansvarsgrundlag

Tab (økonomisk tab)

Kausalitet

Adækvans

2.4.1 Ansvarsgrundlag

Det første, der skal fastlægges i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en skadelidt har mulighed for at få erstatning er, om der kan statueres et ansvarsgrundlag.

Udgangspunktet i dansk erstatningsret, for fastlæggelse af dette ansvarsgrundlag, er culpareglen⁸². Derudover findes der også et strengere ansvar, objektivt ansvar.

Når det i forbindelse med en konkurrenceretlig overtrædelse skal afgøres, hvorvidt, der i medfør af denne overtrædelse kan statueres et ansvarsgrundlag, anvendes i dansk ret culpareglen⁸³.

Som nævnt i afsnit 2.1.2 er det med erstatningsdirektivet blevet besluttet, at endelige afgørelser om overtrædelse af konkurrencereglerne fra konkurrencemyndigheder i den medlemsstat, hvor sagen verserer, skal kunne anvendes som belæg for at statuere ansvarsgrundlag i en erstatningssag jf. artikel 9, stk. 1 i erstatningsdirektivet.

⁸¹ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 25

⁸² (Von Eyben & Isager, 2011), s. 23

⁸³ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 23

Det betyder, at skadelidte i mange tilfælde undgår på ny at skulle bevise, at konkurrencereglerne er blevet overtrådt, og der dermed foreligger et ansvarsgrundlag. Der skal derfor ikke foretages den culpavurdering, som ellers skulle have været foretaget i dansk ret, i sager uden for kontrakt, inden direktivets vedtagelse. Culpavurderingen skal ikke foretages, idet der allerede er statueret et ansvarsgrundlag i medfør af den endelige afgørelse fra en konkurrencemyndighed i den medlemsstat, hvor sagen verserer.

Allerede inden direktivets tilblivelse blev der i Danmark i 2006 afsagt en byretsdom omhandlende et erstatningssøgsmål som følge af et elkartel. Retten i Gentofte udtalte følgende om ansvarsgrundlaget:

“civilretligt udgør den erkendte deltagelse i elkartellet et ansvarsgrundlag, hvorpå sagsøgeren kan støtte sit krav på erstatning.”⁸⁴

Dette er et udtryk for, at der allerede inden direktivets tilblivelse, i Danmark, var fokus på, at endelige afgørelser fra nationale konkurrencemyndigheder kunne anvendes som belæg for at statuere et ansvarsgrundlag.

2.4.2 Tab (økonomisk tab)

Den anden betingelse, der skal være opfyldt for, at en skadelidt kan få erstatning er, at der skal være lidt et økonomisk tab.

I erstatningsdirektivet er det som nævnt i afsnit 2.1.6, fastslået, at der en formodning for, at kartelovertrædelser forvolder skade jf. artikel 17, stk. 2 og dermed må forventes at medføre et økonomisk tab.

Det betyder, at en sagsøger i et erstatningssøgsmål, anlagt som følge af et kartelsarbejde, ikke skal anvende ressourcer på at bevise, at han har lidt et økonomisk tab.

⁸⁴ Dom afsagt 5. Maj 2006 i sag nr. BS 18/2005 – Københavns Kommune Bygningsområdet mod Peter Dahl A/S. I denne sag søger en bygherre erstatning hos den el-entreprenør, der i 1998 deltog i ulovlig koordinering af tilbudsgivningen ("el-kartellet") og vandt og gennemførte arbejdet.

Sagsøger skal derfor blot bruge ressourcer på at bevise og opgøre tabets størrelse. For en gennemgang af mulige tabsopgørelsesmetoder henvises til afsnit 3.1.

2.4.3 Kausalitet

Den tredje betingelse, der skal være opfyldt for, at en skadelidt er berettiget til at få erstatning, er, at der skal være en årsagssammenhæng mellem skadelidtes tab og den konkurrenceretlige overtrædelse.

Det betyder, at såfremt følgende spørgsmål kan besvares afkræftende, så vil der foreligge kausalitet mellem skadelidtes tab og overtrædelserne af konkurrencereglerne: Ville tabet være fremkommet, hvis det ansvarsbegrundende forhold (overtrædelserne af konkurrencereglerne) ikke havde foreligget?⁸⁵

Den vurdering der skal foretages er derfor, en sammenligning af to scenarier; det faktiske forløb, hvor en overtrædelse af konkurrencereglerne har fundet sted, sammenholdt med et hypotetisk forløb, hvor overtrædelserne af konkurrencereglerne ikke har fundet sted. Det vil sige det ansvarsbegrundende forhold elimineres og herefter vurderes det, hvorvidt elimineringen gør en forskel i forhold til tabets fremkomst.

At der skal være årsagssammenhæng mellem skadelidtes tab og den konkurrenceretlige overtrædelse for, at kausalitetsbetingelsen er opfyldt er ikke direkte angivet i erstatningsdirektivet, men fremgår af præambelen til direktivet. Kravet om kausalitet fremgår desuden af Manfredi- og Kone-dommene.

Den der har bevisbyrden for, at der er kausalitet mellem skadelidtes tab og overtrædelserne af konkurrencereglerne er i dansk ret som udgangspunkt skadelidte. Det er op til de nationale domstole at vurdere styrken af skadelidtes bevismateriale.

⁸⁵ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 286

2.4.4 Adækvans

Den fjerde og sidste betingelse, der skal være opfyldt for, at skadelidte kan få erstatning, er en betingelse der knytter sig til kausalitetsbetingelsen - adækvansbetingelsen⁸⁶.

For at adækvansbetingelsen er opfyldt skal tabet være en påregnelig følge af overtrædelsen af konkurrencereglerne. Det vil sige, hvis den kausalitet, der er statueret er svag, vil kravet om adækvans ikke være opfyldt⁸⁷. Med andre ord - det er ikke tilstrækkeligt, at risikoen for tab er blevet forøget. Risikoen skal være blevet forøget for *det tab* som faktisk indtræder⁸⁸.

Reglerne om adækvans er ikke reguleret i direktivet, men medlemsstaterne har alligevel ret til at anvende dette begreb eller lignende begreber som betingelse for erstatning. Dette er anført i præamblen til direktivet:

*“Hvis medlemsstaterne har fastlagt andre betingelser for erstatning i henhold til national ret, f.eks. tilregnelighed, **adækvans** eller skyld, bør de kunne opretholde sådanne betingelser, såfremt de er i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, effektivitets- og ækvivalensprincippet samt dette direktiv.”*⁸⁹

⁸⁶ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 25

⁸⁷ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 25

⁸⁸ (Von Eyben & Isager, 2011), s. 295

⁸⁹ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), præmbel nr. 11

2.5 Cheminova-dommen – ændret udfald som følge af erstatningsdirektivet?

I nærværende analyse findes det interessant at undersøge, hvorvidt udfaldet af Cheminova-dommen ville have været et andet, såfremt sagen skulle afgøres efter erstatningsdirektivets bestemmelser⁹⁰.

Den 19. januar 2005 pålagde EU-Kommissionen Akzo Nobel en bøde for deltagelse i et pris-, markedsdelings- og informationsudvekslingskartel på markedet for kemikaliet monochloredikesyre (MCAA). EU-Kommissionen fastslog, at kartellet havde eksisteret i perioden fra januar 1984 til maj 1999⁹¹.

Cheminova købte MCAA-blandingen Azonol fra Akzo Nobel fra 1986 og resten af kartelperioden⁹². Azonol indgik i Cheminovas fremstilling af plantebeskyttelsesmidlet Dimethoate, som de solgte til hele verden. Cheminova indledte i 2007 et erstatnings-søgsmål mod Akzo Nobel med påstand om erstatning for de overpriser, de havde betalt for Azonol i kartelperioden.

Sø- og Handelsretten skulle alene tage stilling til, hvorvidt Cheminova havde lidt et tab og i så fald størrelsen af dette, idet Akzo Nobel allerede havde anerkendt ansvarsgrundlaget og årsagsforbindelsen til kravet.

Der faldt dom i sagen den 15. januar 2015. Cheminova blev tilkendt et erstatningskrav på 10.710.000 kroner for det tab de havde lidt, som følge af de overpriser de havde betalt til Akzo Nobel i kartelperioden.

Et af de emner, der blev behandlet i sagen var, hvilke krav, der blev stillet til bevisbyrden for tabets størrelse. Cheminova lagde i sagen til grund at kravet til bevisbyrden for tabets størrelse burde være lempeligere end traditionelle beviser, idet ofre der har været udsat for konkurrenceretlige overtrædelser, i dette tilfælde et kartelsamarbejde,

⁹⁰ Erstatningsdirektivet var endnu ikke vedtaget, da sagen blev indledt i 2007.

⁹¹ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 5

⁹² Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 2

vil have vanskeligt ved bevisførelsen, idet der for at bevise tabets størrelse skal føres bevis for en kontrafaktisk situation, det vil sige en hypotetisk situation⁹³.

Cheminova understøtter sin påstand om en lempelse af beviskravet med, at det er en følge af EU-rettens effektivitetsprincip. De nævner desuden, at dette princip er kræftet både i praksis fra EU-Domstolen og Højesteret i Danmark⁹⁴.

Cheminova anfører i sagen, at det lempede beviskrav betyder, at tabet kun i tilstrækkelig grad skal sandsynliggøres og dermed ikke skal bevises fuldt ud⁹⁵.

Havde erstatningsdirektivet været gældende på tidspunktet, hvor sagen blev indledt, ville det have været tilstrækkeligt, at Cheminova blot havde henvist til artikel 17 i direktivet, for at understøtte deres påstand om et lempeligere beviskrav i den konkrete sag i stedet for at henvise til retspraksis.

Det ville derfor have været lettere for Cheminova at redegøre for, at der gælder et lempeligere krav til bevisførelse i sager om konkurrenceretlige overtrædelser, såfremt direktivet havde været trådt i kraft på det tidspunkt, hvor sagen blev indledt.

Selvom direktivet ville have lettet Cheminovas bevisførelse for, at der gælder et lempeligere krav til bevisførelse i sager om konkurrenceretlige overtrædelser, ændrer direktivet ikke på retstilstanden, idet der, som Cheminova anførte i sagen, også inden direktivets ikrafttræden gjaldt et lempeligere krav til bevisførelsen i sager om konkurrenceretlige overtrædelser.

En anden påstand, der blev fremført af Cheminova i sagen, var påstanden om, at det faktum, at Akzo Nobel af EU-Kommission var blevet tildelt en bøde for deltagelse i et kartel, i sig selv var tilstrækkeligt til at statuere ansvarsgrundlag⁹⁶.

⁹³ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 191

⁹⁴ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 191

⁹⁵ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 191

Denne påstand understøttede de med nyere dansk retspraksis, hvori det var blevet fastslået at bødepålæggelse fra en konkurrencemyndighed, som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger et ansvarsgrundlag⁹⁷.

Såfremt direktivet havde været gældende, da sagen blev indledt, havde Cheminova haft direkte hjemmel til ovenstående påstand i direktivet og havde derfor ikke behøvet referere til retspraksis, idet det i erstatningsdirektivets artikel 9, stk. 1 er fastslået, at når en konkurrencemyndighed har truffet en *endelig afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, anses den for at være uomtvistelig med henblik på et erstatningsøgsmål*.

Havde direktivet været gældende, ville det derfor have været nemmere for Cheminova at føre bevis for deres påstand. Retstilstanden har dog ikke ændret sig med direktivet, idet det også før direktivets ikrafttræden i dansk retspraksis var blevet fastslået, at en konkurrencemyndigheds endelige afgørelse er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

Et andet forhold hvor erstatningsdirektivet ligeså ville have gjort det nemmere for Cheminova at føre deres sag, er det, at det i direktivet er indskrevet, at *det formodes, at kartelovertrædelser forvolder skade*⁹⁸.

Formodningsreglen indikerer, at ofre for kartelovertrædelser altid vil blive påført et tab. Bestemmelsen sikrer dermed, at ofre for kartelovertrædelser ikke behøver bruge ressourcer på at bevise, at de har lidt et tab, men udelukkende skal have fokus på at bevise tabets størrelse.

⁹⁶ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 198

⁹⁷ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 198

⁹⁸ (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, 2014), artikel 17, stk. 2

I Cheminova-dommen skulle Cheminova både bevise, at de havde lidt et tab forårsaget af Akzo Nobels adfærd samt tabets størrelse. Havde direktivet været trådt i kraft, da sagen blev indledt, havde det ikke været nødvendigt for Cheminova at bruge ressourcer på at bevise, at de havde lidt et tab, eftersom der i direktivet findes ovenstående formodningsregel. Dermed skulle de udelukkende have brugt ressourcer på at bevise tabets størrelse.

På baggrund af ovenstående analyse kan det konstateres, at såfremt direktivet havde været gældende, da Cheminova indledte erstatningssøgsmålet, ville det have været nemmere for Cheminova at gennemføre deres erstatningssøgsmål, dog ville direktivet ikke have ændret udfaldet af dommen.

2.6 Delkonklusion - jura

Ovenstående analyse viser, at de bestemmelser fra erstatningsdirektivet, som i nærværende opgave er udvalgt til diskussion, alle på hver deres måde medvirker til, at det fremadrettet vil være nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

Bestemmelsen i erstatningsdirektivets artikel 5 medfører, at det er blevet nemmere for sagsøgere at få adgang til bevismateriale, herunder lettere adgang til informationer fra sagsøgte eller tredjemand.

Af artikel 9 i erstatningsdirektivet kan det udledes, at hensigten med bestemmelsen er, at det skal være nemmere for sagsøgere at statuere et ansvarsgrundlag for en konkurrenceretlig overtrædelse. Påvisningen af ansvarsgrundlaget gøres enklere for sagsøgerne, idet disse ikke på ny behøver at føre bevis for, at der har været en overtrædelse af konkurrencereglerne jf. artikel 9, stk. 1. Ydermere fremgår det af artikel 9, stk. 2, at afgørelser fra andre medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder skal anses som værende en formodning for, at der er sket en overtrædelse af de konkurrenceretlige regler.

I medfør af erstatningsdirektivets artikel 10 er det blevet pålagt medlemsstaterne at indføre en forældelsesfrist på mindst 5 år. For Danmark betyder det, at den nuværende forældelsesfrist forlænges med to år. Ændringen af forældelsesfristen betyder, at sagsøgere har længere tid til end tidligere at anlægge erstatningssøgsmål, hvilket betyder, at sagsøgere får bedre muligheder for at gøre krav på erstatning.

Et yderligere tiltag, der skal være med til at sikre, at sagsøgere har lettere adgang til at gøre krav på erstatning, er tiltaget om solidarisk hæftelse i erstatningsdirektivets artikel 11. Med dette tiltag kan sagsøgerne selv vælge hvem af deltagerne i et kartel, de ønsker at rette deres erstatningskrav mod.

Erstatningsdirektivets artikel 12 giver de nationale retter mulighed for at skønne, hvilken andel af overprisen, der er blevet overvæltet. Det er desuden i medfør af artikel 14 blevet nemmere for indirekte aftagere at bevise, at overvæltning har fundet sted, hvilket gør det nemmere for disse parter at gennemføre erstatningssøgsmål.

For at mindske den informationsasymmetri, der opstår ved karteller er der i direktivets artikel 17 indskrevet en bestemmelse, hvori det formodes, at karteller altid forvolder skade. Dette medfører, at sagsøgere, der har lidt et tab som følge af et kartelsamarbejde har nemmere ved at løfte bevisbyrden for, at de har lidt et tab.

Hvorvidt direktivet vil gøre det nemmere for skadelidte at gennemføre erstatningssøgsmål vil afhænge af, hvorledes retstilstanden har været i den enkelte medlemsstat før direktivets vedtagelse. Det er derfor ikke muligt at lave én samlet konklusion på erstatningsdirektivets effekt, da det vil være forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat, om bestemmelserne i direktivet vil være en stramning eller en lempelse i forhold til, hvad der tidligere har været gældende. Det vil derfor også være forskelligt for medlemsstaterne, hvilke bestemmelser, der i særlig grad, i den enkelte medlemsstat, er

med til at gøre det nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

For Danmark vil det formodentlig særligt være bestemmelsen omhandlende adgang til bevismateriale og formodningsreglen i artikel 17, stk. 2 i erstatningsdirektivet, der vil have essentiel betydning for, at det i praksis bliver nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål, idet det bliver nemmere for skadelidte at redegøre for og bevise, at de har lidt et tab samt tabets størrelse.

Af nærværende juridiske analyse fremgår det, at selvom umbrella pricing ikke er direkte reguleret i erstatningsdirektivet, vil et offer for umbrella pricing formodentlig alligevel kunne støtte ret på direktivet i forbindelse med gennemførelse af erstatningssøgsmål.

På baggrund af domsanalyserne i nærværende opgave kan det konkluderes, at enhver har ret til at indlede et erstatningssøgsmål. I Manfredi- og Kone-dommen udtaler EU-Domstolen, at retten til at kræve erstatning dog er betinget af, at der er kausalitet mellem skaden og overtrædelserne.

Alle fem domme fastslår desuden, at erstatningssøgsmål skal anlægges ved de nationale retter men, at den overordnede ret til at kræve erstatning er sikret ved EU-retten.

I Courage-, Manfredi-, Donau Chemie og Kone-dommene udtaler EU-Domstolen desuden, at såfremt retten til at indlede et erstatningssøgsmål ikke var sikret, ville dette potentielt resultere i, at virkningen af TEUF artikel 101 ville blive svækket, hvilket ville kunne medføre en mindre effektiv konkurrence på det indre marked.

I Manfredi-dommen udtalte EU-domstolen, at spørgsmålet om forældelse i relation til konkurrenceretlige sager er et nationalt anliggende. Med erstatningsdirektivet er dette

blevet ændret, idet spørgsmålet om forældelse reguleres direkte i direktivet og dermed i EU-retten frem for i national ret.

I både Manfredi-, Donau Chemie- og MedEval-dommen fastslog EU-Domstolen, at ingen nationale retsregler må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til at indlede et erstatningssøgsmål.

Domsanalyserne tydeliggør, at EU-retten består af to parallelle regimer⁹⁹. På den ene side fungerer EU-Domstolen som det primære håndhævelsessystem, mens de nationale retter og disses nationale procedureregler, på den anden side, fungerer som national proceduremæssig autonomi således, at det sikres, at de nationale procedureregler overholder, det i EU-retten sikrede, ækvivalens- og effektivitetsprincip.

To-delingen kommer i erstatningssager som følge af konkurrenceretlige overtrædelser særligt til udtryk ved, at adgangen til at indlede et erstatningssøgsmål er sikret ved EU-retten, mens hjemlen til at gennemføre erstatningssøgsmålet skal findes i national ret. Selvom afgørelsen af erstatningssager er et nationalt anliggende, stiller EU-Domstolen dog krav til udformningen af de nationale procedureregler.

Ud fra analysen af samspillet mellem de danske erstatningsbetingelser og erstatningsdirektivet kan det konkluderes, at vedtagelsen af erstatningsdirektivet formodentlig vil medføre, at det fremadrettet bliver nemmere for danske ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at bevise, at de fire kumulative erstatningsbetingelser er opfyldt.

Det er særligt betingelsen om ansvarsgrundlag, der bliver nemmere at opfylde, idet der i erstatningsdirektivet er indført en bestemmelse, der tilsikrer, at nationale konkurrencemyndigheders endelige afgørelser, i den medlemsstat, hvor sagen verserer, skal kunne anvendes som belæg for at statuere ansvarsgrundlag i en erstatningssag, der er anlagt som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse.

⁹⁹ (Fejøl & Ølykke, EU-Konkurrenceret, almindelig del, 2014), s. 691

Desuden bliver betingelsen om at påvise et økonomisk tab ligeledes nemmere at opfylde i sager, hvor det økonomiske tab er forårsaget af et kartelsamarbejde, end inden erstatningsdirektivets ikrafttræden, idet der i direktivet er indført en formodningsregel, hvorved det formodes, at kartelovertrædelser forvolder skade og dermed må forventes at medføre et økonomisk tab.

Analysen af Cheminova-dommen illustrerer, at udfaldet af dommen ville have været det samme, selvom erstatningsdirektivet havde fundet anvendelse, idet direktivet ikke ændrer på retstilstanden. Gennemførslen af erstatningssøgsmålet ville dog have været nemmere for Cheminova, såfremt direktivet havde været vedtaget, idet direktivet sikrer en nemmere gennemførelse af erstatningssøgsmål ved at skabe overblik over de muligheder, som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har for at gennemføre et erstatningssøgsmål.

3 Kapitel 3 – økonomisk analyse

I nærværende kapitel foretages indledningsvis en gennemgang og diskussion af de tabsopgørelsesmetoder, som anvendes til at opgøre det tab, som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt. I relation hertil foretages en diskussion af, hvorvidt vedtagelsen af erstatningsdirektivet vil medføre, at det fremadrettet vil være nemmere for et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse at anvende disse tabsopgørelsesmetoder. Efterfølgende behandles spørgsmålet om overvæltning, herunder hvilke faktorer, der har indflydelse på overvæltningsgraden. Dernæst analyseres og diskuteres konsekvenserne ved umbrella pricing. Slutteligt foretages en analyse, med udgangspunkt i et opstillet scenarie, hvori der udarbejdes en opgørelse af det tab, som et offer for et kartelsamarbejde har lidt.

Cheminova-sagen vil blive inddraget, i ovenstående analyser og diskussioner, i det omfang det findes relevant, for at illustrere, hvorledes teorien har været anvendt og diskuteret i praksis.

3.1 Tabsopgørelsesmetoder

Det tab som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt kan opgøres ved brug af forskellige tabsopgørelsesmetoder. I alle metoderne opstilles et kontrafaktisk forløb, det vil sige det hypotetiske forløb, som ville have fundet sted, såfremt kartelsamarbejdet ikke havde været en realitet. Metoderne har dog forskellige tilgange til at opstille det kontrafaktiske forløb, idet de tager udgangspunkt i forskelligt datagrundlag.

Datagrundlaget og det kontrafaktiske forløb er begge elementer, der indgår i beregningen af den overpris, der er fremkommet som følge af den konkurrenceretlige overtrædelse.

Det umiddelbare tab, som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt, beregnes som forskellen mellem den realiserede profit og den profit, som er fremkommet som resultat af de antagelser, der ligger til grund for det kontrafaktiske forløb.

Den overpris der fremkommer som forskellen mellem de to profitter multipliceres med mængden og på baggrund heraf, fremkommer størrelsen af tabet¹⁰⁰. Dette tab skal dog korrigeres for eventuel overvæltning og mængdeeffekt for, at det samlede tab kan fastslås.

Nedenfor gennemgås og diskuteres udvalgte tabsopgørelsesmetoder. De tabsopgørelsesmetoder der gennemgås og diskuteres er de sammenligningsbaserede-, simulations-, og omkostnings- og økonomibaserede metoder.

Det der adskiller metoderne fra hinanden er blandt andet, at nogle af metoderne er baseret på faktiske interaktioner på markedet, mens andre bygger på antagelser, der er baseret på økonomisk teori. Derudover adskiller metoderne sig også med hensyn til, i hvilket omfang de tager højde for andre faktorer end overtrædelserne, der kan have påvirket parternes situation¹⁰¹.

Efter en gennemgang og diskussion af tabsopgørelsesmetoderne vil Cheminova-sagen blive inddraget, da der i denne sag blandt andet diskuteres valg af tabsopgørelsesmetode.

3.1.1 Sammenligningsbaserede metoder

Sammenligningsbaserede metoder benytter data fra det virkelige liv observeret på det samme eller et sammenligneligt marked. Forudsætningen for at anvende de sammenligningsbaserede metoder er, at der ligges den antagelse til grund, at det forløb der sammenlignes med er repræsentativt for, hvad der ville være sket, såfremt den konkurrenceretlige overtrædelse ikke havde fundet sted¹⁰².

¹⁰⁰ (Déchamps, 2013), s. 2

¹⁰¹ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 40

¹⁰² (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 17

Ved anvendelse af de sammenligningsbaserede metoder sammenlignes et faktisk forløb med et opstillet hypotetisk forløb, det vil sige det kontrafaktiske forløb. Ved opstilling af et kontrafaktisk forløb er det nødvendigt først og fremmest at definere den økonomiske variabel, der skal danne grundlag for sammenligningen mellem det faktiske og det kontrafaktiske forløb. En sådan økonomisk variabel kan for eksempel være; pris, markedsandele, avancer eller virksomhedens omkostningsniveau¹⁰³.

Hvilken økonomisk variabel, der er relevant at anvende i en konkret sag vil afhænge af den data, der er til rådighed. Er der for eksempel nemmere adgang til oplysninger om priserne frem for avancen, for den periode, hvor overtrædelserne fandt sted, vil det være prisen, der vil være den foretrukne økonomiske variabel at anvende som sammenligningsgrundlag i den konkrete sag¹⁰⁴.

Udover at definere den økonomiske variabel skal der tages stilling til, hvilket marked, der skal danne grundlag for sammenligningen. Det sammenlignelige marked kan enten være et andet geografisk marked, et andet produktmarked¹⁰⁵ eller det samme marked før og efter kartellets eksistens.

Efter at have valgt den relevante økonomiske variabel, samt relevant sammenligningsmarked, opstilles det kontrafaktiske forløb.

Der findes forskellige metoder til at opstille det kontrafaktiske forløb, afhængig af, hvilke grundlag, der ønskes sammenlignet. Metoderne er; "før-og-efter"-metoden, tværsnitmetoden og "forskellen mellem forskellene"-metoden.

¹⁰³ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 16

¹⁰⁴ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 16

¹⁰⁵ (Europakommissionen. (1997). *Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*. Bruxelles: EFT C 372 af 9.12.1997)

Nedenfor vil de ovenfor nævnte metoder blive behandlet.

3.1.1.1 Tværsnitsmetoden

Tværsnitsmetoden består af en sammenligning af data fra det marked, der er påvirket af overtrædelserne med data fra et marked, der ikke har været påvirket af overtrædelserne¹⁰⁶.

Tværsnitmetoden tager udgangspunkt i enten et sammenligneligt geografisk marked eller et sammenligneligt produktmarked. Hvis det er det geografiske marked, der bruges som sammenligningsgrundlag anvendes ofte omkringliggende lande som målestok. Ved anvendelse af produktmarkedet som sammenligningsgrundlag vil det ofte være en virksomhed med en sammenlignelig produktportefølje der sammenlignes med.

Et eksempel på en sammenligning hvor der tages udgangspunkt i et nærtliggende geografisk marked, er det scenarie, hvor en dansk virksomhed har lidt et tab som følge af den overpris, de har betalt for deres varer, som følge af et kartelsamarbejde. Den pris som den danske virksomhed har betalt for varen x i den periode, hvor kartellet eksisterede, sammenlignes med den pris som for eksempel en sammenlignelig svensk virksomhed på det svenske marked har betalt for varen x i samme periode.

Hvis den pris, som den danske virksomhed har betalt på det danske marked for varen x, er højere end den pris som den sammenlignelige svenske virksomhed har betalt for varen x, antages det, at forskellen mellem de to priser er et resultat af kartelsamarbejdet. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at prisforskellen kan skyldes andre faktorer end priskartellet. For eksempel kan valutakursforskelle have en ikke ubetydelig effekt¹⁰⁷.

¹⁰⁶ (Déchamps, 2013), s. 5

¹⁰⁷ (Déchamps, 2013), s. 5

For at eliminere andre mulige faktorer, der, ud over priskartellet, måtte influere prisen, kan økonometriske analyser med fordel anvendes. En økonometrisk analyse gør det muligt, ved hjælp af regressionsanalyser, at analysere, hvorvidt bestemte faktorer, som for eksempel forskelle i valutakurser, markedsandele eller stigning i råvarepriser har påvirket sammenligningsmarkedet henholdsvis overtrædelsesmarkedet¹⁰⁸. En sådan analyse vil dog ikke blive foretaget i nærværende opgave - se afsnit 1.4.

Tværsnitsmetoden har den fordel, at såfremt det sammenlignelige marked er valgt korrekt, hvad end det er et geografisk- eller produktmarked, vil den kunne give et retvisende billede af, hvad der ville være sket på et marked, der ikke har været udsat for kartelsamarbejdet.

Derudover er tværsnitsmetoden ikke påvirket af den usikkerhed, der kan være forbundet med at fastslå, hvornår kartelperioden startede og sluttede, idet den udelukkende tager udgangspunkt i et "øjebliksbillede" og dermed ikke sammenligner over tid som for eksempel "før-og-efter"-metoden.

At tværsnitsmetoden netop kun anvender et "øjebliksbillede" kan dog også være en begrænsning, såfremt den udelukkende anvendes i sin simple form, idet metoden ikke tager højde for det tidsmæssige perspektiv således, at der kun anvendes data fra den samme tidsperiode, det vil sige der kun tages udgangspunkt i en specifik måned eller et specifikt år. Dette kan resultere i et ikke-repræsentativt resultat¹⁰⁹.

Den umiddelbare antagelse, der ligger til grund for tværsnitsmetoden er, at alt andet lige, vil de observerede forskelle udelukkende være en følge af overtrædelsen.

¹⁰⁸ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 23

¹⁰⁹ (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 46

Dette kan medføre en risiko for, at der ikke tages højde for eksterne faktorer, der potentielt kan have indflydelse på prisforskellen som for eksempel forskelle i valutakurser, markedsandele eller stigning i råvarepriser¹¹⁰.

Særligt hvis tværsnitsmetoden anvendes til at sammenligne geografiske markeder, kan forskelle i valutakurser have stor betydning for resultatet.

3.1.1.2 "Før-og-efter"-metoden

Ved "før-og-efter"-metoden vil den sammenligning, der skal foretages være en sammenligning mellem perioden inden eller efter overtrædelsen fandt sted med den periode, hvor kartellet havde virkning. Det er også muligt at lave en sammenligning med både en upåvirket periode før og efter overtrædelsen.

Den periode, der vælges som sammenligningsperiode kaldes referenceperioden. Det er ikke muligt at fastlægge en nøjagtig referenceperiode, hvor markedsforholdene er identiske med markedsforholdene i overtrædelsesperioden, derfor må det i stedet tilstræbes at finde en tilstrækkelig sammenlignelig periode, som kan anvendes som et sandsynligt kontrafaktisk forløb¹¹¹.

En af årsagerne til, at det er vanskeligt at fastlægge referenceperioden er, at det kan være svært at afklare, hvornår kartellet påbegyndte sine ulovligheder, og hvornår ulovlighederne begyndte at påvirke markedet. Samme problematik gør sig gældende ved kartellets ophørstidspunkt, idet markedsforholdene ikke nødvendigvis er stabiliserede allerede dag ét efter kartellets ophør¹¹². Dette kan resultere i, at kartellets effekt på markedet enten over- eller undervurderes.

¹¹⁰ (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 48

¹¹¹ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 18

¹¹² (Déchamps, 2013), s. 6

Et eksempel på dette er, når eksisterende virksomheder bliver ekskluderet fra markedet grundet karteldannelsen. Dette vil medføre, at der vil gå tid førend markedsforholdene igen er normale, og konkurrencesituationen er genoprettet. Effekten af at overtrædelsens virkninger over- eller undervurderes kan være, at det opgjorte tab ikke bliver retvisende¹¹³.

En fordel ved "før- og efter"-metoden er, at metoden inddrager en længere tidsperiode og ikke blot fokuserer på et øjebliksbillede, som det for eksempel er tilfældet i tværsnitsmetoden.

En begrænsning ved "før- og efter"-metoden er det faktum, at det ikke er muligt at fastlægge en nøjagtig referenceperiode. En af årsagerne til dette er, at referenceperiodens nøjagtighed afhænger af den tidsperiode, referenceperioden skal dække over. Vælges der eksempelvis en referenceperiode, der strækker sig over mange år, vil der også være andre faktorer end kartellet, der har influeret på markedsforholdene, for eksempel prisændringer¹¹⁴, der naturligt kommer over tid¹¹⁵ eller ændringer i den regnskabspraksis, der anvendes¹¹⁶.

3.1.1.3 "Forskellen mellem forskellene"-metoden

De ovenstående to metoder "før-og-efter"-metoden og tværsnitsmetoden gør brug af hver deres sammenligningsgrundlag. Hvor "før-og-efter"-metoden gør brug af sammenlignelige perioder, gør tværsnitsmetoden brug af sammenlignelige markeder, enten geografiske eller produktmarkeder.

¹¹³ (Déchamps, 2013), s. 6

¹¹⁴ Prisændringerne kan blandt andet forekomme på baggrund af; valutakursændringer, stigning/fald i oliepriserne, teknologisk udvikling og ændringer i forbrugerpræferencer.

¹¹⁵ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 18

¹¹⁶ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 18

”forskellen mellem forskellene”-metoden er en kombination af disse to metoder¹¹⁷. Et eksempel på anvendelsen af denne metode er det tilfælde, hvor prisen på varen x i Danmark sammenlignes med prisen på samme vare i Sverige over tid.

Metoden er kun anvendelig, såfremt der foreligger tilstrækkelig data, da det både kræver data over tid og data fra markeder berørt af kartellet samt data fra markeder, der ikke er berørt af kartellet¹¹⁸.

Metoden består i at se på udviklingen i den relevante økonomiske variabel, for eksempel prisen, på overtrædelsesmarkedet i en bestemt periode. Denne udvikling sammenlignes med udviklingen i samme variabel i samme tidsrum, men på et upåvirket sammenligneligt marked. Det vil sige, den sammenligning, der fremkommer, er et udtryk for forskellen mellem disse to forskelle over tid¹¹⁹.

Metoden gør det muligt at kontrollere, hvilke faktorer, der påvirkede overtrædelsesmarkedet og sammenligningsmarkedet på samme måde. Hvis disse faktorer, ved hjælp af økonometriske modeller, isoleres fra den relevante variabel, for eksempel prisen, vil det være muligt at se, hvilke virkninger overtrædelserne isoleret set har medført¹²⁰.

En af fordelene ved ”forskellen mellem forskellene”-metoden er, at den både medtager data fra før og efter overtrædelserne samt data fra sammenlignelige geografiske- og/eller produktmarkeder. Dermed formår metoden at give et mere retvi-

¹¹⁷ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 7

¹¹⁸ (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 59

¹¹⁹ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 22

¹²⁰ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 22

sende billede af det kontrafaktiske forløb end tværsnitsmetoden og "før- og efter"-metoden.

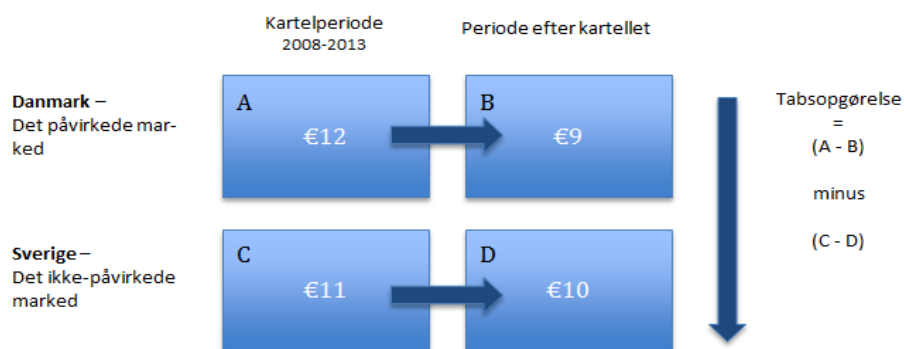
En anden fordel ved denne metode er den, at metoden kan eliminere ændringer uden forbindelse til overtrædelser, som fandt sted i den samme periode som overtrædelseren¹²¹. Det vil sige, at de faktorer, som påvirker markederne, men som ikke relaterer sig til overtrædelserne, kan filtreres væk.

Som ovenfor nævnt er der et stort krav til den mængde af data, der skal indsamles for at metoden kan anvendes. Metoden kan derfor kun anvendes i tilfælde, hvor det er muligt at indsamle det nødvendige data¹²².

3.1.1.4 Sammenligning af Tværsnits-, "Før- og efter"- og "Forskellen mellem forskellene"-metoden

Nedenstående eksempel illustrerer forskellene på de ovenstående tre gennemgåede metoder.

Figur 2 – Sammenligning af Tværsnits-, "Før- og efter"- og "Forskellen mellem forskellene"-metoden



Kilde: Egen fremstilling, baseret på figur fra (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009)

¹²¹ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 22

¹²² (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 23

Det ligger til grund, at der i perioden 2008-2013 eksisterer et kartel i Danmark. Det antages at prisen under kartelperioden var €12 pr. stk. (A) imens prisen i perioden efter kartellet var €9 pr. stk. (B). Det antages at prisen på det svenske marked under kartelperioden var €11 pr. stk. (C) imens prisen i perioden efter kartellet var €10 pr. stk. (D).

Såfremt tværsnitsmetoden anvendes vil den overpris, som kartellet på det danske marked har medført, blive estimeret på basis af en sammenligning af priserne på det danske marked (A) og det svenske marked (C) under kartelperioden. Overprisen beregnes dermed som $€12 - €11 = \textbf{€1 pr. stk. (A - C)}$.

Såfremt "før- og efter"-metoden anvendes vil den overpris, som kartellet på det danske marked har medført, blive estimeret på basis af en sammenligning af prisen i Danmark under kartelperioden (€12) med prisen i Danmark efter kartelperioden (€9). Overprisen beregnes dermed som $€12 - €9 = \textbf{€3 pr. stk. (A - B)}$.

Såfremt "forskellen mellem forskellene"-metoden anvendes vil den overpris, som kartellet på det danske marked har medført, blive estimeret på basis af en analyse, der inkluderer både elementerne fra tværsnitsmetoden og "før- og efter"-metoden. På det danske marked faldt prisen efter kartellets ophør med **€3 pr. stk.** ($€12 - €9$, A - B), imens prisen på det svenske marked faldt **€1 pr. stk.** efter kartellets ophør ($€11 - €10$, C - D).

Idet det antages, at kartellet ikke havde indflydelse på prisen på det svenske marked, vil dette medføre, at prisfaldet på €1 på det svenske marked efter kartellets ophør også ville være forekommet på det danske marked, såfremt kartellet ikke havde eksisteret. Dermed vil overprisen på det danske marked blive opgjort til **€2 pr. stk.** ($€3 - €1$, (A - B) - (C - D)).

Ovenstående viser, at alt efter hvilken metode, der anvendes til opgørelse af overprisen, vil det resultere i forskellige resultater. Ved tværsmitsmetoden er overprisen beregnet til **€1 pr. stk.**, ved "før- og eftermetoden er overprisen beregnet til **€3 pr. stk.**, mens den ved "forskellen mellem forskellene"-metoden er beregnet til **€2 pr. stk.**

3.1.2 Industriøkonomiske simulationsmetoder

Udover de sammenligningsbaserede metoder findes også industriøkonomiske simulationsmetoder. En simulationsmetode er en metode, der simulerer markedsforholdene på grundlag af økonomiske modeller over markedsadfærd og derved estimerer et kontrafaktisk forløb¹²³.

Det er en betingelse, for at kunne anvende en simulationsmetode, at have en teoretisk viden om markedets karakteristika¹²⁴, da metoden bruges til at beregne priserne på det kontrafaktiske marked på baggrund af forskellige antagelser om konkurrenceform og forskellige karakteristika på markedet¹²⁵. Karakteristikaene på markedet er med til at definere, hvilken konkurrenceform, der præger et givent marked.

Overprisen beregnes ved brug af en simulationsmetode på følgende måde:

"Ved at beregne priserne i et monopol (som antages at repræsentere et kartel) og under forskellige former for oligopol, henholdsvis Bertrand- og Cournot-modeller, kan man beregne den teoretiske overpris som forskellen mellem monopol- og oligopolpriserne¹²⁶."

¹²³ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 34

¹²⁴ Af markedskarakteristika kan f.eks. nævnes; differentierede vs. homogene varer, markedsstruktur – antal virksomheder, markedsstruktur – adgangsbarriere, omkostninger.

¹²⁵ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 35

¹²⁶ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 20

3.1.3 Omkostnings- og økonomibaserede metoder

Udover de sammenligningsbaserede metoder og simulationsmetoderne findes også de omkostnings- og økonomibaserede metoder, der ligesom ovenstående metoder kan anvendes til at estimere den pris, der ville have været gældende uden overtrædelsen, for herved at finde frem til overprisen.

Ved brug af de omkostnings- og økonomibaserede metoder sammenlignes den handling, der fandt sted under overtrædelsen med den handling, der forventelig ville have været, såfremt overtrædelsen ikke havde fundet sted¹²⁷.

Ved den omkostningsbaserede metode er udgangspunktet for sammenligningen kostprisen plus avancen, hvorimod udgangspunktet for sammenligningen ved den økonomibaserede metode er virksomhedens økonomiske resultater, herunder særligt dens rentabilitet¹²⁸.

For at kunne anvende den omkostningsbaserede metode kræves ofte data, som er i modpartens eller tredjemands besiddelse. Den manglende mulighed for at indhente alt relevant data kan derfor i nogle tilfælde begrænse anvendeligheden af den omkostningsbaserede metode.

Ved brug af den økonomibaserede metode gør ovenstående problematik, vedrørende manglende datatilgængelighed, sig ikke gældende, idet de data som anvendes som sammenligningsgrundlag ved denne metode, er data, der ofte er offentligt tilgængeligt som følge af lovmæssige krav¹²⁹.

¹²⁷ (Déchamps, 2013), s. 9

¹²⁸ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 39

¹²⁹ Det er for eksempel lovpligtigt som børsnoteret selskab at offentliggøre selskabets årsrapport.

3.2 Tabsopgørelse i relation til erstatningsdirektivet

I nærværende afsnit diskuteres det, hvorvidt det med vedtagelsen af erstatningsdirektivet fremadrettet vil blive nemmere at opgøre det tab, et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt, samt, hvorvidt direktivet vil gøre det nemmere at anvende nogle af ovenstående tabsopgørelsesmetoder.

Af artikel 17 i erstatningsdirektivet, omhandlende tabsopgørelse, fremgår det, at den bevisbyrde, samt de krav medlemsstaterne sætter til bevisstyrken, ikke må gøre det *praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at gøre retten til erstatning gældende*.

Såfremt det fastslås, at en sagsøger har lidt et tab, men at det er *praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt nøjagtigt at opgøre tabet på grundlag af de foreliggende beviser*, har de nationale retter beføjelse til *efter nationale procedurer at ansætte tabets størrelse*.

I de tilfælde hvor en sagsøger ikke har kunne fremskaffe tilstrækkelig bevismateriale til at kunne opgøre tabets størrelse ved hjælp af en af tabsopgørelsesmetoderne, har de nationale retter beføjelse til at skønne og fastsætte tabets størrelse.

Bestemmelsen er med til at sikre, at skadelidte har mulighed for at opnå erstatning, selvom det ikke altid er muligt nøjagtigt at bevise tabets størrelse ved hjælp af en af tabsopgørelsesmetoderne.

Som tidligere nævnt er en af de ting, der adskiller tabsopgørelsesmetoderne fra hinanden, kravet til mængden af data, der skal fremskaffes og anvendes. Både den sammenligningsbaserede metode "forskellen mellem forskellene"-metoden samt den omkostnings- og den økonomibaserede-metode kræver adgang til en stor mængde data, for at disse metoder kan anvendes.

De data der kræves til den økonomibaserede metode er oftest offentlige tilgængelige informationer, mens de data der skal anvendes til den omkostningsbaserede metode er svære at få adgang til, da disse informationer ofte er nogle sagsøgte eller tredje-
mand er i besiddelse af.

Med erstatningsdirektivet er det i højere grad blevet muligt for sagsøgere at få adgang til informationer, der er i sagsøgte eller tredjemands besiddelse, og det kan derfor tænkes, at den omkostningsbaserede metode vil blive anvendt oftere end tidligere, idet der nu er bredere adgang til de data, jf. artikel 5 stk. 1, der kræves for at kunne anvende denne metode.

Også "forskellen mellem forskellene"-metoden vil forventeligt blive anvendt i højere grad efter erstatningsdirektivets ikrafttræden, idet også denne metode kræver adgang til megen data. Meget af den data, der skal indhentes for at kunne anvende denne metode, vil formodentlig kunne indhentes med hjemmel i erstatningsdirektivets artikel 6, stk. 1, hvoraf det fremgår, at sagsøger har adgang til *frelæggelse af beviser i en konkurrencemyndigheds sagsakter*.

Af disse sagsakter vil sagsøger formodentlig kunne få adgang til nogle af de oplysninger, der er nødvendige for at kunne opstille og anvende tabsopgørelsesmetoden "forskellen mellem forskellene"-metoden.

Da de data, der kræves for at kunne anvende den økonomibaserede metode oftest er offentligt tilgængelige, og dermed ikke i sagsøgte eller tredjemands besiddelse, som tilfældet for eksempel er ved den omkostningsbaserede metode, vil det faktum, at erstatningsdirektivet giver bredere adgang til beviser, formodentlig ikke medføre, at denne model anvendes i højere grad end tidligere.

3.3 Cheminova-sagen - Overvejelser om valg af tabsopgørelsesmetoder

I Cheminova-sagen var et af omdrejningspunkterne, hvordan Cheminovas potentielle tab skulle opgøres, herunder hvilken tabsopgørelsesmetode, der skulle anvendes.

Parterne indsendte hver især eksempler på tabsopgørelsesmetoder, som de mente kunne danne grundlag for opgørelsen af tabet. Begge parter indsendte to modeller hver. Alle fire modeller var varianter af "før- og efter"-metoden, se afsnit 3.1.1.2.

Skønsmanden vurderede, at "før- og efter"-metoden var en relevant metode at anvende til opgørelsen af tabet. Ud af de fire foreslåede modeller vurderede skønsmanden, at model 50, som var foreslået af Cheminova, var den mest korrekte model at anvende, idet den havde det bedst dokumenterede datagrundlag, blandt andet fordi den gjorde brug af to forskellige datakilder, som var indbyrdes konsistente¹³⁰

Senere i sagens forløb fik parterne på ny mulighed for at indsende deres bud på den mest relevante tabsopgørelsesmodel. Her indsendte Akzo Nobel yderligere fem modeller til opgørelse af tabet. Denne gang fremlagde Akzo Nobel ikke udelukkende beregningsmodeller, der byggede på "før - og eftermetoden", men også industriøkonomiske simulationsmodeller - se afsnit 3.1.2. Skønsmanden valgte dog at fastholde sin vurdering af, at model 50, der var en variation af "før- og efter"-metoden, var den bedst egnede til opgørelse af tabet.

Skønsmanden fandt ikke, at de industriøkonomiske simulationsmodeller var relevante at anvende i denne sag, da beregningerne byggede på en begrænset mængde fakta, og fordi modellerne anvendte forsimplede og udokumenterede antagelser. Skønsmandens holdning var derfor den, at de industriøkonomiske modeller udelukkende kunne anvendes som et komplement til og ikke som udgangspunkt for tabsopgørelsen¹³¹.

¹³⁰ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 16

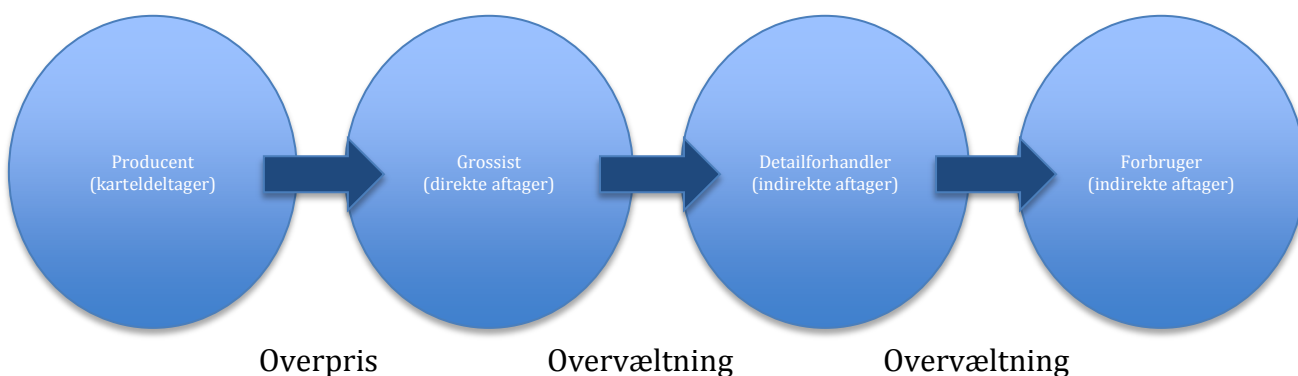
¹³¹ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 75

3.4 Overvæltning

Efter at have opgjort tabets størrelse er det relevant at vurdere, hvorvidt noget af overprisen er blevet overvæltet på næste omsætningsled i distributionskæden. Det omsætningsled, der har betalt overprisen karakteriseres som den direkte aftager, hvorimod de omsætningsled i distributionskæden, der har fået overvæltet en del af overprisen karakteriseres som indirekte aftagere¹³².

Ovenstående kan illustreres på følgende måde:

Figur 3 - Distributionskæde



Kilde: Egen fremstilling

Den overpris, en direkte aftager betaler som følge af den konkurrenceretlige overtrædelse, kan enten overvæltes helt eller delvist på de næste led i distributionskæden, det vil sige de indirekte aftagere. Den direkte aftager kan dog også vælge at absorbere hele eller dele af overprisen selv, således at kun dele af overprisen overvæltes til de indirekte aftagere¹³³.

¹³² (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 50

¹³³ (Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions, 2014), s. 1

Det, der er med til at afgøre, hvor stor en andel af overprisen, der kanaliseres videre til det næste led i distributionskæden¹³⁴, og dermed hvor stor overvæltningsgraden er, vil i særlig grad være nedenstående faktorer¹³⁵:

- A. om de omkostninger der stiger er variable eller faste
- B. om stigningen i omkostninger gælder alle virksomheder på markedet¹³⁶
- C. konkurrenceformen på det efterfølgende marked samt efterspørgselselasticiteten på dette marked¹³⁷

Ad A

Det er hovedsageligt de variable omkostninger¹³⁸, der er relevante at inddrage ved vurderingen af overvæltningsgraden, da det er disse, der på kort sigt har indflydelse på den direkte kundes fastsættelse af deres videresalgspris. En nærmere redegørelse for punkt A vil blive foretaget i afsnit 3.4.4.3 samt afsnit 3.4.4.4.

Ad B

Hvorvidt der sker en stigning i omkostningerne for alle virksomheder på markedet afhænger af, om alle virksomheder på markedet har samme leverandør X, det vil sige om den direkte aftager Y og dennes konkurrenter Z på markedet alle har samme leverandør. Såfremt der er flere leverandører, vil det kun være de aftagere YZ, der køber deres produkt hos X (eller en anden karteldeltager), der som udgangspunkt vil betale en overpris for produktet grundet X' deltagelse i kartellet.

¹³⁴ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 50

¹³⁵ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 51

¹³⁶ Det marked der tages udgangspunkt i er markedet, hvor den direkte kunde agerer

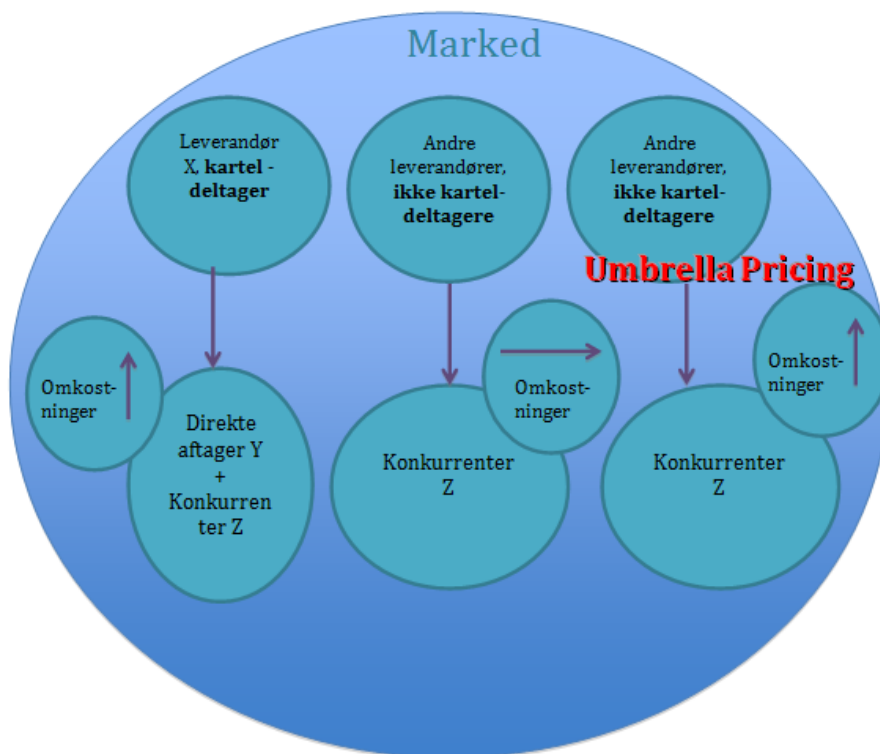
¹³⁷ Det marked der tages udgangspunkt i er markedet, hvor den indirekte kunde agerer

¹³⁸ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 51

Dog sker der i nogle tilfælde det, at Z hæver prisen på egne produkter, selvom de ikke køber produktet fra en leverandør omfattet af kartellet. Dette er tilfældet grundet det kunstigt høje prisniveau, der er blevet skabt som følge af kartelsamarbejdet.

Det betyder, at den indirekte aftager kommer til at betale en overpris, uanset om de handler ved en virksomhed, der har købt produktet fra en karteldeltager eller ej. Dette fænomen omtales i litteraturen som "umbrella pricing"¹³⁹. Se afsnit 3.5 for en nærmere redegørelse af umbrella pricing.

Figur 4 – Illustration af effekten af umbrella pricing



Kilde: Egen fremstilling

Ad C

Hvilken effekt konkurrenceformen på det efterfølgende marked (hvor de indirekte kunder agerer) har på overvæltningsgraden vil blive gennemgået i nedenstående afsnit.

¹³⁹ (Franck, 2015), s. 135

3.4.1 Overvælningsgraden - konkurrenceformer

Det har betydning for overvælningsgraden, hvilken konkurrenceform, der eksisterer på nedstrømsmarkedet, hvor de indirekte aftagere agerer. Nedenfor redegøres for overvælningsgradens størrelse alt afhængig af, om der er fuldkommen konkurrence, monopol eller oligopol på nedstrømsmarkedet.

Hvis der på markedet, hvor den indirekte aftager agerer, er fuldkommen konkurrence, vil overvælningsgraden være tæt på 100 %. Dette er tilfældet, idet prisen på et marked med fuldkommen konkurrence altid vil være lig marginalomkostningerne. Dette vil resultere i, at en stigning i prisen på inputtet vil medføre en tilsvarende stigning i outputprisen¹⁴⁰.

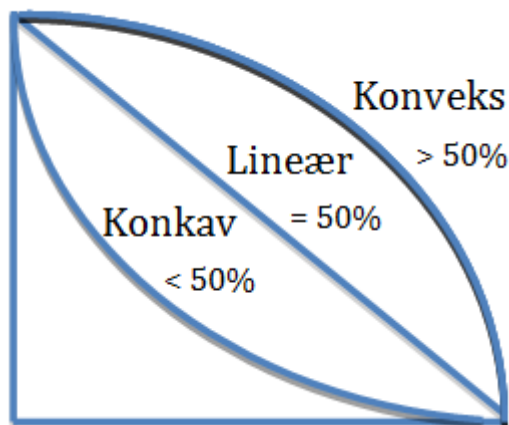
På et monopolmarked vil det også være naturligt at antage, at overvælningsgraden som udgangspunkt vil udgøre 100%, idet monopolisten er den eneste på markedet og dermed har al markedsmagten. Dette er dog ikke tilfældet, idet størrelsen af overvælningsgraden på et monopolmarked vil afhænge af efterspørgslen på det efterfølgende marked.

Såfremt der er en lineær efterspørgsel på markedet, hvor de indirekte aftagere agerer, vil overvælningsgraden være på 50 %, hvorimod overvælningsgraden ved en konkav efterspørgsel vil ligge under 50 %, mens overvælningsgraden ved en konveks efterspørgsel vil ligge over 50 %¹⁴¹. Hvilken af disse efterspørgselskurver der er på den indirekte aftagers marked vil have betydning for monopolistens omkostninger. Når omkostningerne på det marked, hvor den indirekte kunde agerer, ændrer sig, vil den pris som monopolisten profitmaksimerer ved også ændre sig¹⁴².

¹⁴⁰ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 52

¹⁴¹ (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 117

¹⁴² (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 117

Figur 5 – Overvæltningsgraden på et monopolmarked

Kilde: Egen fremstilling

Såfremt nedstrømsmarkedet er et oligopolmarked vil overvæltningsgraden afhænge af antallet af virksomheder på markedet¹⁴³. Det betyder, at jo flere virksomheder, der agerer på markedet, jo større vil overvæltningsgraden være, idet markedet vil nærme sig et marked med fuldkommen konkurrence, hvor overvæltningsgraden, som ovenfor nævnt, er tæt på 100%.

3.4.2 Overvæltning – mængdeeffekt

Hvis den direkte aftager vælger at overvælte hele eller dele af overprisen til det næste led i distributionskæden, ved at hæve sine salgspriser, kan dette resultere i, at størrelsen af det tab, som blev opgjort ved brug af de ovenstående tabsopgørelsesmetoder, som den direkte aftager har lidt, vil blive mindre. Denne effekt omtales som "overvæltningsargumentet"¹⁴⁴. Argumentet har sin berettigelse, idet den direkte aftager, der har overvæltet hele eller dele af overprisen til en indirekte aftager, kun bør få erstatning for det faktiske tab han har lidt for derved ikke at opnå ugrundet berigelse.

Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at det faktum at den direkte aftager er nødsaget til at hæve egne priser over for næste led i distributionskæden som følge af

¹⁴³ (Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, 2009), s. 118

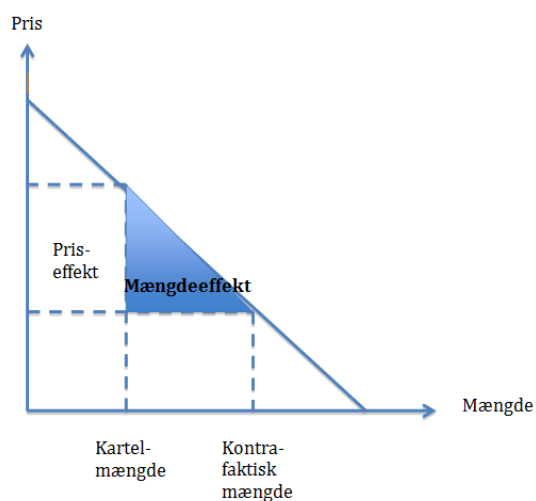
¹⁴⁴ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 50

overprisen kan resultere i, at efterspørgslen fra de indirekte aftagere falder som følge af de forhøjede priser. Faldet i efterspørgslen kan resultere i nedgang i den direkte aftagers salg og dermed tab af fortjeneste¹⁴⁵. Denne effekt omtales som volumenefekten (mængdeeffekten)¹⁴⁶. Effekten er blevet anerkendt af EU-Domstolen i Weber's Wine World-sagen¹⁴⁷. Her udtalte EU-Domstolen:

"Selv i det tilfælde, hvor (overprisen) helt eller delvis er væltet over på tredjemand, kan (sagsøger) lide et økonomisk tab, der er forbundet med en forringelse af salgsmængden"

Nedenstående figur illustrerer den avance, som den direkte aftager risikerer at gå glip af, såfremt de indirekte aftageres efterspørgsel, af den direkte aftagers varer, falder, som følge af den overpris han har overvæltet på disse.

Figur 6 – Illustration af mængdeeffekt



Kilde: Egen fremstilling, baseret på figur fra Gorrisen Federspiel – "Trends inden for konkurrenceøkonomi", februar 2015.

¹⁴⁵ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 50

¹⁴⁶ Volumeneffekt omtales i Cheminova-sagen som mængdeeffekt. Disse to begreber sidestilles derfor i nærværende opgave.

¹⁴⁷ Sag C-147/01 – Weber's Wine World Handles-GmbH, Ernestine Rathgeber, Karl Schlosser, Beta-leasing GmbH mod Abgabenberufungskommission Wien, præmis 98-99

Ligesom den direkte kunde har den indirekte kunde mulighed for at søge erstatning i forbindelse med en kartelsag¹⁴⁸. Den indirekte kunde har mulighed for at søge erstatning for den meromkostning, der er fremkommet som følge af den direkte aftagers overvæltning¹⁴⁹.

Nedenfor belyses det, hvorledes spørgsmålet om overvæltning blev diskuteret i Cheminova-sagen.

3.4.3 Cheminova-sagen - overvejelser om overvæltning

I Cheminova-sagen vurderede skønsmanden, at Cheminova har haft mulighed for at overvælte en del, af de til Akzo Nobel betalte overpriser, til sine egne kunder. Hans skøn var, at overvæltningsgraden¹⁵⁰ måtte være 50 procent. Dette skøn baserede han blandt andet på baggrund af et amerikansk empirisk studie fra 1970'erne¹⁵¹. Følgende fastslås i studiet:

“Undersøgelsen konkluderer, at der er alternativer til Dimethoate, men at alternativerne i de fleste tilfælde er mindre effektive (det vil sige at udbyttet bliver mindre) og indebærer større omkostninger (det vil sige at omkostningerne til at købe og sprede alternativer er større)”.

Til trods for at der er andre alternativer til Dimethoate, kan det dog på baggrund af ovenstående citat udledes, at disse alternativer mere er teoretiske alternativer end reelle alternativer. Det betyder, at der vil være en begrænset indbyrdes konkurrence mellem pesticidprodukterne. At Dimethoate er svært substituerbart kan medføre at

¹⁴⁸ Som udgangspunkt er det overvejende i Europa, at det er muligt for en indirekte kunde at søge erstatning ved kartelsager. I USA er det udelukkende den direkte kunde, der kan søge erstatning ved kartelsager. (Oxera, 2014), s. 1

¹⁴⁹ (Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 51

¹⁵⁰ “Overvæltningsgraden for Dimethoate betegner den andel af stigninger i omkostninger (køb af Azo-nol) til produktion af Dimethoate, som Cheminova kan lægge oven i sine salgspriser.”, Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 50

¹⁵¹ (Argiculture, 1979), s. 123

Cheminova har mulighed for at udføre en monopolistisk prisfastsættelse¹⁵², og derved overvælde dele af overprisen til deres kunder.

Cheminova selv argumenterer for, at der ikke er sket overvæltning, idet de ikke mener at have hævet deres videresalgspriser, selvom de har fået øgede omkostninger til indkøb af Azonol på grund af overprisen. Dette argument støtter de på deres egenproducerede analyse, hvori det fremgår at, der ikke er nogen sammenhæng imellem ændringerne i Cheminovas råvareomkostninger til Dimethoate og udviklingen i Cheminovas pris på Dimethoate¹⁵³.

Denne påstand tog skønsmanden dog ikke til følge, idet han argumenterede for, at Cheminovas analyse ikke var stærk nok til at danne grundlag for at tilsidesætte hans vurdering af overvæltningsgraden på 50 procent.

At skønsmanden vælger at underbygge sin argumentation, for at der sker overvæltning, med et empirisk studie fra 1970'erne, begrundet han med, at selvom der er kommet nye produkter på pesticidmarkedet, er der ikke belæg for, at det samlede antal konkurrenter på markedet er blevet større, idet de nye produkter på markedet ikke udgør en reel substitut til Dimethoate¹⁵⁴.

Såfremt skønsmanden i stedet havde vurderet, at der var reelle substitutter til Dimethoate, ville vurderingen af overvæltningsspørgsmålet muligvis have set anderledes ud.

Såfremt der var kommet nye pesticidprodukter på markedet, hvor Cheminova opererer, der kunne substituere Dimethoate, ville konkurrenceforholdene på markedet have set anderledes ud. I dette tilfælde ville Cheminova ikke have mulighed for at udføre en monopolistisk prisfastsættelse, idet det øgede antal af konkurrenter ville betyde, at

¹⁵² Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 56-57

¹⁵³ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 15

¹⁵⁴ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 141

Cheminovas kunder ville have mulighed for at anskaffe tilsvarende produkter andetsteds grundet den intensiverede konkurrence og dermed et bredere udbud af pesticidprodukter.

Det faktum, at der potentielt kunne være flere reelle alternativer til Dimethoate på markedet, hvor Cheminova agerer, ændrer konkurrencesituation på markedet og vil formodentlig betyde, at det ikke ville have været muligt for Cheminova at overvælde en ligeså stor andel af overprisen til sine kunder, hvilket ville have resulteret i en lavere overvælningsgrad.

Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at det som tidligere nævnt, er relevant at se på den indirekte kundes marked, det vil sige markedet hvor Cheminovas kunder agerer, idet konkurrencesituationen samt efterspørgselselasticiteten på dette marked kan have indflydelse på Cheminovas mulighed for at overvælde overprisen.

3.4.4 Elasticiteters indflydelse på overvælningsgraden

Som tidligere nævnt afhænger overvælningsgraden blandt andet af konkurrenceformen på nedstrømsmarkedet. Der er dog også andre faktorer, der har indflydelse på overvælningsgraden, blandt andet efterspørgsels- og udbudselasticitet¹⁵⁵. Overvælningsgraden afhænger desuden af, om der laves observationer over kort sigt eller lang sigt¹⁵⁶, og om overprisen tillægges den direkte aftagers faste omkostning eller variable omkostninger.

Efterspørgselselasticitet er et mål for, hvorledes efterspørgslen ændres, når prisen ændrer sig. Elasticitet defineres desuden som den procentuelle ændring i mængde divideret med den procentuelle ændring i pris $\frac{\Delta Q/Q}{\Delta P/P}$ ¹⁵⁷.

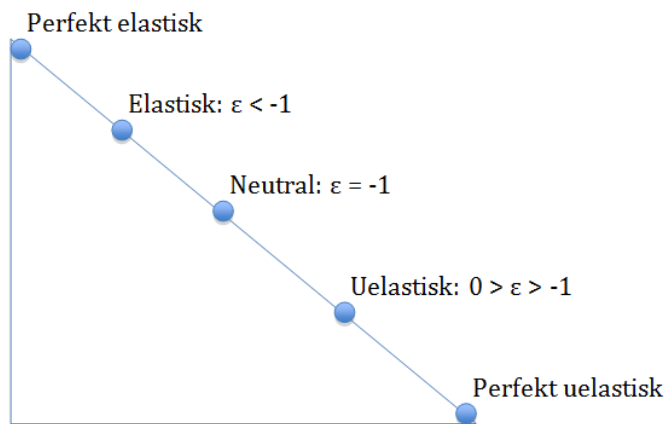
¹⁵⁵ Som angivet i afsnit 1.4 vil det udelukkende være efterspørgselselasticitet der behandles i nærværende opgave.

¹⁵⁶ (Perloff, 2009), s. 56

¹⁵⁷ (Sullivan & Harris, 1979), s. 278

Efterspørgselselasticiteten kan enten vurderes på markeds- eller virksomhedsniveau, og det kan have betydning for efterspørgselselasticitetens størrelse, hvilken af disse niveauer, der vælges. En nærmere diskussion af dette vil blive foretaget i afsnit 3.4.5

Figur 7 – Illustration af elasticiteter



Kilde: Egen fremstilling

For lineære efterspørgselskurver gælder, at efterspørgselselasticiteten vil variere ved hvert punkt langs kurven¹⁵⁸.

Som illustreret i figur 7 ovenfor vil 1 % stigning i pris medføre et højere procentmæssigt fald i efterspørgslen til venstre for midten af efterspørgselskurven set i forhold til 1 % stigning i pris til højre for midten af kurven¹⁵⁹.

I det punkt hvor efterspørgselselasticiteten er lig 0 vil efterspørgselskurven være perfekt uelastisk¹⁶⁰. Ligger efterspørgselselasticiteten i stedet imellem 0 og -1 vil efterspørgselskurven være uelastisk. At en efterspørgselskurve er uelastisk medfører, at 1 % stigning i pris medfører et fald i den efterspurgte mængde, der er mindre end 1 %¹⁶¹.

¹⁵⁸ (Perloff, 2009), s. 48

¹⁵⁹ (Perloff, 2009), s. 48

¹⁶⁰ (Perloff, 2009), s. 49

¹⁶¹ (Perloff, 2009), s. 49

Såfremt efterspørgselselasticiteten ligger til venstre for midten af kurven, det vil sige at elasticiteten er mindre end -1 vil efterspørgselskurven være elastisk. At en efterspørgselskurve er elastisk medfører at 1 % stigning i pris medfører mere end 1 % fald i den efterspurgte mængde¹⁶².

Det betyder, at ved en perfekt elastisk efterspørgselskurve vil en prisstigning betyde, at forbrugerne ikke længere vil købe produktet. Hvorimod forbrugerne, ved en perfekt uelastisk efterspørgselskurve, vil fortsætte med at købe den samme mængde til trods for en prisstigning¹⁶³.

3.4.4.1 Perfekt elastisk efterspørgsel¹⁶⁴

Hvis virksomhederne, på et marked med perfekt elastisk efterspørgsel, hæver priserne, risikerer de at miste deres salg grundet substitutionseffekten¹⁶⁵. Dette betyder, at den overpris, som virksomheden (den direkte aftager) har fået fra en karteldeltagende producent, ikke kan overvæltet til den indirekte aftager (forbrugeren). Den direkte aftager må derfor selv absorbere overprisen¹⁶⁶.

Årsagen til, at det ikke vil være muligt for den direkte aftager at overvælte overprisen til den indirekte aftager i det tilfælde, hvor den indirekte aftager har en perfekt elastisk efterspørgsel, er, at den indirekte aftager i denne situation altid vil kunne finde et andet næsten perfekt produkt at substituere den direkte aftagers produkt med¹⁶⁷. Den indirekte aftager vil derfor købe sin vare hos en anden forhandler, såfremt prisen på det første produkt stiger.

¹⁶² (Perloff, 2009), s. 49

¹⁶³ (Sullivan & Harris, 1979), s. 278

¹⁶⁴ Det antages at der er fuldkommen konkurrence blandt forhandlerne på markedet, og det ligger til grund, at alle virksomheder på dette marked profitmaksimerer.

¹⁶⁵ (Sullivan & Harris, 1979), s. 285

¹⁶⁶ (Sullivan & Harris, 1979), s. 285

¹⁶⁷ (Sullivan & Harris, 1979), s. 285

3.4.4.2 Perfekt uelastisk efterspørgsel¹⁶⁸

I de tilfælde hvor der er perfekt uelastisk efterspørgsel på et marked, vil de indirekte aftagere altid købe en given mængde af et produkt uafhængig af, om prisen stiger eller falder¹⁶⁹. På denne baggrund vil den direkte aftager derfor også kunne overvælte hele overprisen på de indirekte aftagere¹⁷⁰. Et eksempel på et produkt, hvor der er perfekt uelastisk efterspørgsel er for eksempel insulin.

Ovenstående er teoretiske eksempler og dermed ekstremer. Eksemplerne giver dog et overblik over, hvilke faktorer, der har indflydelse på, i hvilken grad en overpris overvæltet. Ved perfekt uelastisk efterspørgsel vil den direkte aftager kunne overvælte overprisen til den indirekte aftager, mens dette ikke er muligt ved perfekt elastisk efterspørgsel.

Nedenfor gennemgås og diskuteres kort sigt/lang sigts samt faste/variable omkostningers betydning for overvæltningsgraden. Disse gennemgange og diskussioner er, ligesom ovenstående, også udtryk for ekstreme teoretiske scenarier.

3.4.4.3 Kort sigt¹⁷¹ – faste omkostninger

Hvor meget af den overpris, som en forhandler har betalt en producent, der kanaliseres videre til forhandlerens kunde, forbrugeren, afhænger af forskellige faktorer, blandt andet, som tidligere nævnt, tidsperspektivet – er der tale om kort eller lang sigt, og er der tale om en overpris tillagt forhandlerens faste eller variable omkostninger.

Et eksempel på at overprisen tillægges en fast omkostning hos en forhandler kunne for eksempel være en kaffebar, der skal betale en overpris for en ny espressomaskine, fordi producenten af espressomaskiner, karteldeltageren, har taget en overpris for espressomaskinen. Det faktum at prisen på espressomaskinen stiger vil ikke have di-

¹⁶⁸ Det antages at der er fuldkommen konkurrence blandt forhandlerne på markedet, og det ligger til grund, at alle virksomheder på dette marked profitmaksimerer.

¹⁶⁹ (Sullivan & Harris, 1979), s. 286

¹⁷⁰ (Sullivan & Harris, 1979), s. 286

¹⁷¹ I nærværende opgave forstås kort sigt som den tidsperiode, hvor producentens produktionskapacitet er fastlåst, dvs. såfremt producenten oplever en stigning i efterspørgslen, må han udnytte den produktionskapacitet, han allerede har, mere optimalt, da han ikke kan øge sin kapacitet yderligere.

rekte indflydelse på, hvor meget kaffe forhandleren kan sælge, da udgiften er en fast omkostning. Selvom forhandleren oplever en stigning i gennemsnitsomkostningerne, fordi producenten tager en overpris for espressomaskinen, så vil forhandleren på kort sigt ikke overvælte denne overpris eller dele heraf på forbrugeren.

Forhandleren vil i stedet absorbere hele overprisen selv, når der er tale om stigning af prisen på en fast omkostning på kort sigt. At forhandleren selv absorberer overprisen og dermed ikke overvælter noget af overprisen til forbrugeren, betyder at forhandlerens profit vil være lavere end før kartelprisen¹⁷².

3.4.4.4 Kort sigt – variable omkostninger

Hvis producenten i stedet for espressomaskiner solgte poser med kaffe til forhandleren, og forhandleren solgte disse poser med kaffe videre til sine kunder, forbrugerne, så vil kaffeposerne udgøre et variabelt omkostningsprodukt, og ikke et fast omkostningsprodukt som tilfældet var med espressomaskinen.

Når producenten af kaffeposerne hæver prisen over for forhandleren, på grund af sin karteldeltagelse, vil det medføre, at forhandlerens marginalomkostninger, på kort sigt, stiger¹⁷³. Fordi producentens pris er steget, vil hver ekstra pose kaffe, forhandleren køber, være dyrere end før overtrædelserne, det vil sige hver pose stiger med karteloverprisen. I denne situation vil forhandleren, for stadig at maksimere sin profit, udbyde en mindre mængde end før, hvilket betyder, at forbrugerne kommer til at betale mere og købe mindre¹⁷⁴. Dette betyder, at forhandleren, ved en ændring af den variable omkostning på kort sigt, vil overvælte noget af overprisen til forbrugeren.

3.4.4.5 Betydningen af elasticiteter for graden af overvæltning – lang sigt

Mange karteller strækker sig over en årrække, og det er derfor naturligt at undersøge i hvor høj grad der sker overvæltning på lang sigt.

¹⁷² (Sullivan & Harris, 1979), s. 281

¹⁷³ (Sullivan & Harris, 1979), s. 281

¹⁷⁴ (Sullivan & Harris, 1979), s. 282

På lang sigt vil både de direkte og de indirekte aftagere have større mulighed for at reagere på ændringer i priser for eksempel ved at finde substituerende produkter. Dette medfører, at efterspørgselselasticiteten på lang sigt bliver mere elastisk¹⁷⁵.

Et eksempel herpå er efterspørgslen efter benzin. På kort sigt vil forbrugerne efterspørge den samme mængde benzin, selvom prisen er steget som følge af, at der er sket en overvæltning af overprisen, men på lang sigt vil forbrugerne begynde at finde alternativer til benzin.

Nogle forbrugere vil for eksempel på lang sigt overveje at skifte deres benzinbil ud med en elbil, og dermed vil de ikke længere efterspørge den samme mængde benzin, som før prisen steg. Det betyder, at efterspørgslen går fra at være meget uelastisk på kort sigt til at være mere elastisk på lang sigt¹⁷⁶.

Alt andet lige, jo flere substituerende varer der er på markedet, jo mere elastisk vil efterspørgslen være¹⁷⁷.

3.4.5 Cheminova-sagen - overvejelser om elasticitet

Som ovenfor nævnt spiller elasticitet en vigtig rolle i opgørelsen af i hvor høj grad, der er sket overvæltning af en overpris.

I Cheminova-sagen udgjorde drøftelsen af elasticiteter derfor også en central del af sagen.

I Cheminova-sagen fandt Skønsmanden 23 forskellige litteraturstudier af markedselasticiteten for pesticider, som tilsammen estimerer 29 efterspørgselselasticiteter for pesticider. De estimerede elasticiteter er alle efterspørgselselasticiteter på markedsni-

¹⁷⁵ (Sullivan, 1979), s. 291

¹⁷⁶ (Sullivan, 1979), s. 291

¹⁷⁷ (Perloff, 2009), s. 359

veau¹⁷⁸. Det betyder, at det er påvirkningen af efterspørgslen for alle aktører på markedet der beskrives og ikke påvirkningen på virksomhedsniveau.

At skønsmanden valgte at finde den relevante efterspørgselselasticitet på baggrund af elasticiteter på markedsniveau og ikke specifikt for Cheminova, anførte Cheminova som værende problematisk, idet der er en formodning for, at efterspørgselselasticiteten på virksomhedsniveau vil være højere end efterspørgselselasticiteten på markedsniveau¹⁷⁹.

Skønsmanden begrundede sit valg med, at han tidligere i sine rapporter havde konkluderet, at overvæltningen af prisstigninger på Dimethoate var generel for hele markedet¹⁸⁰, derfor vurderede han, at efterspørgselselasticiteten også skulle beregnes på markedsniveau frem for virksomhedsniveau¹⁸¹.

Om der anvendes en markedselasticitet eller en elasticitet på virksomhedsniveau til at beregne Cheminovas tab for mistet salg vil have betydning for tabets størrelse.

Markedselasticiteten vil ofte være lavere end elasticiteten på virksomhedsniveau, da kunderne har mulighed for at finde alternativer hos konkurrenterne, såfremt det udelukkende er én virksomhed, der hæver priserne og ikke alle aktørerne på markedet¹⁸².

For Cheminova betyder det, at størrelsen af det salg de mister, som en konsekvens af, at de har overvæltet deres overpris på deres kunder (mængdeeffekt), bliver mindre, såfremt der anvendes markedselasticitet frem for elasticitet på virksomhedsniveau. Jo mere elastisk efterspørgslen er, jo større vil mængdeeffekten for Cheminova være¹⁸³.

¹⁷⁸ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 154-155

¹⁷⁹ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 155

¹⁸⁰ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 258

¹⁸¹ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 258

¹⁸² Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 258

¹⁸³ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 217

Cheminova angiver selv, at den efterspørgselselasticitet, der vil være mest korrekt at anvende vil være en efterspørgselselasticitet på 1,58¹⁸⁴. Denne efterspørgselselasticitet er af Akzo Nobel udregnet som en konkret gennemsnitlig efterspørgselselasticitet for Cheminova, det vil sige en elasticitet på virksomhedsniveau¹⁸⁵.

Skønsmanden derimod anvender, som ovenfor nævnt, en gennemsnitlig efterspørgselselasticitet for markedet beregnet på baggrund af de førnævnte studier. Den gennemsnitlige efterspørgselselasticitet på markedet, i de 23 studier, er -0,66¹⁸⁶.

Såfremt Cheminova havde fået medhold i, at efterspørgselselasticiteten var 1,58 frem for -0,66 ville efterspørgslen have været elastisk, hvilket vil sige, at en prisstigning på Dimethoate vil betyde, at kunderne vil overveje at skifte over til andre pesticider. En efterspørgselselasticitet på -0,66, som er den skønsmanden estimerer, medfører en uelastisk efterspørgsel, hvilket betyder, at Cheminovas overvæltning af overprisen kun vil medføre en lille tilbagegang i efterspørgslen af Dimethoate.

At skønsmanden vælger at anvende en efterspørgselselasticitet, der er lavere end den Cheminova selv anfører er den korrekte efterspørgselselasticitet betyder, at det tab Cheminova lider som følge af mistet salg alt andet lige vil blive mindre, end hvis elasticiteten på 1,58 anvendes til beregningen.

At efterspørgselselasticiteten vurderes til at være -0,66 indikerer, at Cheminova i højere grad har haft mulighed for at overvælte overprisen til deres kunder og dermed ikke har lidt et så stort tab, som hvis efterspørgselselasticiteten havde været 1,58 og dermed elastisk.

Skønsmanden estimerer efterspørgselselasticiteten på Dimethoate på baggrund af studier, der vedrører efterspørgselselasticiteten for pesticider. Det vil sige, at ingen af

¹⁸⁴ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 216

¹⁸⁵ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 217

¹⁸⁶ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 155

de studier Skønsmanden anvender udelukkende vedrører Dimethoate, men i stedet hele pesticidmarkedet¹⁸⁷.

Et studie foretaget af COWI for Energistyrelsen, omhandlende prisovervæltning i produktionserhverv, viser, at såfremt efterspørgselselasticiteten estimeres for et enkelt type pesticid frem for pesticidmarkedet samlet set, vil efterspørgselselasticiteten være højere, end hvis elasticiteten estimeres på baggrund af det samlede pesticidmarked¹⁸⁸.

Havde Skønsmanden derfor, med udgangspunkt i studiet udarbejdet til Energistyrelsen, i stedet valgt at estimere efterspørgselselasticiteten på markedet for Dimethoate, frem for det samlede pesticidmarked, ville det tab, som Cheminova havde lidt på baggrund af mistet salg, forventeligt have været større, idet efterspørgselselasticiteten ville have været højere.

3.5 Umbrella pricing

Det har i litteraturen været diskuteret, hvem, der skal pålægges ansvar for umbrella pricing. Diskussionen går på, hvilke konsekvenser det vil have for den part, der eventuelt kan blive holdt ansvarlig for umbrella pricing, samt hvilke konsekvenser dette vil have for samfundet. Der er delte meninger om, hvorvidt det er karteldeltagerne eller karteldeltagernes konkurrenter, som har hævet prisen til samme niveau som kartelprisen, der skal holdes ansvarlige¹⁸⁹. Umbrella pricing opstår i de situationer, hvor konkurrenterne hæver prisen til samme niveau som kartelprisen, og dette potentielt medfører, at karteldeltagerne forhøjer kartelprisen på markedet¹⁹⁰.

Hvorvidt det faktum, at ovenstående parter kan risikere at hæfte for umbrella pricing, vil resultere i over-afskrækkelse for at turde agere på markedet, for disse virksomheder, er der forskellige holdninger til.

¹⁸⁷ Sag U-4-07 - Cheminova-dommen, s. 217

¹⁸⁸ (COWI, 2015), s. 89

¹⁸⁹ (Franck, 2015), s. 137

¹⁹⁰ (Franck, 2015), s. 136

På den ene side argumenteres der for, at risikoen for over-afskrækkelse ikke er stor, da ingen vil ifalde noget ansvar for umbrella pricing, såfremt de blot holder sig inden for loven¹⁹¹. Generaladvokat Kokott udtaler blandt andet i sit forslag til afgørelse af KONE-dommen følgende:

“[An] undertaking [...] acts at its own risk if the legal opinion obtained by it shows that the legal situation is unclear. In that case, the undertaking is at least negligent in accepting that by its market behaviour it infringes the rules of European competition law.”

Af ovenstående udtalelse kan det udledes, at Kokott er af den holdning, at det er virksomhedernes eget ansvar at overholde de konkurrenceretlige regler.

I modsætning til Kokotts holdning er der dog andre, der er af den overbevisning, at der er en risiko for over-afskrækkelse på markedet, såfremt der kan ifaldes ansvar for umbrella pricing.

Tilhængerne af dette synspunkt frygter at risikoen for at blive holdt ansvarlig for umbrella pricing vil skade markedet, idet de ikke mener, at konkurrencereglerne altid er klare nok til at give et tydeligt billede af, hvad der er tilladt og hvad der ikke er tilladt¹⁹².

Det er ikke i samfundets interesse, at virksomhederne bruger unødige ressourcer på at gennemskue, hvornår de overtræder lovgivningen frem for at bruge deres ressourcer på at forbedre og opretholde konkurrencen på markedet. Dermed er der en frygt for, at det potentielle ansvar for umbrella pricing, som virksomhederne kan ifalde, vil medføre en forkert allokering af virksomhedens ressourcer¹⁹³.

¹⁹¹ (Franck, 2015), s. 143

¹⁹² (Franck, 2015), s. 144

¹⁹³ (Franck, 2015), s. 146

Et yderligere argument for, at markedet kan blive over-afskrækket, er, at det kan være vanskeligt at skelne imellem samt påvise og dokumentere, hvornår der er tale om, at konkurrenterne er med til at skabe forhøjede priser på markedet, fordi de bevidst udfører "tacit collusion", det vil sige afspejler kartellets priser uden at være en del af kartellet, eller hvornår der blot er tale om oligopolistisk konkurrence¹⁹⁴.

Såfremt der opstår umbrella pricing vil det medføre ineffektivitet, idet umbrella pricing resulterer i, at det dødvægtstab¹⁹⁵, der fremkommer i forbindelse med et kartel, øges¹⁹⁶. Det, at dødvægtstabet bliver større, øger behovet for, at finde frem til, hvem, der skal holdes ansvarlig for dette øgede tab forårsaget af umbrella pricing. En af årsagerne til, at det er vanskeligt at placere ansvaret er blandt andet, at forbrugerne har individuelle præferencer, hvorfor det er vanskeligt at fastslå den enkelte forbrugers tab, som følge af de forhøjede priser, og dermed er det problematisk at beregne dødvægtstabet¹⁹⁷.

Derudover kan det blive økonomisk byrdefuldt for nationale domstole at skulle tage stilling til de økonomiske beregninger som parterne har fremlagt. I sidste ende vil det blive en afvejning mellem, hvornår det gavner samfundet vs. hvornår det bliver for byrdefuldt for samfundet, idet de yderligere omkostninger forbundet med afgørelser om umbrella pricing i sidste ende vil blive pålagt samfundet¹⁹⁸.

Af ovenstående kan det udledes, at det er vanskeligt at fastslå, om det er karteldeltagerne eller disses konkurrenter, der skal have ansvaret for umbrella pricing, idet det endnu ikke er afklaret, hvorledes ansvaret for umbrella pricing skal placeres.

¹⁹⁴ (Franck, 2015), s. 139

¹⁹⁵ "Fald i velfærden fra nedgang i overskud fra en gruppe der ikke modregnes som overskud hos en anden gruppe, (Perloff, 2009), s. 280

¹⁹⁶ (Franck, 2015), s. 146

¹⁹⁷ (Franck, 2015), s. 146

¹⁹⁸ (Franck, 2015), s. 148

Såfremt karteldeltagere eller disses konkurrenter fremadrettet skal hæfte for umbrella pricing er der en frygt for, at et sådan ansvar vil skabe en over-afskrækkelse på markedet, det vil sige at virksomhederne ikke tør udfolde sig og udnytte deres fulde potentiale på markedet. At virksomhederne ikke tør udfolde sig kan desuden skyldes den manglende gennemsigtighed af konkurrencereglerne, som kan medføre en usikkerhed for virksomhederne om, hvornår de bevæger sig "på kanten af loven".

3.6 LCD-kartellet

Den 8. december 2010 tildelte EU-Kommissionen bøder til seks producenter af LCD-paneler, idet producenterne havde indgået et kartelsamarbejde, der eksisterede fra oktober 2001 til og med januar 2006¹⁹⁹. Kartelsamarbejdet medførte prisstigninger i EEA-landene (European Economic Area) på de produkter, herunder fjernsyn, som indeholdt det LCD-panel, som karteldeltagerne havde indgået en konkurrenceskadelig aftale om.

Den konkurrenceskadelige aftale omfattede blandt andet koordinerede og aftalte priser, herunder også fastsættelse af minimumspriser²⁰⁰. Derudover udvekslede karteldeltagerne blandt andet information omkring tidligere, aktuelle og fremtidige priser, efterspørgsel, produktion og kapacitet²⁰¹.

Kartellet bestod af nedenstående seks producenter²⁰²:

Samsung Electronics

LG Display

AU Optronics

¹⁹⁹ (EU-Kommissionen, (COMP/39.309 - LCD - Liquid Crystal Displays), 2010), s. 14

²⁰⁰ (EU-Kommissionen, Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel, 2010), s. 1

²⁰¹ (Resume af Kommissionens afgørelse af 8. december 2010 om en procedure i henhold til artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, 2010), s. 1, pkt. 10

²⁰² (EU-Kommissionen, Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel, 2010), s. 2

Chimei InnoLux Corporation

Chunghwa Picture Tubes

HannStar Display Corporation

De seks producenter mødtes minimum én gang om måneden i perioden, hvor overtrædelsen fandt sted²⁰³. På disse møder koordinerede de kartelsamarbejdet.

EU-Kommissionen tildelte i alt en bøde på €648.925.000²⁰⁴ til de seks karteldeltagere. Karteldeltagerne blev tildelt følgende bøder:

Karteldeltagere	Bøde (€)
Samsung	0
LG Display	215.000.000
AU optronics	116.800.000
Chimei InnoLux Corporation	300.000.000
Chunghwa Picture Tubes	9.025.000
HannStar Display Corporation	8.100.000

Da Samsung var den producent, der først gav EU-Kommissionen oplysninger omkring kartellets eksistens, modtog Samsung, grundet Leniency-programmet, fuld immunitet og fik dermed bødefritagelse.

Nedenfor opstilles et fiktivt scenarie, baseret på LCD-kartellet, hvor der foretages en opgørelse af det tab som et offer for karteldeltagernes konkurrenceskadelige aftale har lidt, for herigennem at finde frem til størrelsen af den erstatning, som offeret er berettiget til.

²⁰³ (EU-Kommissionen, Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel, 2010), s. 1

²⁰⁴ (EU-Kommissionen, Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel, 2010), s. 2

Det lægges til grund, at bestemmelserne i erstatningsdirektivet kan anvendes i forbindelse med opgørelsen af tabet, selvom fristen for implementering af direktivet først er den 27. december 2016.

I analysen lægges desuden til grund, at de fire betingelser i dansk erstatningsret om ansvarsgrundlag, økonomisk tab, kausalitet og adækvans er opfyldt.

Offeret for karteldeltagernes konkurrenceskadelige aftale bliver hjulpet på vej, i forhold til at statuere, at denne har lidt et økonomisk tab, af artikel 17, stk. 2 i erstatningsdirektivet, hvori det fremgår, at der er en formodning for, at *kartelovertrædelser forvolder skade* og dermed forventeligt medfører et tab.

Hvordan størrelsen af dette tab opgøres, vil blive gennemgået nedenfor, hvor nogle af de faktorer, der har indflydelse på tabets størrelse inddrages i en analyse for at opgøre tabets størrelse og dermed den erstatning, som offeret, for karteldeltagernes konkurrenceskadelige aftale, er berettiget til.

3.6.1 Beregning af erstatningskrav - et fiktivt scenarie

Som producent af fjernsyn er Producent X (PX) blevet offer for LCD-kartellets konkurrenceskadelige aftale i form af prisstigninger på de LCD-paneler, han har købt til sin fjernsynsproduktion fra karteldeltageren Samsung. PX har derfor besluttet at indlede et erstatningssøgsmål mod Samsung.

Til trods for at Samsung har fået bødefrigivelse, hæfter Samsung stadig for det eventuelle tab, som deres direkte og indirekte aftagere måtte have lidt jf. erstatningsdirektivets artikel 11, stk. 4 litra a.

For at PX kan opnå erstatning skal han som udgangspunkt kunne føre bevis for tabets størrelse. Nedenfor vil derfor blive foretaget en opgørelse af størrelsen af PX' tab.

Det relevante marked i nedenstående analyse er markedet for paneler til fjernsyn og it-applikationer (computerskærme og notebooks) i EEA-landene. De seks karteldeltagere er producenter på dette marked, og PX er aftager af karteldeltageren Samsungs LCD-paneler. Disse paneler anvender PX i sin produktion af fjernsyn, som han sælger til fjernsynsforhandlere.

Nedenfor diskuteres det først, hvilken en af de i afsnit 3.1 gennemgåede tabsopgørelsesmodeller, der vil være bedst egnet til at opgøre tabet i nærværende case.

3.6.2 Valg af tabsopgørelsesmetode

Hvilken tabsopgørelsesmetode, der vil være bedst egnet til at opgøre PX' tab, vil hovedsageligt afhænge af, hvilket data, der er tilgængelig.

Af den rapport, der blev udarbejdet af EU-Kommissionen i forbindelse med beregningen af de bøder, karteldeltagerne blev pålagt for deres deltagelse i LCD-kartellet, fremgår det, at LCD-kartellet ikke udelukkende opererede på det europæiske marked²⁰⁵, men også på andre markeder. Nogle af de markeder hvor overtrædelserne også fandt sted var det kinesiske marked²⁰⁶ samt det amerikanske marked²⁰⁷.

Da overtrædelserne dermed har påvirket forskellige geografiske markeder, vil det ikke være hensigtsmæssigt at anvende den sammenligningsbaserede tabsopgørelsesmetode, tværsnitsmetoden, hvor data fra et andet geografisk marked sammenlignes med data fra det påvirkede marked. Da en stor del af andre øvrige geografiske markeder i nærværende sag også er påvirket af overtrædelserne, vil det derfor være uhensigtsmæssigt at opstille et kontrafaktisk forløb ved at anvende data fra andre markeder end det europæiske. Denne tabsopgørelsesmetode vil derfor ikke være at foretrække til opgørelsen af PX' tab.

²⁰⁵ (EU-Kommissionen, (COMP/39.309 - LCD - Liquid Crystal Displays), 2010), s. 21

²⁰⁶ (Islam, 2013)

²⁰⁷ (Buchhave, 2012)

Den sammenligningsbaserede tabsopgørelsesmetode "Forskellen mellem forskellene"-metoden vil ej heller være hensigtsmæssig at anvende til opgørelsen af PX' tab, idet den også inkluderer en sammenligning mellem det påvirkede marked og et geografisk marked, der ikke har været påvirket af overtrædelser.

De industriøkonomiske simulationsmetoder vil heller ikke blive anvendt til at opgøre PX' tab, da disse metoder bygger på forsimplede og udokumenterede antagelser og dermed langt fra giver et tilstrækkeligt nøjagtigt billede af virkeligheden. Den industriøkonomiske metode vil dog med fordel kunne anvendes som supplement til en af de andre tabsopgørelsesmetoder for eksempel en af de sammenligningsbaserede tabsopgørelsesmetoder.

Med direktivet er det blevet nemmere at få adgang til dokumenter fra sagsøgte og tredjemand, og derfor vil den omkostningsbaserede metode formodentlig være nemmere at anvende end hidtil, idet mange af de dokumenter der kræves adgang til, for at kunne anvende denne metode, vil være lettere tilgængelige for sagsøger. Det vil dog ikke være denne metode, der anvendes til at opgøre PX' tab.

Den sammenligningsbaserede tabsopgørelsesmetode, "før- og efter"-metoden, er en af de metoder, der ofte anvendes til at opgøre det tab²⁰⁸, der opstår som følge af et priskartels ulovlige adfærd, idet den kan anvendes til at sammenligne prisniveauer over tid. Det er da også denne metode, der vil blive anvendt i nærværende analyse, idet LCD-kartellet er et priskartel.

Ved anvendelse af metoden vælges den relevante økonomiske variabel, som skal danne grundlag for sammenligningen. I nærværende analyse vil det være pris, der anvendes som økonomisk variabel.

²⁰⁸ (Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 17

Desuden vælges det, ved brug af metoden, hvorvidt den påvirkede periode, hvor kartellet eksisterede, skal sammenholdes med den upåvirkede periode før eller efter kartellets eksistens eller en kombination af disse.

I nærværende analyse sammenholdes prisniveauet fra perioden, hvor LCD-kartellet eksisterede, med den upåvirkede periode *før* kartellets eksistens. At det er den upåvirkede periode *før* kartellets eksistens, der anvendes som sammenligningsgrundlag frem for den upåvirkede periode efter kartellets eksistens, sker som følge af, at der i perioden efter kartelovertrædelserne kan gå noget tid før markedsforholdene er stabiliserede, blandt andet fordi virksomhederne muligvis midlertidigt vælger at føre en aggressiv prispolitik efter kartellets ophør. Dette kan have den konsekvens, at overtrædelsens virkning bliver undervurderet, hvorfor perioden *efter* kartelovertrædelserne i sådanne situationer ikke er at foretrække²⁰⁹.

En anden effekt, der kan opstå i perioden efter kartelovertrædelserne, er den, at karteldeltagerne i visse tilfælde udnytter den viden, de har tilegnet sig i kartelperioden ved at fortsætte med at agere som om, de stadig indgik i et kartelsamarbejde, selvom kartellet officielt er ophørt. Dette vil sandsynligvis medføre, at prisniveauet i den første periode efter overtrædelsens ophør vil ligge på et unormalt højt niveau, i forhold til, hvad, der er forventeligt²¹⁰. Dermed vil det ikke, i disse situationer, være muligt at få et retvisende sammenligningsgrundlag, såfremt perioden efter overtrædelsens ophør anvendes.

I nærværende analyse antages det, at risikoen for, at karteldeltagerne i LCD-kartellet fortsatte med at agere som inden overtrædelsens ophør, er for høj, hvilket vil kunne betyde, at priserne efter overtrædelsens ophør ikke er på det niveau, der vil kunne

²⁰⁹ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 19

²¹⁰ (Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013), s. 19

forventes og dermed ikke er sammenlignelige. Derfor vil det være perioden *før* kartel-overtrædelsen, der vil blive anvendt som sammenligningsgrundlag og dermed referenceperiode.

Det er ikke muligt at fastlægge en nøjagtig referenceperiode, hvor markedsforholdene er identiske med markedsforholdene i overtrædelsesperioden, hvorfor det i stedet bør tilstræbes at finde en tilstrækkelig sammenlignelig periode, som kan anvendes som et sandsynligt kontrafaktisk forløb.

I nærværende analyse vil denne sammenlignelige periode være perioden *før* overtrædelsen fandt sted nærmere bestemt perioden fra 1998-2000.

3.6.3 Opgørelsen af tabet

Nedenfor oplistes fakta.

Det antages at PX' gennemsnitlige vareforbrug før kartelperioden (1998-2000) er:

4000 kr.

Det antages at PX' gennemsnitlige vareforbrug stiger med 500 kr. i kartelperioden, det vil sige, at PX' gennemsnitlige vareforbrug under kartelperioden (2001-2006) er:

4500 kr.

Det antages at PX' gennemsnitlige salgspris før kartelperioden (1998-2000) for et fjernsyn med LCD-panel er:

7000 kr.

Det antages at PX' gennemsnitlige salgspris under kartelperioden (2001-2006) for et fjernsyn med LCD-panel er:

7450 kr.

PX' gennemsnitlige dækningsbidrag før kartelperioden (1998-2000) er:

$(7000 \text{ kr.} - 4000 \text{ kr.}) = \mathbf{3000 \text{ kr.}}$

PX' gennemsnitlige dækningsbidrag under kartelperioden (2001-2006) er:

(7450 kr. - 4500 kr.) = **2950 kr.**

Forhandleren køber gennemsnitligt **9500** fjernsyn om året i årene før kartelperioden.

Forhandleren køber gennemsnitligt **9000** fjernsyn om året i årene under kartelperioden.

Tabel 1 - Udvikling i PX' indkøb af LCD-paneler i kartelperioden

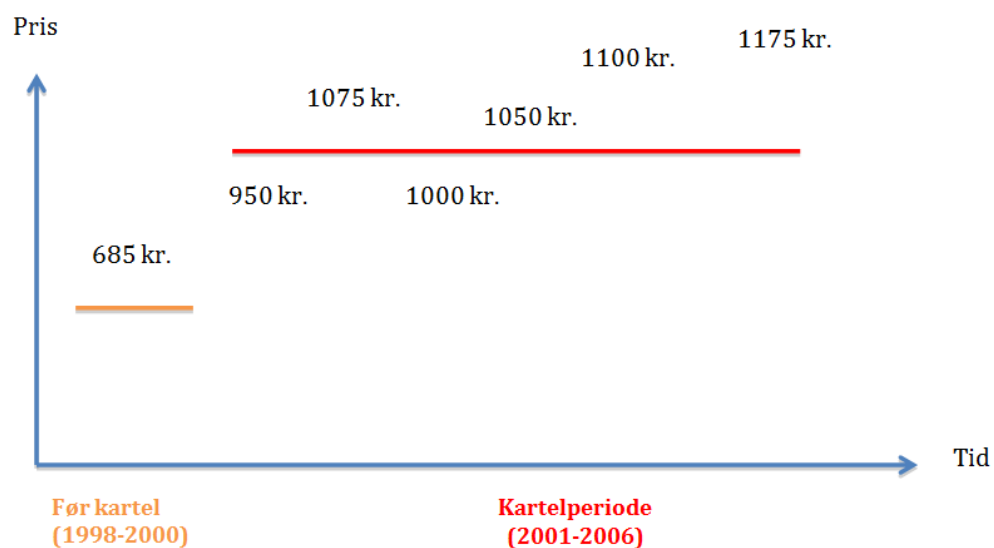
År	Antal LCD-paneler PX har købt
2001	2.500
2002	2.250
2003	1.700
2004	2.100
2005	1.200
2006	1.500

Tabel 2 - Udvikling i prisen på LCD-paneler

År	Priser før kartelperioden (DKK)	Priser i kartelperioden (DKK)
1998	700	
1999	675	
2000	680	
2001		950
2002		1075
2003		1000
2004		1050
2005		1100
2006		1175

Tabel 3 - Gennemsnitspris pr. LCD-panel for referenceperioden (1998-2000)

År	Priser før kartelperioden (DKK)
1998	700
1999	675
2000	680
Gennemsnitspris pr. LCD-panel for referenceperioden (1998-2000)	685

Figur 8 – Prisudviklingen i LCD-paneler

Kilde: Egen fremstilling, baseret på figur fra Gorrissen Federspiel – "Trends inden for konkurrenceøkonomi", februar 2015.

3.6.3.1 Opgørelse af overprisen

I det følgende afsnit beregnes den overpris, PX har betalt for de LCD-paneler, han har købt af Samsung i perioden fra 2001 til 2006. Overprisen beregnes på grundlag af de fiktive prisniveauer, der er oplistet i ovenstående afsnit.

Overprisen opgøres på følgende måde:

(kartelpris - gennemsnitspris før kartel)

Effekten af overprisen pr år beregnes på følgende måde:

(kartelpris - gennemsnitspris før kartel)*mængde

2001: (950 kr. - 685 kr.)*2500 = 662.500 kr.

2002: (1075 kr. - 685 kr.)*2250 = 877.500 kr.

2003: (1000 kr. - 685 kr.)*1700 = 535.500 kr.

2004: (1050 kr. - 685 kr.)*2100 = 766.500 kr.

2005: (1100 kr. - 685 kr.)*1200 = 498.000 kr.

2006: (1175 kr. - 685 kr.)*1500 = 735.000 kr.

Den samlede effekt af overprisen er 4.075.000 kr.

Det samlede tab for PX før overvæltning og mængdeeffekt er derfor 4.075.000 kr.

3.6.3.2 Beregning af overvæltningsgraden

Efter at have foretaget en opgørelse af den samlede overpris, som PX har betalt for meget i hele kartelperioden fra 2001 til 2006, er det relevant at undersøge, hvorvidt og i hvilken grad, PX har haft mulighed for at overvælte denne overpris til sine aftagere.

De faktorer, der i særlig grad har indflydelse på, i hvilken grad der er sket overvæltning, er, som nævnt i afsnit 3.4 følgende tre faktorer:

- i) om de omkostninger, der stiger er variable eller faste,
- ii) om stigningen i omkostninger gælder alle virksomheder på markedet
- iii) konkurrenceformen på det efterfølgende marked samt efterspørgselselasticiteten på dette marked

LCD-panelerne, som PX køber af Samsung, er en variabel omkostning, idet PX' efterspurgte mængde af LCD-paneler afhænger af PX' kunders efterspørgsel efter LCD-fjernsyn. Det, at det er PX' variable omkostninger, der stiger som følge af den overpris PX betaler for LCD-panelerne, har indflydelse på PX' fastsættelse af sin videresalgspris. Hvorledes PX kan fastsætte sine videresalgspriser vil afhænge af PX' kunders efterspørgselselasticitet. Efterspørgselselasticiteten vil blive beregnet nedenfor.

Da deltagerne i LCD-kartellet samlet set har stået for ca. 65-80% af al salg af LCD-paneler i verden²¹¹ antages det, at også størstedelen af PX' konkurrenter har indkøbt deres LCD-paneler hos en af karteldeltagerne og dermed har oplevet de samme omkostningsstigninger som PX.

De af PX' konkurrenter, der ikke måtte have købt deres LCD-paneler hos en af karteldeltagerne, vil formodentlig også opleve, at deres omkostninger stiger, idet der på markedet, hvor karteldeltagerne agerer, er skabt et kunstigt højt prisniveau, som følge af kartellet, blandt de producenter, der ikke deltager i kartellet (umbrella pricing).

Idet vi antager, at der er mange forhandlere på markedet for salg af fjernsyn, samt at disse forhandlere fastsætter deres videresalgspris til et niveau tilsvarende deres marginalomkostninger, tenderer konkurrenceformen på markedet, hvor PX' aftagere agerer, mod fuldkommen konkurrence. Til trods for at teorien siger, at overvæltningsgraden vil være tæt på 100 %, såfremt der er fuldkommen konkurrence på markedet, vil

²¹¹ (EU-Kommissionen, Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel, 2010), s. 13

graden dog også blive påvirket af, hvorvidt det er muligt at substituere med et andet produkt.

Hvorvidt PX kan overvælte dele af sin overpris til sine aftagere, fjernsynsforhandlerne, vil ud over konkurrenceformen på aftagermarkedet, afhænge af PX' aftageres efterspørgselselasticitet.

PX' aftageres efterspørgselselasticitet afhænger blandt andet af, hvorvidt det er muligt for aftagerne at substituere LCD-fjernsyn med andre fjernsyn eller andre medier, som for eksempel en projektor.

Det antages i nærværende analyse, at PX' aftagere ikke vil overveje at efterspørge andre fjernsyn end LCD-fjernsyn, idet forhandlerne ikke anser andre fjernsyn som for eksempel billedrørsfjernsyn eller andre fremvisningsmedier, som substituerende produkter til LCD-fjernsyn.

Det faktum at PX' aftagere, forhandlerne, ikke i høj grad har mulighed for eller overvejer at substituere PX' LCD-fjernsyn med andre fjernsyn indikerer, at efterspørgslen vil være uelastisk.

Forhandlernes efterspørgselselasticitet beregnes på følgende måde:

Det antages, at PX' gennemsnitlige salgspris før kartelperioden (1998-2000) for et fjernsyn med LCD-panel er:

7000 kr.

Det antages at PX' gennemsnitlige salgspris under kartelperioden (2001-2006) for et fjernsyn med LCD-panel er:

7450 kr.

Den procentvise ændring i PX' salgspris:

$$(7450 \text{ kr.} - 7000 \text{ kr.})/7000 \text{ kr.} * 100 = \mathbf{6,43\%}$$

Forhandleren køber gennemsnitligt **9500** fjernsyn om året i årene *før* kartelperioden.

Forhandleren køber gennemsnitligt **9000** fjernsyn om året i årene *under* kartelperioden.

Den procentvise ændring i forhandlernes efterspurgte mængde:

$$(9000 \text{ kr.} - 9500 \text{ kr.})/9500 \text{ kr.} * 100 = \mathbf{-5,26\%}.$$

Forhandlerne ville have købt færre LCD-fjernsyn, end ovenstående viser, såfremt forhandlerne ville have andre produkter at substituere LCD-fjernsynene med, men da substitutionseffekten er lille i nærværende case, er ændringen i den efterspurgte mængde også lille.

Efterspørgselselasticiteten er lig:

$$-5,26/6,43 = \mathbf{-0,82}.$$

At efterspørgselselasticiteten er under 1 betyder, at aftagernes efterspørgsel er uelastisk.

At aftagernes efterspørgsel er uelastisk betyder, at PX i høj grad har mulighed for at overvælde den overpris, kartellet har medført, til sine aftagere, forhandlerne. Dermed er han ikke nødsaget til at absorbere en stor del af overprisen selv. Fordi efterspørgslen er uelastisk, vil han stadig kunne sælge næsten samme mængde fjernsyn som inden kartelperioden, selvom han lader sin salgspris stige, grundet den overpris han må betale for LCD-panelerne. Overvælningsgraden vil derfor være høj, idet den vil nærme sig 100%.

Følgende faktorer er medvirkende til, at overvæltningsgraden er høj i denne case: PX' aftagere har en uelastisk efterspørgsel, overtrædelserne påvirker de variable omkostninger og ikke de faste omkostninger og overtrædelserne er af længere varighed (fra 2001 til 2006). Det antages, at overvæltningsgraden er **90%**. Det betyder, at PX overvælter $(0,9 \cdot 4.075.000) = \mathbf{3.667.500 \text{ kr.}}$ til sine aftagere.

3.6.3.3 Beregning af mængdeeffekt

En høj overvæltningsgrad vil medføre en stor mængdeeffekt, idet prisstigningen på PX' fjernsyn potentielt vil afholde nogen af PX' aftagere fra at købe fjernsyn af ham, hvilket betyder, at der vil være en nedgang i efterspørgslen på PX' fjernsyn. Nedgangen i efterspørgslen medfører, at PX går glip af den avance, som han forventeligt ville have haft, såfremt der ikke havde været nedgang i efterspørgslen af fjernsyn, som følge af de forhøjede priser, som kartellet har forårsaget.

PX' samlede tab efter overvæltning og mængdeeffekt er:

PX' prisstigning i vareforbrug:

$4500 \text{ kr.} - 4000 \text{ kr.} = \mathbf{500 \text{ kr.}}$ per fjernsyn

Da PX kan overvælte 90% af overprisen, kan han overvælte $(0,9 \cdot 500 \text{ kr.}) = 450 \text{ kr.}$ per fjernsyn til sine aftagere, mens han selv må absorbere de resterende 10% af overprisen, der udgør 50 kr. pr fjernsyn.

Mængdeeffekten beregnes som det salg PX går glip af gange med PX' gennemsnitlige dækningsbidrag pr fjernsyn før kartelperioden.

Det salg PX går glip af er:

$(9500 - 9000) = \mathbf{500 \text{ kr.}}$ pr fjernsyn.

PX' gennemsnitlige dækningsbidrag før kartelperioden (1998-2000) er:

$(7000 \text{ kr.} - 4000 \text{ kr.}) = \mathbf{3000 \text{ kr.}}$ pr fjernsyn

Mængdeeffekten er:

$$(500 \text{ kr.} \cdot 3000 \text{ kr.}) = \mathbf{1.500.000 \text{ kr.}}$$

Da PX kan overvælte 90% af de 4.075.000 kr., udgør det samlede tab efter overvæltning:

$$(0,1 \cdot 4.075.000 \text{ kr.}) = \mathbf{407.500 \text{ kr.}}$$

PX' samlede tab efter overvæltning og mængdeeffekt er:

$$(407.500 \text{ kr.} + 1.500.000 \text{ kr.}) = \mathbf{1.907.500 \text{ kr.}}$$

Det endelige tab som PX kan søge erstatning for er dermed:

1.907.500 kr.

3.7 Delkonklusion – økonomi

Ovenstående analyse viser, at der findes forskellige metoder til at opgøre et tab, som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt. Hvilken tabsopgørelsesmetode, der egner sig bedst under de givne omstændigheder i en konkret sag vil afhænge af, hvilke oplysninger og data, der er tilgængeligt. Valget er også afhængigt af, hvilke omkostninger den enkelte metode er forbundet med, hvor tidskrævende denne er, og hvorvidt omkostningerne og det forventede tidsforbrug står i forhold til erstatningskravets størrelse. Metoderne adskiller sig fra hinanden ved de underliggende antagelser, samt de oplysninger, der kræves for at kunne anvende metoderne.

Der er ikke én af tabsopgørelsesmetoderne, der er bedre end de andre at anvende i alle tilfælde, idet metoderne hver især har forskellige fordele og ulemper. Dette gør, at der skal foretages en konkret vurdering i den enkelte sag, idet metoderne kan være mere eller mindre egnede til at opgøre det tab, der fremkommer som følge af den skade, overtrædelsen har forvoldt. I visse tilfælde kan det være en fordel at supplere en valgt tabsopgørelsesmetode med én af de andre tabsopgørelsesmetoder.

Med vedtagelsen af erstatningsdirektivet vil det fremadrettet være nemmere for et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse at få adgang til beviser fra sagsøgte og tredjemænd. Dette vil forventeligt have den effekt, at særligt tabsopgørelsesmetoden omkostningsmetoden, i højere grad end hidtil, vil blive anvendt til opgørelsen af det tab, der fremkommer som følge af en konkurrenceretlig overtrædelse, idet denne metode kræver adgang til beviser, som ofte er i sagsøgte eller tredjemands besiddelse, for at metoden kan finde anvendelse.

På baggrund af den økonomiske analyse kan det ligeledes konkluderes, at overvæltning og mængdeeffekt er vigtige elementer i opgørelsen af det samlede tab som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt. Ud fra ovenstående analyse står det klart, at der er mange faktorer, der har indflydelse på i hvor høj grad overvæltning kan finde sted. Nogle af disse faktorer er blandt andet de indirekte aftageres efterspørgselselasticitet, konkurrenceformen på de indirekte aftageres marked, samt hvorvidt de omkostninger, der stiger som følge af overprisen, er variable eller faste.

En af de eventuelle afledte effekter ved et kartelsamarbejde er umbrella pricing. Analysen viser, at det potentielt kan skabe over-afskrækkelse for virksomhederne på markedet, såfremt karteldeltagerne eller disses konkurrenter kan ifalde ansvar for umbrella pricing.

Den afsluttende analyse af LCD-kartellet illustrerer, hvilke overvejelser, der bør foretages i forbindelse med opgørelsen af et tab, samt hvilke steps et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse skal igennem for at opgøre det tab han har lidt.

4 Kapitel 4 - Konklusion

Sammenfattende kan det, på baggrund af ovenstående analyser og diskussioner, konkluderes, at det med vedtagelsen af direktiv 2014/104/EU er blevet nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål. Hvorvidt direktivet, foruden at gøre det nemmere at gennemføre erstatningssøgsmål, vil medføre, at retstilstanden ændres, vil afhænge af, hvorledes retstilstanden har været i de enkelte medlemsstater inden direktivets vedtagelse.

Indledningsvist blev der foretaget en analyse samt diskussion af relevante bestemmelser i erstatningsdirektivet. Analysen og diskussionen blev foretaget med henblik på at undersøge i hvilket omfang, de udvalgte bestemmelser bidrager til at gøre det nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

Nogle af bestemmelserne tilfører nye muligheder for ofrene for konkurrenceretlige overtrædelser, mens andre blot er udtryk for en stadfæstelse af eksisterende retspraksis.

Bestemmelserne har skabt større klarhed om, for de respektive parter, hvilke regler, der finder anvendelse ved gennemførelse af erstatningssøgsmål som følge af konkurrenceretlige overtrædelser.

I Hvidbogen fra 2008 blev der udtrykt kritik af, at adgangen til bevismateriale fra sagsøgte eller tredjemand var begrænset. Denne problemstilling er der forsøgt taget hånd om i erstatningsdirektivets artikel 5. Det er da også særligt denne bestemmelse, om adgang til bevismateriale fra sagsøgte eller tredjemand, der er essentiel for at sikre målet om, at det skal blive nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål, da denne bestemmelse bidrager til, at det fremadrettet vil være nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at opgøre og bevise deres tab.

Bestemmelsen om lettere adgang til bevismateriale medfører, at nogle af de tabsopgørelsesmetoder, der anvendes til at opgøre det tab, som et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt, er blevet nemmere at anvende, grundet den lettere adgang til bevismateriale fra sagsøgte eller tredjemand.

De 10 års arbejde, der har pågået i EU for at finde en løsning på, hvorledes det kan blive nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål, har ikke kun medført tilblivelsen af erstatningsdirektivet.

EU-Kommissionen har også udarbejdet en vejledning til, hvorledes den mest hensigtsmæssige tabsopgørelsesmetode vælges, alt efter, hvilket data, der er adgang til. Et sådan redskab bidrager ligeledes til, at det fremadrettet vil være nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål.

Et emne, der ikke er direkte berørt eller medtaget i erstatningsdirektivet er fænomenet umbrella pricing. At umbrella pricing ikke er direkte medtaget i direktivet forekommer bemærkelsesværdigt, da det i Kone-dommen blev fastslået, at de nationale domstole er forpligtet til at tage højde for umbrella pricing i forbindelse med en kartelsag, såfremt en part gør gældende, at vedkommende har lidt et tab som følge af umbrella pricing.

Det ville have været en naturlig følge af Kone-dommen, at der i erstatningsdirektivet var medtaget en bestemmelse, hvori det fastlægges, hvem, der hæfter for umbrella pricing, da dette stadig er uklart. Bestemmelsen burde desuden indeholde en opstilling af de betingelser, der skal være opfyldt før en part kan gøres ansvarlig for umbrella pricing, samt en angivelse af, hvem der har bevisbyrden for, at umbrella pricing har fundet sted.

Vurderingen er, at manglen på klarhed omkring, hvem der hæfter for umbrella pricing kan have den effekt, at virksomhederne ikke agerer hensigtsmæssigt på markedet,

hvilket potentielt vil kunne skade konkurrencen på markedet, idet virksomhederne ikke allokerer deres ressourcer optimalt, idet de er bange for at kunne ifalde ansvar for umbrella pricing. Den manglende klarhed kan dog i stedet også resultere i, at virksomhederne ikke har incitament til at overholde reglerne, da de ikke vurderer sandsynligheden, for at ifalde ansvar for umbrella pricing, for at være høj.

Selvom umbrella pricing ikke er direkte nævnt i erstatningsdirektivet vurderes det dog, på baggrund af analyserne i nærværende opgave, at et offer, der har været udsat for umbrella pricing, på lige fod med andre ofre for konkurrenceretlige overtrædelser, vil kunne støtte ret på direktivet, såfremt kausalitetskravet er opfyldt.

En sådan bestemmelse, som den der efterlyses i erstatningsdirektivet omhandlende umbrella pricing, er medtaget om overvæltning.

Overvæltning er en vigtig faktor i opgørelsen af det tab et offer for en konkurrenceretlig overtrædelse har lidt. I nærværende opgave er der derfor foretaget en analyse af, hvilke faktorer, der har indflydelse på overvæltningsgraden.

På baggrund af en analyse af Cheminova-dommen samt case-analysen af LCD-kartellet er det påvist, at særligt elasticitetens størrelse har stor betydning for overvæltningsgraden, herunder om elasticiteten beregnes på markeds- eller virksomhedsniveau, samt om elasticiteten er elastisk eller uelastisk.

Overvæltningsgraden kan være svær at estimere, hvorfor det i direktivet er indskrevet, at de nationale retter har mulighed for at skønne overvæltningsgraden ud fra de informationer, de er blevet forelagt af parterne i sagen.

Hidtil har spørgsmålet om overvæltning hovedsageligt været behandlet i sager om afgifter, men forventningen er, at det faktum, at spørgsmålet om overvæltning er behandlet og medtaget i erstatningsdirektivet, vil medføre, at overvæltning i højere grad

end tidligere vil blive inddraget i erstatningssager som følge af konkurrenceretlige overtrædelser.

Erstatningsdirektivet gør det nemmere for både direkte og indirekte aftagere at gennemføre erstatningssøgsmål, men særligt de indirekte aftagere vil fremadrettet få nemmere ved at gennemføre erstatningssøgsmål, idet der i direktivet er oplistet tre kumulative betingelser, som blot skal være opfyldt for at den indirekte kunde har bevist, at der er sket overvæltning.

At det er blevet nemmere for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser at gennemføre erstatningssøgsmål vil formodentlig medføre, at flere erstatningssøgsmål vil blive indledt. Risikoen for at blive erstatningsansvarlig for en virksomhed øges derved.

Det at risikoen for at blive erstatningsansvarlig er øget, efter direktivets vedtagelse, vil formodentlig have den effekt, at virksomhederne i højere grad vil overholde reglerne. Dermed medfører direktivet ikke kun en nemmere gennemførelse af erstatningssøgsmål for ofre for konkurrenceretlige overtrædelser, men har også den effekt, at virksomhederne får incitament til at overholde reglerne.

Da der som ovenfor nævnt endnu ikke er klarhed om, hvem, der skal hæfte for tab som følge af umbrella pricing, har virksomhederne i denne forbindelse, ikke i samme grad incitament til at overholde reglerne. Derfor anbefales det, at en bestemmelse om umbrella pricing indsættes i erstatningsdirektivet således, at virksomhedernes incitament til at overholde konkurrencereglerne bliver større, samt at det bliver nemmere for ofre, der har lidt et tab som følge af umbrella pricing at gennemføre et erstatningssøgsmål.

5 Litteratur

Artikler

Buchhave, G. (2012). *Nokia angriber Samsung for fladskærmskartel*. Børsen.

Déchamps, P. (2013). *Quantification issues in damages assesment*.

Dittmer, M. A., & Baldwin, S. M. (2015). *EU-Direktiv vil gøre kartelsyndere erstatningsansvarlige*. Advokaten (2).

Franck, J.U. (2015). *Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law*. *European competition journal*, s. Vol. 11, nr. 1, 135-167.

Islam, Z. (2013). *Samsung, LG, others fined millions over price fixing*.

Lianos, I., Davis, P., & Nebbia, P. (2015). *Damages claims for the infringement of EU competition law*. Oxford University Press.

Oxera. (2014). *Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions*.

Oxera, Komninos, A. (2009). *Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts*.

Sullivan, L. A., & Harris, R. G. (1979). *Passing on the monopoly overcharge: A comprehensive policy analysis*. 128 (2), s. 269-360.

Bøger

Evald, J. (2000). *Retskilderne og den juridiske metode* (2. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fejøl, J. (2009). *EU-Konkurrenceret, almindelig del* (4. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fejøl, J., & Ølykke, G. S. (2014). *EU-Konkurrenceret, almindelig del* (5. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Motta, M. (2004). *Competition Policy - Theory and Practice*. Cambridge University Press.

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2011). *Retskilder og retsteorier* (3. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Perloff, J. M. (2009). *Microeconomics* (5. udg.). Pearson International Edition.

Ross, A. (1971). *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København. Arnold Busck.

Von Eyben, B., & Isager, H. (2011). *Lærebog i erstatningsret* (7. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Østergaard, K. (2003). *Julebog 2003 - Metode på cand.merc.jur. studiet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Rapporter

Argiculture, U. S. (1979). *The biologic and economic assesment of Dimethoate*.

COWI. (2015). *Prisovervæltning af energiudgifter i produktionserhverv*. Energistyrelsen.

EU-Kommissionen. (2010). *Antitrust: Commission fines six LCD panel producers €648 for price fixing cartel*. IP/10/1685.

EU-Kommissionen. (2010). *Relating to a proceeding under Article 101 Treaty on the Functioning on the European Union and Article 53 of the Agreement on the European Economic Area*. 8761 final.

Domsoversigt

EU-Domme

Van Gend en Loos EU-Domstolens dom af 5. februar 1963 i sag C-26/62

Courage Crehan EU-Domstolens dom af 20. september 2001 i sag C-453/99

Webers-Wine World EU-Domstolens dom af 2. oktober 2003 i sag C-147/01

Manfredi EU-Domstolens dom af 13. juli 2006 i sag C-295/04

Donau-Chemie EU-Domstolens dom af 6. juni 2013 i sag C-536/11

Kone EU-Domstolens dom af 5. juni 2014 i sag C-557/12

MedEval EU-Domstolens dom af 26. november 2015 i sag C-166/14

Danske afgørelser

Cheminova Sø- og Handelsrettens afgørelse af 15. januar 2015 i sag U.0004.07

"Gentofte-sagen" Retten i Gentoftes afgørelse af 5. maj 2006 i sag nr. BS 18/2005

Regulering

Erhvervs- og Vækstministeriet. (2015). *Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven*.

Europa-kommissionen. (1997). *Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*. Bruxelles: EFT C 372 af 9.12.1997.

EU-Kommissionen. (2005). *Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelser af EF's kartel- og monopolregler*. Bruxelles.

EU-Kommissionen. (2006). *Kommissionens meddelelse om bødefirtagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (2006/c 298/11)*. Den Europæiske Unions Tidende.

EU-Kommissionen. (2008). *Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*. Bruxelles.

EU-Parlamentet & Rådet. (2007). *EU-Parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen)*.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret. Strasbourg. (2014)

Kommissionen. (2004). *Meddelelse fra Kommissionen Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3) (2004/C 101/08)*.

Kommissionen. (2013). *Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde*. Den Europæiske Unions Tidende.

Kommissionen. (2014). *Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemstaternes og Den Europæiske Unions konkurreneregler*.

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). (2009). Luxembourg.

Vejledninger

EU-Kommissionen. (2013). *Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning I, Tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde*. Bruxelles.

Andet

Justitsministeriet. (2015). *Notat om tilvalg af Rom II-forordningen*. Justitsministeriet.

Kommissionen. (2010). *Resume af Kommissionens afgørelse af 8. december 2010 om en procedure i henhold til artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde*. Den Europæiske Unions Tidende.

Protokol (nr. 22) om Danmarks stilling. (2012). Den Europæiske Unions Tidende.