



EUROPEISKA
KOMMISSIONEN

Bryssel den XXX
[...] (2013) XXX draft

ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR

PRAKTISK VÄGLEDNING

**FÖR BERÄKNING AV SKADA VID SKADESTÅNDSTALAN VID
ÖVERTRÄDELSE AV ARTIKEL 101 ELLER 102 I FÖRDRAGET OM
EUROPEISKA UNIONENS FUNKTIONSSÄTT**

Följedokument till

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

**om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i
fördraget om Europeiska unionens funktionssätt**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR PRAKTISK VÄGLEDNING FÖR BERÄKNING AV SKADA VID SKADESTÅNDSTALAN VID ÖVERTRÄDELSE AV ARTIKEL 101 ELLER 102 I FÖRDRAGET OM EUROPEISKA UNIONENS FUNKTIONSSÄTT	4
Del 1 — Bakgrund och allmän strategi för beräkning av skada i konkurrensärenden.....	9
I. Rättslig bakgrund	9
A. Rätt till ersättning.....	9
B. Nationella regler om beräkning och denna praktiska vägledning.....	9
II. Allmän strategi för beräkning av skada i konkurrensärenden.....	11
III. Den praktiska vägledningens uppbyggnad.....	14
Del 2 — Metoder och tekniker.....	16
I. Översikt.....	16
II. Jämförelsebaserade metoder	17
A. Metoder för att konstruera ett scenario utan överträdelse	18
(1) Jämförelse över tid på samma marknad	18
(2) Jämförelse med data från andra geografiska marknader.....	21
(3) Jämförelse med data från andra produktmarknader	22
(4) Kombination av jämförelser över tid och jämförelser mellan marknader	23
B. Användning av metoden i praktiken: tekniker för att uppskatta priset eller ett annat ekonomiskt värde i ett scenario utan överträdelse	24
(1) Enkel teknik: enskilda dataobservationer, medelvärden, interpolering och enkla justeringar.....	25
(2) Regressionsanalys	27
a. Konceptet regressionsanalys och syftet med en sådan analys	27
b. Åskådningsexempel	28
c. Villkor för att kunna använda regressionsanalys	32
(3) Val av teknik	34
III. Simuleringsmodeller, kostnadsbaserad och finansieringsbaserad analys och andra metoder.....	35
A. Simuleringsmodeller	35
B. Kostnadsbaserade och finansieringsbaserade metoder	38
C. Andra metoder.....	41
IV. Val av metoder	41
Del 3 — Beräkning av skada orsakad av en prishöjning	43
I. Effekter av överträdelser som leder till en prishöjning.....	43

II.	Beräkning av överpris	45
A.	Beräkning av överpriser orsakade av karteller	45
(1)	Effekter av karteller	45
(2)	Det ursprungliga överpris som den direkta kunden betalar	47
a.	Jämförelse över tid	49
b.	Andra jämförelsebaserade metoder	50
(3)	Övervältring av kostnaderna för överprissättning	51
B.	Beräkning av kostnader för överprissättning som orsakats av andra typer av överträdelser som leder till skada på grund av överprissättning	54
III.	Beräkning av skada som orsakats av volymeffekten	55
DEL 4 —	Beräkning av skada på grund av åtgärder för att utestänga konkurrenter	56
I.	Effekter av åtgärder för att utestänga konkurrenter	56
II.	beräkning av den skada som konkurrenterna lidit	57
A.	Utestängande åtgärders tidsdimension	57
B.	Allmän strategi för beräkning av utebliven vinst	58
C.	Befintliga konkurrenter	60
(1)	Jämförelse över tid	60
(2)	Andra jämförelsebaserade metoder	64
D.	Hinder för konkurrenters inträde på marknaden	64
E.	Ersättning för framtida förluster	66
III.	Beräkning av den skada som kunderna lidit	67
A.	Ta igen förlust	67
B.	Skada som konkurrenter till de överträdande företagen lidit som kunder till dessa företag	69
	Förteckning över citerade rättsfall	70

ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR

PRAKTISK VÄGLEDNING

FÖR BERÄKNING AV SKADA VID SKADESTÅNDSTALAN VID ÖVERTRÄDELSE AV ARTIKEL 101 ELLER 102 I FÖRDRAGET OM EUROPEISKA UNIONENS FUNKTIONSSÄTT

Följedokument till

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i
fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

ÖVERSIKT ÖVER INNEHÅLLET

		<i>Punkt</i>
DEL 1	BAKGRUND OCH ALLMÄN METOD FÖR BERÄKNING AV SKADA VID SKADESTÅNDSTALAN I KONKURRENSÄRENDEN	0-22
I.	RÄTTSLIG BAKGRUND	0-0
A.	<i>Rätt till ersättning</i>	<i>1-0</i>
B.	Rätten till ersättning i EU-lagstiftningen — effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen [1].	<i>1-0</i>
II.	<i>Nationella beräkningsregler och denna praktiska vägledning</i> Överträdelse och kausalitet [3]. Nationell nivå och EU-nivå för skadeståndsanspråk [4]. Pragmatiska strategier i nationell lagstiftning [5]. Riktlinjernas syfte [6]. Riktlinjernas rättsliga status [7–9].	9-17
III.	ALLMÄN STRATEGI FÖR BERÄKNING AV SKADA I KONKURRENSÄRENDEN Räckvidden för begreppet ”ersättning för liden skada” [11,20]. ”Scenario utan överträdelse” [12]. Bevisning tillgänglig för domstolarna [14]. De viktigaste stegen i beräkningen av skada [13–15]. Osäkerhetsfaktorer vid beräkning av skada [16–17].	18-22
DEL 2	METODER OCH TEKNIKER	25-123

I.	ÖVERSIKT Översikt över olika metoder [27]. Jämförelsebaserade metoder [27]. Andra metoder [28].	25-29
II.	JÄMFÖRELSEBASERADE METODER Exempel på en jämförelsebaserad analys [32]. Fördelar med den jämförelsebaserade metoden [37].	30-93
A.	<i>Metoder för att konstruera ett scenario utan överträdelse</i>	0-56
(1)	Jämförelse över tid på samma marknad Olika referenspunkter för jämförelsen [39]. Anpassningar av uppgifter [40]. Val mellan olika metoder [43]. Överträdelsens slutpunkt [44]. Oligopolistiska marknader [45].	0-46
(2)	Jämförelse med data från andra geografiska marknader Tillräcklig likhet mellan geografiska marknader [50]. Angränsande marknader [53].	48-51
(3)	Jämförelse med data från andra produktmarknader	
(4)	Kombination av jämförelser över tid och jämförelser mellan marknader	52-53
(4)	”Skillnaden-mellan-skillnader-metoden” [56]. Starka och svaga sidor [58].	55-56
B.	<i>Användning av metoden i praktiken: tekniker för att uppskatta priset eller ett annat ekonomiskt värde i ett scenario utan överträdelse</i> Möjlighet att använda direkt tillgängliga uppgifter [60]. Behov av ändringar (andra orsaker) [61]. Val mellan olika metoder [62].	57-93
(1)	Enkel teknik: enskilda dataobservationer, medelvärden, interpolering och enkla justeringar Tillgängliga uppgifter [64]. Användning av medelvärden [66]. Linjär interpolering [67]. Identifiering av åtskiljande faktorer [68].	62-67
	Regressionsanalys	
(2)	<i>Konceptet regressionsanalys och syftet med en sådan analys</i> Vad är en regressionsanalys? [68]; Typer av regressionsanalys [71].	68-89
a.	<i>Åskådningsexempel</i> Grundläggande steg i en regressionsanalys [73–76]. Regressionsanalys med flera variabler (analys med flera variabler) [77]. Prognosstrategi [80].	68-69
b.	<i>Villkor för att kunna använda regressionsanalys</i>	71-80

c.	Dataobservationer [81–84]. Bringa klarhet (statistisk signifikans [87–88]. ”reducerad analys” [90].	80-89
(3)	Val av teknik Val av beräkningsteknik och proportionalitetshänsyn [92–93].	89-93
III.	SIMULERINGSMODELLER, KOSTNADSBASERAD OCH FINANSIERINGBASERAD ANALYS OCH ANDRA METODER	94-119
A.	<i>Simuleringsmodeller</i> Modeller för oligopolistiska marknader [98]. Användning av simuleringsmodeller [100]. Exempel [101–102]. Metodernas starka och svaga sidor [103–105].	96-103
B.	<i>Kostnadsbaserade och finansieringsbaserade metoder</i> Grundläggande strategi [107]. Fastställande av relevanta kostnader [109]. Vinstmarginal [111]. Finansieringsbaserad metod [114–118].	104-116
C.	<i>Andra metoder</i> VAL AV METODER	118-119
IV.		120-123
DEL 3	BERÄKNING AV SKADA ORSAKAD AV PRISHÖJNING	0-177
I.	EFFEKTER AV ÖVERTRÄDELSER SOM LEDER TILL PRISHÖJNING Direkta och indirekta kunder [126]. Exempel på överträdelser [127]. Två typer av skada: ”överprissättning” och ”volymeffekt”/”kvantitativ effekt” [128].	0-133
II.	BERÄKNING AV ÖVERPRIS	134-172
A.	<i>Beräkning av överpriser orsakade av karteller</i>	136-169
(1)	Effekten av karteller Exempel på kartellöverträdelser [139]. Empiriska insikter/ekonomiska studier av den totala effekten av karteller [141-145].	138-143
(2)	Det ursprungliga överpris som den direkta kunden betalar Införande av ett praktiskt exempel på skada som karteller orsakat direkta kunder [147].	145-158

	a.	<i>Jämförelse över tid</i> Tillämpning av jämförelse över tid i det praktiska exemplet [149]. Lämpligheten av priser efter överträdelse som jämförelseobjekt [153].	148-152
	b.	<i>Andra jämförelsebaserade metoder</i> Jämförelse med priser på en annan geografisk marknad [155]; priser på en annan produktmarknad [160].	154-158
	(3)	Övervältring av kostnaderna för överprissättning Övervältring och minskad försäljning/volymeffekt [162]. ”Argumentet om övervältring” och den indirekta kundens åtgärder mot skadevållaren [164]. Strategier för käre och svarande att underbygga sina påståenden. Marknadsegenskaper som kan påverka graden av övervältring [167].	160-169
	B.	Beräkning av kostnader för överprissättning som orsakats av andra typer av överträdelser som leder till skada på grund av överprissättning BERÄKNING AV SKADA SOM ORSAKATS AV VOLYMEFFEKTEN	□-172
III.			173-177
DEL 4		BERÄKNING AV SKADA SOM ORSAKATS AV UTESTÄNGNING	0-0
I.		EFFEKTER AV UTESTÄNGANDE ÅTGÄRDER Utestängning av konkurrenter från marknaden: Avskärmning [180], effekter av utestängande åtgärder [181–182].	0-181
II.		BERÄKNING AV DEN SKADA SOM KONKURRENTERNA LIDIT	183-206
A.		<i>Utestängande åtgärders tidsdimension</i>	184-185
B.		<i>Allmän strategi för beräkning av utebliven vinst</i> Uppbyggnad av ett kontrafaktiskt scenario [188]. Beräkning av utebliven vinst [189–190]. Möjlighet att yrka skadestånd för endast en del av den lidna skadan.	187-191
C.		<i>Befintliga konkurrenter</i>	192-198
(1)		Jämförelse över tid Praktiskt exempel [195–196]. Användning av marknadsandelar [197].	0-0

(2)	Andra jämförelsebaserade metoder	198
D.	<i>Hinder för konkurrenters inträde på marknaden</i> Särskilda problem [200]. Praktiskt exempel [202–204].	199-0
E.	<i>Ersättning för framtida skada</i>	0-206
III.	BERÄKNING AV DEN SKADA SOM KUNDERNA LIDIT	208-0
A.	<i>Ta igen förlust</i> Exempel på underprissättning [210–212]. Exempel på utestängt företag [213].	209-212
B.	<i>Skada som konkurrenter till de överträdande företagen lidit i egenskap av kunder till dessa företag</i>	0-0

TABELL ÖVER BELYSANDE EXEMPEL

Mjölkartellen [32], [147]

Vägran att leverera en nödvändig insatsvara för kommersiella lösningsmedel [1949, [195], [196], [208]

Ärendet om medicinsk utrustning [203], [205]

Att ta igen förlusterna i ett ärende som rör underprissättning [211], [214].

Del 1 — Bakgrund och allmän strategi för beräkning av skada i konkurrensärenden

I. RÄTTSLIG BAKGRUND

A. *Rätt till ersättning*

1. Alla som har lidit skada till följd av en överträdelse av artiklarna 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan kallat EUF-fördraget) har rätt att få ersättning för den skada denne lidit. EU-domstolen har slagit fast att denna rätt garanteras av EU:s primärrätt¹. Med ersättning avses här att den skadelidande parten återfår den ställning som den skulle ha haft om överträdelsen inte hade ägt rum. De personer som har lidit skada måste därför inte bara kunna kräva ersättning för faktisk skada (*damnum emergens*) utan även för utebliven vinst (*lucrum cessans*) samt ränta². Med faktisk skada avses en minskning av en persons tillgångar. Med utebliven vinst avses den ökning av tillgångarna som uteblev till följd av överträdelsen, men som hade ägt rum utan överträdelsen³.
2. Civila skadeståndsmål avgörs vanligtvis av nationella domstolar⁴. I avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området är det upp till varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de processuella villkoren för förfaranden som är avsedda att tillvarata enskilda personers rätt till den ersättning som garanteras av unionsrätten. I praktiken får emellertid dessa förfaranden varken göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) eller vara mindre förmånliga än sådana som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen)⁵.

B. *Nationella regler om beräkning och denna praktiska vägledning*

3. Vid en talan om ersättning för skada som lidits till följd av en överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget, ska de nationella domstolarna fastställa om käranden har lidit skada på grund av överträdelsen och, om så är fallet, hur stort skadestånd

¹ Mål C-453/99, *Courage*, REG 2001, s. I-6297, punkt 26, dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Manfredi*, REG 2006, s. I-6619, punkt 60; mål C-360/09, *Pfleiderer*, REG 2011, s. I-5161, punkt 36 och mål C-199/11, *Europeiska gemenskapen mot Otis NV m. fl.* REG 2012, ännu inte refererad i rättsfallsamlingen. Dessa mål avser artikel 101 i EUF-fördraget (f.d. artikel 81 i EG-fördraget). Samma principer tillämpas emellertid också på artikel 102 i EUF-fördraget (f.d. artikel 82 i EG-fördraget) — Mål C-360/09, *Pfleiderer*, REG 2011, s. I-5161, punkt 36.

² Dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, *Manfredi*, REG 2006, s. I-6619, punkt 95.

³ Generaladvokat Capotortis förslag till avgörande i mål 238/78, *Ireks-Arkady GmbH mot rådet och kommissionen*, REG 1979, s. 2955, punkt 9; svensk specialutgåva, volym 4, s. 567.

⁴ Den nationella domstolens internationella behörighet bestäms ofta av rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EGT L 12, 16.1.2001, s. 1. Denna förordning har nyligen ersatts av förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EUT L 351, 23.12.2012, s. 1, som till största delen träder i kraft den 10 januari 2015. Vilken lagstiftning som är tillämplig i ett visst ärende avgörs ofta av EU-förordningar, särskilt artikel 6 i förordning (EG) nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) (EUT L 199, 31.7.2007, s. 40). Vanligtvis tillämpas de processregler som gäller i det land där domstolsprövningen äger rum. Skadeståndstalan kan också beslutas av skiljedomstolar och av domstolar i tredjeländer.

⁵ Mål C-453/99, *Courage*, REG 2001, s. I-6297, punkt 29; dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, *Manfredi*, REG 2006, s. I-6619, punkt 62.

käranden ska tilldelas som ersättning för den skadan⁶. Att fastställa skadan – att bedöma och bevisa dess omfattning - är ofta svårt⁷. Normalt behöver skadan fastställas endast när den nationella domstolen har gjort ett konstaterande avseende övriga rättsliga krav för en skadeståndstalan, särskilt konstaterat att det begåtts en överträdelse och orsakssambandet mellan denna överträdelse och den skada som käranden lidit⁸.

4. Den rättsliga ramen för domstolars handläggning av beräkningen av skada fastställs i EU-lagstiftning och nationell lagstiftning, inbegripet regler om följande:
 - Ersättningstak och allmänna bestämmelser för ansvarsfördelningen vid ersättningsanspråk.
 - Krav, t.ex. orsakssamband eller närhet, som kopplar den olagliga handlingen till skadan. Domstolen har i detta sammanhang preciserat att om det inte finns några regler på EU-nivå om detta ankommer det på den nationella lagstiftningen att föreskriva regler om tillämpningen av begreppet ”orsakssamband”, förutsatt att likvärdighets- och effektivitetsprincipen följs.⁹
 - De förfaranden som reglerar skadeståndstalan vid domstol. Nationella bestämmelser omfattar vanligtvis fördelning av bevisbörda och respektive parts skyldighet att göra sakframställan¹⁰.
 - Lämpliga beviskrav, som kan variera under en rättegångs olika stadier, och även skilja sig åt mellan frågor som rör själva ansvarsfrågan och frågor som rör skadeståndets storlek.
 - Bestämmelser om i vilken grad och hur domstolar har befogenhet att beräkna den skada som lidits med hjälp av approximativa bästa skattningar eller likvärdiga överväganden.
 - Bestämmelser om tillåten bevisning och bevisvärde i civilmål och bedömningen av denna bevisning (särskilt expertbevisning).
5. Inom ramen för sina respektive regelverk har lagstiftare och domstolar ofta intagit en pragmatisk hållning till fastställandet av skadeståndsbelopp, till exempel genom att fastställa presumtioner. Bevisbördan kan förändras, till exempel när en part har lämnat en viss mängd fakta och bevis. I medlemsstaternas lagstiftning kan det även finnas föreskrifter om att den olagliga vinst som ett eller flera överträdande företag har gjort ska ligga till grund – direkt eller indirekt – för beräkning av den skada de skadelidande parterna har lidit¹¹.
6. Syftet med denna praktiska vägledning är att ge domstolar och parter i en skadeståndstalan tillgång till ekonomiska och praktiska insikter som kan användas

⁶ Denna praktiska vägledning avser endast bedömning av skada i samband med anspråk på ekonomisk ersättning (i pengar). Även om denna vägledning inte specifikt omfattar fastställandet av ersättning i samband med andra civilrättsliga medel kan den ge insikter som kan användas för ett sådant fastställande, framför allt talan om restitution.

⁷ Se mer om detta i punkt 11 och följande punkter i avsnitt II nedan.

⁸ Artikel 16 i förordning (EG) nr 1/2003: I detta dokument behandlas inte frågan huruvida en viss metod innebär en överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget.

⁹ Dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619, punkterna 61 och 64 Mål C-453/99, Courage, REG 2001, s. I- 6297, punkt 29.

¹⁰ Se, som ett exempel på fördelningen av bevisbördan i konkurrensmål, det beslut som Kammergericht Berlin (kammarrätten i Berlin) meddelade den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03 Kart (Vitaminpreise).

¹¹ Se punkt 146 i del 3 nedan.

vid tillämpning av nationella bestämmelser och nationell praxis. I den praktiska vägledningen redogörs därför för insikter om den skada som orsakats av konkurrensbegränsande metoder som förbjuds i fördraget och information om de viktigaste metoder och tekniker som finns tillgängliga för beräkning av sådan skada¹². Sådan vägledning kan vara till hjälp för käranden att göra faktiska framställningar till domstolen rörande de skadeståndsbelopp som krävs och kan bistå svaranden när denne för sin talan gentemot kärandens framställningar. Vägledningen kan också hjälpa parterna att lösa sina tvister i godo, antingen i eller utanför domstolarna eller med hjälp av alternativa tvistlösningsmekanismer.

7. Denna praktiska vägledning är rent informativ, den är inte bindande för nationella domstolar och ändrar inte medlemsstaternas gällande lagstiftning om skadeståndstalan vid överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget¹³.
8. Det viktigaste för att någon av de metoder och tekniker som beskrivs i denna praktiska vägledning ska anses lämpliga att använda i ett visst mål är att nationell rätt tillämpas i enlighet med effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen i EU:s lagstiftning (se ovan). Relevanta överväganden i detta avseende omfattar sannolikt
 - om en viss metod eller teknik uppfyller den standard som krävs enligt nationell lagstiftning,
 - om tillräckliga uppgifter finns tillgängliga för den part som har bevisbördan att tillämpa metoden eller tekniken, och
 - om bördan och kostnaderna står i proportion till värdet av det berörda skadeståndsanspråket.

Om det är alltför svårt att åberopa den rätt till skadestånd som garanteras enligt EU-rätten kan effektivitetsprincipen ha åsidosatts, exempelvis om kostnaderna är oproportionerligt stora eller om det ställs för hårda krav på hur tillförlitlig och exakt beräkningen av den skada som lidits ska vara¹⁴.

9. Inget i denna praktiska vägledning ska ses som ett argument mot användning av en mer pragmatisk syn, eller som att man i medlemsstaternas rättsordningar sänker eller höjer beviskraven eller nivån för hur detaljerade parternas sakframställningar ska vara. Det kan mycket väl vara tillräckligt för parterna att lägga fram fakta och bevis om skadebeloppet som är mindre detaljerade än de metoder och tekniker som diskuteras i denna praktiska vägledning.
10. Dessutom bör det noteras att den ekonomiska insikten om den skada som orsakats av konkurrensöverträdelser, och metoderna och teknikerna för att beräkna sådan skada, kan utvecklas över tid tillsammans med teoretisk och empirisk forskning och rättspraxis på området. Detta dokument bör därför inte ses som uttömmande.

II. ALLMÄN STRATEGI FÖR BERÄKNING AV SKADA I KONKURRENSÄRENDEN

11. Syftet med ersättning för den skada som lidits är att låta den skadelidande parten återfå den ställning denne hade haft om överträdelsen av artikel 101 eller 102 i EUF-

¹² Vid utarbetandet av denna praktiska vägledning har kommissionen fått värdefull hjälp i form av de olika studier som den har låtit göra och i de kommentarer den har mottagit från externa experter, se <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

¹³ Det påverkar inte heller de rättigheter och skyldigheter som medlemsstaterna och fysiska och juridiska personer har enligt unionsrätten.

¹⁴ Se även punkterna 16 och 17 nedan.

fördraget inte hade begåtts. Den skadelidande partens faktiska ställning ska jämföras med den ställning som denne skulle ha haft om överträdelsen inte hade begåtts. Bedömningen kallas därför ibland för ”om inte”-analys.

12. Den centrala frågan vid beräkning av skadestånd i antitrustärenden är därför att fastställa vad som troligen skulle ha hänt om överträdelsen inte hade ägt rum. Denna hypotetiska situation kan inte observeras direkt och man måste göra någon form av uppskattning för att få ett realistiskt referensscenario som kan jämföras med den faktiska situationen. Detta referensscenario kallas ”scenariot utan överträdelse” eller ”det kontrafaktiska scenariot”.
13. I ett specifikt fall är utgångspunkten för fastställande av om överträdelsen faktiskt har skadat käranden och, i så fall, beloppet av skadan, de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet och den bevisning som står till domstolens förfogande (inklusive beslut fattade av konkurrensmyndigheter). Den konkreta (påstådda) överträdelsen i fråga och hur den kunnat påverka en viss marknad är utgångspunkten för fastställande av omfattningen av den skada som överträdelsen orsakat.
14. Nationella domstolar kan, i ett särskilt fall, använda delar av direkt bevisning som är relevant för beräkningen av skada, till exempel handlingar som tagits fram av ett överträdande företag avseende överenskomna prishöjningar och genomförande av dessa eller bedöma hur dess marknadsställning har utvecklats. Muntlig bevisning från vittnen kan också användas. Tillgången till sådan bevisning kan spela en viktig roll när en domstol beslutar om någon av de metoder och tekniker som anges nedan kan användas av en part för att uppfylla de beviskrav som krävs enligt tillämplig lagstiftning.
15. Den typ av skada som käranden vill ha gottgörelse för avgör vilka ekonomiska variabler (exempelvis pris, försäljningsvolym, vinster, kostnader eller marknadsandelar) som ska övervägas. I en kartell som medför högre priser för kartellmedlemmarnas kunder måste man exempelvis göra en uppskattning av vad priset hade varit om överträdelsen inte hade ägt rum, för att fastställa en referenspunkt så att man kan jämföra det priset med det pris som dessa kunder faktiskt betalat. Om det rör sig om missbruk av dominerande ställning som medför att konkurrenter avskärmats från marknaden kan man beräkna dessa konkurrenters uteblivna vinst genom att jämföra deras faktiska omsättning och vinstmarginaler med den omsättning och de vinstmarginaler som de förmodligen hade haft om överträdelsen inte hade ägt rum.
16. Det är omöjligt att veta exakt hur en marknad hade utvecklats om en viss överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget aldrig hade ägt rum. Priser, försäljningsvolym och vinstmarginaler beror på en rad faktorer och ett komplext, ofta strategiskt samspel mellan olika aktörer på marknaden och är inte så lätta att beräkna. Uppskattning av det hypotetiska scenariot utan överträdelse kommer därför per definition att bygga på ett antal antaganden¹⁵. I praktiken förvärras denna inneboende begränsning av att uppgifter ofta saknas eller inte går att få tag på.

¹⁵ Begränsningarna i och följderna av en sådan uppskattning av en hypotetisk situation har uppmärksamats av EU-domstolen (i samband med beräkning av utebliven vinst i en skadeståndstalan mot Europeiska gemenskapen inom jordbrukssektorn): ”den uteblivna vinsten i de föreliggande målen [är] inte ... resultatet av en enkel matematisk beräkning, utan resultatet av en operation där invecklade ekonomiska uppgifter bedöms och värderas. Domstolen har således att bedöma ekonomiska verksamheter som i stor utsträckning har en hypotetisk karaktär. Domstolen har följaktligen i likhet med nationella domstolar ett stort utrymme att skönsmässigt bedöma vilka siffror och statistiska uppgifter

17. Därför har beräkning av skada i konkurrensärenden till sin natur stora begränsningar när det gäller vilken säkerhet och exakthet som kan förväntas. Det går inte att fastställa ett enda och "sant" värde för den skada som lidits, utan bara bästa skattningar som bygger på antaganden och uppskattningar¹⁶. Tillämplig nationell lagstiftning och tolkningen av denna bör i enlighet med EU:s effektivitetsprincip spegla denna inneboende begränsning när det gäller att beräkna skada vid skadeståndstalan vid brott mot artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget, så att det inte blir omöjligt eller överdrivet svårt att utöva den rätt till skadestånd som garanteras i fördraget.
18. I denna praktiska vägledning redogörs för ett antal metoder och tekniker som har utvecklats inom ekonomi och i rättspraxis för att fastställa passande referensscenarier och för att uppskatta värdet på den ekonomiska variabeln av intresse (till exempel i en priskartell, vad priset för produkten sannolikt hade varit om överträdelsen inte hade ägt rum)¹⁷. Metoderna och teknikerna baseras på olika strategier och bygger på olika antaganden och varierar i fråga om hur detaljerade uppgifter som behövs. Dessutom tar de olika stor hänsyn till andra faktorer än överträdelsen som kan ha haft en inverkan på kärandens situation. Att tillämpa dessa metoder och tekniker kan därför vara mer eller mindre svårt, ta mer eller mindre lång tid och vara mer eller mindre dyrt.
19. När man väl har fastställt ett värde för den relevanta ekonomiska variabeln (exempelvis priser, vinstmarginaler eller försäljningsvolym) i det hypotetiska scenariot utan överträdelse måste man göra en jämförelse med de faktiska omständigheterna (t.ex. det pris som den skadelidande parten faktiskt har betalat) för att beräkna den skada som överträdelsen av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget har orsakat.
20. Dessutom måste man ta ställning till om ränta ska påföras. Utbetalningen ränta är en väsentlig del av ersättningen. Som EU-domstolen har framhållit måste full gottgörelse för den skada som lidits omfatta skadestånd för de negativa effekter som beror på den tid som förflutit sedan den skada som orsakades av överträdelsen ägde rum¹⁸. Dessa effekter är valutadevalvering¹⁹ och den skadelidande partens förlorade möjlighet att förfoga över kapital²⁰. Nationell lagstiftning kan ta hänsyn till dessa

som ska beaktas och framför allt hur dessa ska användas vid beräkningen och uppskattningen av skadan", se dom av den 27 januari 2000 i de förenade målen C-104/89 och C-37/90 Mulder m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-203, punkt 79.

¹⁶ Som exempel på en rekonstruktion av ett kontrafaktiskt scenario av en nationell domstol och de frågor som uppstår i samband med de underliggande presumtionerna, se t.ex. appellationsdomstolen för konkurrensfrågor, beslut av den 28 mars 2013, ärendenummer 1166/5/7/10 (Albion Water Limited mot Dŵr Cymru Cyfyngedig).

¹⁷ Se del 2 nedan.

¹⁸ Mål C-271/91, Marshall, REG 1993, s. I-4367, punkt 31; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-315, punkt 31, och av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619, punkt 97. Se även Europeiska kommissionens vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler (KOM(2008) 165), avsnitt 2.5 och kommissionens åtföljande arbetsdokument (SEK(2008) 404), punkt 187.

¹⁹ Mål C-308/87, Grifoni II, REG 1994, s. I-341, punkt 40; yttrande från generaladvokat Tesauro i mål C-308/87, Grifoni II, REG 1994, s. I-341, punkt 25; de förenade målen C-104/89 och C-37/90 Mulder m.fl., mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-203, punkt 51. När det gäller köpkraft, se dom av den 26 februari 1992 i de förenade målen T-17/89, T-21/89 och T-25/89, Brazzelli Lualdi, REG 1992, s. II-293, punkt 40.

²⁰ Generaladvokat Saggios förslag till avgörande i de förenade målen C-104/89 och C-37/90, Mulder m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-203, punkt 105.

effekter i form av lagstadgad ränta eller andra former av ränta så länge dessa är förenliga med effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen.

III. DEN PRAKTISKA VÄGLEDNINGENS UPPBYGGNAD

21. Grunden för ett skadeståndsanspråk är att det har skett en överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget som har missgynnat kändaren. I grova drag kan följande två huvudkategorier av skadliga effekter av sådana överträdelser urskiljas:
- (a) Överträdelser kan leda till en höjning av de priser som betalas av kunder till överträdande företag²¹. Till de överträdelser som har en sådan effekt hör kartellöverträdelser av artikel 101 i EUF-fördraget, till exempel karteller för fastställande av priser, uppdelning av marknader eller begränsning av produktionen. Exploaterande missbruk i den mening som avses i artikel 102 i EUF-fördraget kan också ha samma effekt.
- Höjda priser betyder att den kund som köper varan eller tjänsten i fråga²² betalar ett överpris. Höjda priser kan dessutom leda till minskad efterfrågan och orsaka uteblivna vinster för kunder som använder produkten i sin egen affärsverksamhet²³.
- (b) Företag kan även bryta mot artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget genom olagliga metoder som utestänger konkurrenter från en marknad eller minskar deras marknadsandel²⁴. Typiska exempel är missbruk av dominerande ställning genom marginalpress, underprissättning eller kopplingsförbehåll, eller vissa vertikala exklusiva avtal mellan leverantörer och distributörer som bryter mot konkurrensreglerna²⁵. Dessa typer av åtgärder får betydande effekter för konkurrenterna, som lider skada när de går miste om affärsmöjligheter och vinster på denna marknad. Om utestängningen av konkurrenterna lyckas och konkurrensen minskar på en marknad kommer även kunderna att lida skada, vanligtvis genom höjda priser.
22. Överträdelser av artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget kan även ha andra skadliga effekter, exempelvis ha en negativ inverkan på produktkvalitet och innovation. Den praktiska vägledningen inriktas på de två huvudkategorier av skada och kategorier av skadelidande parter²⁶ som beskrivs i punkt 18. Trots det kan de metoder och tekniker som beskrivs i den praktiska vägledningen även vara relevanta i en skadeståndstalan som rör andra typer av skada och andra skadelidande parter.
23. I del 3 i den praktiska vägledningen avhandlas beräkningen av den typ av skada som anges i punkt 21 a. Här visas hur dessa typer av skada (framför allt till följd av betalning av ett överpris och skada kopplad till minskad efterfrågan) kan beräknas.

²¹ Om överträdelsen berör det överträdande företagets inköpsverksamhet kommer motsvarande effekt att bli en minskning av det inköpspris som dessa företag måste betala till sina leverantörer. Se punkt 134 i del 3, avsnitt 1 för närmare detaljer.

²² För enkelhetens skull kommer vi i fortsättningen endast att hänvisa till "produkter" som berörs av en överträdelse. Med detta ska emellertid även förstås de "tjänster" som berörs.

²³ Se punkt 126 och följande i del 3, avsnitt I för närmare detaljer.

²⁴ Mål C-209/10, Post Danmark, ännu ej offentliggjord, punkterna 22, 23 och 24.

²⁵ Vertikala avtal är avtal mellan företag på olika nivåer i försörjningskedjan.

²⁶ I den praktiska vägledningen tas inte specifikt andra personers situation upp än de personer som beskrivs i punkt 21 a och b. Även andra personer (t.ex. leverantörer till överträdande företag eller kunder till konkurrenter till det överträdande företaget som följer lagstiftningen) kan emellertid lida skada av överträdelser som leder till överpris eller utestängning av konkurrenter. Se även fotnot 108.

24. I del 4 i den praktiska vägledningen avhandlas beräkningen av den typ av skada som anges i punkt 21 b. Med hjälp av exempel visas hur dessa typer av skada (framför allt utebliven vinst för den utestängda konkurrenten och den skada kunderna lider) kan beräknas.
25. De viktigaste metoderna och teknikerna för att beräkna skada till följd av överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget är gemensamma för alla typer av skador som orsakas av en sådan överträdelse. Del 2 i den praktiska vägledningen ger därför en allmän översikt över dessa metoder och tekniker, och den ger mer information om de grundläggande antaganden som dessa metoder bygger på och förklarar hur de tillämpas i praktiken.

Del 2 — Metoder och tekniker

I. ÖVERSIKT

26. Det finns olika metoder för att konstruera ett scenario utan överträdelse för att beräkna skadan vid en skadeståndstalan i konkurrensärenden.
27. I de metoder som parter och domstolar vanligtvis använder sig av görs en uppskattning av vad som hade hänt om överträdelsen inte hade ägt rum, genom att man studerar tiden före eller efter överträdelsen eller andra marknader som inte har påverkats av överträdelsen. I sådana konkurrensbaserade metoder betraktas den data som har observerats (priser, försäljningsvolym, vinstmarginaler eller andra ekonomiska variabler) under den period eller på den marknad som inte påverkats som en indikation på det hypotetiska scenariot utan överträdelse. Dessa metoder genomförs ibland på ett mer raffinerat sätt med hjälp av ekonometrisk teknik, som kombinerar ekonomisk teori med statistiska eller kvantitativa metoder för att identifiera och mäta ekonomiska förhållanden mellan olika variabler. Olika jämförelsebaserade metoder och tekniker för att genom dessa metoder beskrivs i avsnitt II nedan (punkterna 32–95).
28. Andra metoder än jämförelsebaserade metoder tas upp i avsnitt III nedan (punkterna 96–121). I en av dessa metoder används ekonomiska modeller som anpassats till den aktuella marknaden för att simulera det troliga marknadsresultatet utan överträdelse. I dessa modeller tar man hjälp av ekonomisk teori för att förklara hur marknaden troligen hade fungerat genom att titta på vad som utmärker marknaden (t.ex. antalet konkurrenter, hur dessa konkurrerar med varandra, hur differentierade produkterna är, hinder för att komma in på marknaden etc.). Andra metoder är den kostnadsbaserade metoden, där produktionskostnaderna för den berörda produkten och ett pålägg för en ”rimlig” vinstmarginal används för att beräkna ett hypotetiskt scenario utan överträdelse, eller finansiellt baserade metoder där karendens eller svarandens ekonomiska resultat tas som utgångspunkt.
29. Var och en av dessa metoder och tekniker har särskilda egenskaper, styrkor och svagheter som kan göra dem mer eller mindre lämpliga för att uppskatta den skada som lidits under en specifik uppsättning omständigheter. Framför allt skiljer de sig åt när det gäller i vilken grad de utgår från data som är resultatet av faktiska interaktioner på marknaden eller på antaganden som baseras på ekonomiska teorier och i vilken grad de tar hänsyn till andra faktorer än den överträdelse som kan ha påverkat den som kräver skadestånd. Dessutom skiljer sig metoderna och teknikerna åt när det gäller hur enkla de är att använda och hur mycket data och vilket slags data som krävs.
30. Även om dessa metoder försöker ge en bild av hur marknaden i fråga skulle ha utvecklats om överträdelsen inte hade ägt rum, kan också mer direkt bevisning som parterna och domstolen, i enlighet med tillämplig nationell lagstiftning, har tillgång till (exempelvis interna handlingar från de överträdande företagen om avtal om prishöjningar) användas för att beräkna skadeståndsbeloppet i ett specifikt ärende²⁷.

²⁷

Se för ett exempel på en sådan strategi det beslut som Oberlandesgericht Karlsruhes (högsta delstatsdomstolen i Karlsruhe) meddelade den 11 juni 2010 i mål nr 6 U 118/05, där särskilt överenskomna prishöjningar från de överträdande företagen i en kartell användes för att fastställa skadeståndsbeloppet, i enlighet med tillämplig lagstiftning om fördelning av skyldigheten att göra sakframställan och fastställa tillräckliga skäl. Denna del av beslutet bekräftades efter överklagande i det

31. I avsnitt IV nedan beskrivs överväganden om valet av metod i ett specifikt ärende, vilket vanligen beror på vad som är utmärkande för just detta ärende och på kraven i tillämplig lagstiftning.

II. JÄMFÖRELSEBASERADE METODER

32. För att förstå hur jämförelsebaserade metoder fungerar i praktiken kan vi studera ett (helt fiktivt) exempel på en skadeståndstalan baserad på en hypotetisk kartell som bryter mot artikel 101 i EUF-fördraget²⁸.

Mjölkartellen

Anta att den nationella konkurrensmyndigheten har funnit samtliga malningsföretag i en viss medlemsstat skyldiga till att ha fastställt gemensamma priser mellan sig för att mala spannmål och producera mjöl.

Ett bageri som de senaste åren regelbundet har köpt mjöl väcker skadeståndstalan mot ett av malningsföretagen. Bageriet hävdar att överträdelsen har lett till en olaglig höjning av priset på det mjöl som bageriet köpt från malningsföretaget. Bageriet kräver skadestånd för det överpris som det har betalat de senaste åren.

33. Den centrala frågan vid beräkningen av skadan i ovanstående exempel är att ta reda på vilket pris bageriet skulle ha varit tvunget att betala för mjölet om överträdelsen inte hade ägt rum. Om en jämförelsebaserad metod används jämförs priset i överträdelsescenariot med priset i ett scenario utan överträdelse, som skapas med hjälp av prisuppgifter som har observerats antingen
- på samma marknad vid en tidpunkt före och/eller efter överträdelsen 1), eller
 - på en annan men liknande geografisk marknad 2), eller
 - på en annan men liknande produktmarknad 3).
- Man kan även kombinera en jämförelse över tid med en jämförelse mellan olika geografiska marknader och produktmarknader 4).
34. I mjölkartellsexemplet var det priserna som jämfördes. Man kan emellertid även använda dessa metoder för att uppskatta andra ekonomiska variabler, som ett företags marknadsandelar, vinstmarginaler, avkastning på kapital, tillgångars värde eller kostnadsnivå. Vilken ekonomisk variabel som anses bäst lämpad för beräkningen av skadeståndsbeloppet beror på omständigheterna i det aktuella ärendet.
35. Data som används i en sådan jämförelse mellan marknader eller över tid kan vara data som avser hela marknaden (dvs. det genomsnittliga pris som togs ut av samtliga bagerier som var verksamma i det närliggande geografiska området) eller data som avser en viss specifik marknadsaktör (dvs. det pris som togs ut av vissa kundgrupper, som grossister, på en intilliggande marknad).
36. Framför allt i ärenden som rör utestängning av konkurrenter kan det även vara lämpligt att jämföra data som avser en enda marknadsaktör. Ett exempel på en sådan jämförelse mellan enskilda företag, dvs. den skadelidande parten och ett tillräckligt likt företag som används som jämförelseobjekt, kan vara jämförelsen mellan de

beslut som Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen) meddelade 28 juni 2011 i mål nr KZR 75/10.

²⁸ Detta exempel förklaras närmare i punkt 147.

vinster som gjorts av ett företag som försöker ta sig in på en ny marknad där det utsatts för utestängande åtgärder i strid med EU:s konkurrensregler och de vinster som gjorts av ett nytt företag på en annan marknad med geografiska likheter som inte utsatts för konkurrenshämmande åtgärder. I avsnitten A.1–4 nedan behandlas jämförelsen mellan data som rör hela marknaden och uppgifter på företagsnivå²⁹.

37. Styrkan hos alla jämförelsebaserade metoder är att man använder verkliga uppgifter som observeras på samma eller en liknande marknad³⁰. De jämförelsebaserade metoderna bygger på antagandet att jämförelsescenariot kan betraktas som representativt för det troliga scenariot utan överträdelse, och att skillnaden mellan överträdelseuppgifterna och de uppgifter som valts som jämförelse beror på överträdelsen. Viktiga marknadsegenskaper som kan spela en roll vid bedömningen av om två marknader är tillräckligt lika är graden av konkurrens och koncentration på dessa marknader, kostnads- och efterfrågemönster samt inträdeshinder. Huruvida marknaderna eller tidsperioderna i överträdelsescenariot och jämförelsescenariot anses vara tillräckligt lika för att resultatet av en sådan jämförelse ska kunna användas vid beräkning av skada beror på de nationella rättsordningarna³¹. Om det finns stora skillnader mellan dessa tidsperioder och marknader kan man använda sig av olika tekniker för att ta hänsyn till sådana skillnader³².

A. Metoder för att konstruera ett scenario utan överträdelse

(1) Jämförelse över tid på samma marknad

38. En metod som ofta används består i att man jämför den faktiska situationen under den period då överträdelsen medfört effekter med perioden på samma marknad före eller efter överträdelsen³³. Om ett företag exempelvis missbrukade sin dominerande ställning genom att avskärma en konkurrent från marknaden under 2004 och 2005 kan man med hjälp av denna metod exempelvis titta på konkurrentens vinst under överträdelseperioden och företagets vinst under 2002 och 2003, när överträdelsen ännu inte hade inletts³⁴. Ett annat exempel skulle kunna vara en priskartell (exempelvis mjölkkartellen ovan) som pågått från 2005 till 2007. I detta fall skulle man kunna använda metoden för att jämföra det pris som kartellens kunder betalade

²⁹ Rent teoretiskt kan jämförelsen med ett annat företags uppgifter på företagsnivå inte bara göras för företag som bedriver verksamhet i ett annat geografiskt område eller produktområde på det sätt som diskuteras i avsnitt 2–4 nedan, utan även för uppgifter som avser företag som bedriver verksamhet på samma produktmarknad eller geografiska marknad som den skadelidande parten. I praktiken spelar sådana jämförelser inom en marknad ingen större roll, eventuellt eftersom det kan vara svårt att inom samma marknad hitta ett tillräckligt likt företag som inte påverkats av överträdelsen. I följande avsnitt görs därför inga ytterligare jämförelser inom en och samma marknad.

³⁰ Denna aspekt betonas exempelvis i det beslut som Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen) meddelade den 19 juni 2007 i mål nr KRB 12/07 (pappersgrossistkartell).

³¹ Se punkt 94 för mer om detta. Ett exempel på frågor som kan uppstå vid bedömningen av uppgifters jämförbarhet finns t.ex. i Tribunal Administratif de Paris (förvaltningsdomstol i Paris) beslut av den 27 mars 2009 (SNCF V Bouygues).

³² Se punkterna 59–95 i avsnitt B nedan för närmare detaljer.

³³ Se exempelvis det beslut som Corte d'Appello di Milano (appellationsdomstolen i Milano) meddelade den 11 juli 2003, (Bluvacanze) och det beslut som Corte d'Appello di Milano meddelade den 3 februari 2000 i mål nr I, 308 (Inaz Paghe mot Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) (i båda målen gjordes en jämförelse före, under och efter överträdelsen), det beslut som Landgericht Dortmund (delstatsdomstolen i Dortmund), meddelade den 1 april 2004 i mål nr 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise) (jämförelse under och efter överträdelsen), det beslut som Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (regionala domstolen för civilmål i Graz) meddelade den 17 augusti 2007 i mål nr 17 R 91/07 p (trafikskola) (där man godtog en jämförelse under och efter överträdelsen).

³⁴ För en närmare beskrivning av hur man tillämpar metoden vid utestängning av konkurrenter, se del 4 nedan.

under överträdelseperioden med det pris de betalade under en period efter det att överträdelsen upphört, t.ex. under 2008 och 2009³⁵.

39. I princip kan tre referenspunkter användas för att jämföra en överträdelse över tid:³⁶
- En opåverkad period före överträdelsen (jämförelse ”före och under” – i exemplet med mjölkartellen: Jämförelse av de priser som betalades för mjöl på samma marknad *innan* överträdelsen fick konsekvenser för dem som påverkats av överträdelsen).
 - En opåverkad period *efter* överträdelsen (jämförelse ”under och efter” – i exemplet med mjölkartellen: Jämförelse av de priser som påverkats av överträdelsen med de priser som betalades på samma marknad *efter* det att överträdelsen upphört).
 - En opåverkad period både *före* och *efter* överträdelsen (jämförelse ”före, under och efter”).
40. Ett väl underbyggt val av referensperiod och typ av uppgifter kräver vanligtvis goda kunskaper om den berörda branschen och måste ta det aktuella fallet som utgångspunkt. Valet påverkas dessutom av tillgången till data och de tillämpliga bestämmelsernas krav i fråga om beviskrav och bevisbörda.
41. En fördel med alla metoder där man över tid jämför uppgifter från samma geografiska marknad eller produktmarknad är att det som är utmärkande för marknaden, exempelvis graden av konkurrens, hur marknaden är uppbyggd, kostnader och vad som är utmärkande för efterfrågan är lättare att jämföra än vid en jämförelse med olika produktmarknader eller geografiska marknader.
42. Även vid jämförelser över tid händer det emellertid ibland att vissa skillnader mellan de två uppsättningarna uppgifter inte bara beror på själva överträdelsen. I så fall kan man behöva justera de uppgifter som observerats under jämförelseperioden för att ta hänsyn till skillnader under överträdelseperioden³⁷, eller välja en annan jämförelseperiod eller marknad. Vid en långvarig överträdelse är förmodligen antagandet att de priser som t.ex. togs ut för tio år sedan inte skulle ha ändrats om överträdelsen inte hade ägt rum förmodligen för starkt, och det kan därför vara bättre att t.ex. välja en jämförelse som beaktar *såväl perioden före som efter* överträdelseperioden. Vid långa överträdelseperioder kan det även vara lämpligt att ta upp praktiska frågor i samband med jämförelsen av uppgifter som beror på ändrade metoder för att registrera uppgifterna (t.ex. ändrade bokföringsmetoder eller nya datorprogram).
43. Om det finns uppgifter kan valet mellan en jämförelse ”före och under” en överträdelse, ”under och efter” en överträdelse eller ”före, under och efter” överträdelsen avgöras av en rad olika faktorer. Det är osannolikt att det går att hitta en referensperiod där marknadsomständigheterna exakt motsvarar vad som hade skett under överträdelseperioden om överträdelsen inte hade ägt rum. Det enda man kan göra är att identifiera en tillräckligt liknande period för att göra en rimlig uppskattning av hur ett sannolikt scenario utan överträdelse hade sett ut. Det kan bland annat råda osäkerhet kring vilka perioder som faktiskt inte påverkades av

³⁵ För en närmare beskrivning av hur man tillämpar metoden vid överträdelser som leder till överpris, se del 3 nedan.

³⁶ Jämförelsen över tid kallas även ”före-och-efter-metoden” eller ”riktmärkesmetoden”.

³⁷ Vad gäller sådana justeringar och särskilt möjligheten att tillämpa regressionsanalys, se punkterna 59–95 i avsnitt B nedan.

överträdelsen. Vissa överträdelser inleds eller upphör gradvis. Ofta vet man inte exakt när en överträdelse inleddes, och framför allt inte vilka effekter den ledde till. I konkurrensmyndigheters beslut anges ofta att det finns bevis som tyder på att överträdelsen kan ha inletts tidigare än den period som fastställts som överträdelseperiod³⁸. Ekonometrisk analys av de uppgifter som observerats kan vara ett sätt att identifiera inledandet eller upphörandet av överträdelsens effekter.

44. Det är lättare att fastställa när en överträdelse upphörde, och vilka effekter detta fick, än när en överträdelse inleddes. Även här kan det emellertid råda osäkerhet om huruvida perioden omedelbart efter det att överträdelsen upphörde är opåverkad av det konkurrenshämmande beteendet³⁹. Om det exempelvis dröjer ett tag innan marknadsvillkoren återgår till samma nivå som före överträdelsen underskattas överträdelsens effekter om man använder uppgifter från perioden omedelbart efter överträdelsen. Priserna kan även vara extra låga under en kort period efter det att kartellen har upphört, eftersom företagen eventuellt tillfälligt ägnar sig åt aggressiva prisstrategier till dess att den ”normala” jämvikt som rådde på marknaden före överträdelsen har återställts.
45. På marknader där det råder oligopol kan ett annat problem dyka upp, nämligen att medlemmarna i en kartell använder sig av den kunskap de har fått via kartellen till att samordna sitt beteende efteråt, utan att för den skull bryta mot artikel 101. I en sådan situation är priserna efter överträdelsen oftast högre än vad de hade varit om överträdelsen inte hade ägt rum och kan bara användas för att uppskatta den nedre gränsen för den skada som lidits. Perioden före överträdelsen kan vara lämpligare som referenspunkt om viktiga marknadsegenskaper drastiskt ändrades mot slutet av överträdelseperioden på grund av yttre orsaker (t.ex. kraftigt ökade råvarukostnader eller en ökad efterfrågan på produkten)⁴⁰.
46. Även när det råder osäkerhet kring huruvida en viss period före eller efter överträdelsen påverkats av överträdelsen kan denna period ändå i princip fortfarande fungera som referensperiod för att få en säker uppskattning av den skada som minst lidits (uppskattning av ”nedre gräns” eller ”minsta skada”)⁴¹.
47. Under vissa omständigheter kan man använda två referensperioder (före och efter överträdelsen) för att uppskatta scenariot utan överträdelse, exempelvis genom att använda sig av ett genomsnittsvärde från dessa två perioder eller genom att använda andra tekniker för att spegla en trend i utvecklingen av marknaden under överträdelsen⁴². Data från perioden före överträdelsen kan också användas som referensperiod upp till en viss punkt under överträdelsen om marknadsvillkoren

³⁸ En konkurrensmyndighet kan begränsa sin prövning av om det har förekommit en överträdelse till en viss period, medan överträdelsen i praktiken kan ha pågått under en längre period.

³⁹ Se det beslut som Oberlandesgericht Karlsruhe (högsta delstatsdomstolen i Karlsruhe) meddelade den 11 juni 2010 i mål nr 6 U 118/05, för ett exempel på när en nationell domstol fann att de priser som togs ut under de fem månader som följde på överträdelseperioden fortfarande påverkades av kartellen.

⁴⁰ För den korta period som en överträdelse pågår efter en sådan förändring kan uppgifter efter överträdelsen vara lämpligare jämförelseobjekt, eftersom dessa bättre speglar marknadsegenskaperna efter förändringen. Om förändringen av marknadsegenskaperna orsakades av själva överträdelsen (t.ex. om flera konkurrenter lämnade marknaden på grund av konkurrenshämmande avskärmning), är perioden efter överträdelsen naturligtvis inte lämplig att använda som jämförelseobjekt för att uppskatta hur situation hade sett ut utan överträdelsen.

⁴¹ Om yttre faktorer under överträdelsen leder till fallande priser (t.ex. att det överträdande företags kostnader för insatsvaror kraftigt minskar) kan den nedre gränsen bestridas.

⁴² Till exempel interpolering eller regressionsanalys. Olika tekniker för att använda jämförelsebaserade metoder beskrivs i punkterna 59–95 i avsnitt B nedan.

kraftigt ändrades, och data från perioden efter överträdelsen som referensperiod för tiden därefter.

48. Valet av data kan dessutom bidra till att konstruera en jämförelsebas som är tillräckligt lik. Det kan finnas lägen där kumulerade data, som genomsnittspris inom sektorn (eller vissa grupper eller företags genomsnittspris), är tillräckligt representativa⁴³, medan det i andra situationer vore lämpligare att enbart använda sig av data från den skadelidande partens transaktioner före eller efter överträdelsen eller genomsnittsdata som avser liknande företag. Om den skadelidande parten exempelvis tillhör en specifik grupp av marknadsaktörer, som grossistkunder (till skillnad från slutkonsumenter), kan de priser som togs ut av grossistkunderna före eller efter överträdelsen vara en lämplig referenspunkt.

(2) Jämförelse med data från andra geografiska marknader

49. En annan jämförelsebaserad metod är att studera data som observerats på en annan geografisk marknad⁴⁴ för att göra en uppskattning av ett scenario utan överträdelse⁴⁵. Det kan röra sig om data som observerats på hela den geografiska jämförelsemarknaden eller data som enbart observerats i förhållande till vissa marknadsaktörer. I mjölkartellsexemplet i punkt 32 ovan skulle de priser som det bageri som kräver skadestånd betalade under överträdelseperioden kunna jämföras med det genomsnittspris som betalades av liknande bagerier på en annan geografisk marknad, som inte påverkades av överträdelsen. Samma typ av jämförelse kan göras för vilken annan ekonomisk variabel som helst, t.ex. ett företags marknadsandelar, vinstmarginaler, graden av avkastning på kapital, tillgångars värde eller kostnadsnivå. En jämförelse med affärsresultatet för företag som är verksamma på en annan geografisk marknad, som inte påverkas av överträdelsen⁴⁶, är av särskilt intresse i ärenden som rör utestängning av konkurrenter.
50. Ju mer lik (bortsett från effekterna av överträdelsen) en geografisk marknad är den marknad som påverkats av överträdelsen, desto troligare är det att den passar som

⁴³ För närmare detaljer om användning av snittvärden vid genomförandet av jämförelsebaserade metoder, se punkt 70 i del 2, avsnitt II, nedan.

⁴⁴ För begreppen relevant geografisk marknad och relevant produktmarknad, se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrensmarknad, EGT C 372, 9.12.1997, s. 5.

⁴⁵ Denna metod kallas även ”måttstocksmetoden” eller ”tvärsnittsmetoden”. Dessa termer används också för att hänvisa till de jämförelsebaserade metoder som studerar data som observerats på olika marknader med produktrelaterade likheter. Se punkterna 54–55 i avsnitt 3 nedan.

För exempel på hur användningen av den jämförelsebaserade metoden när man studerar olika geografiska marknader, se exempelvis det beslut Cour d’Appel de Paris (appellationsdomstolen i Paris) meddelade den 23 juni 2003 (Lescarcelle-De Memoris mot OGF), det beslut som Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (handelsdomstolen i Madrid) meddelade den 11 november 2005 i mål nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. mot Telefónica de España S.A.), bekräftat i det beslut Audiencia Provincial de Madrid (appellationsdomstolen i Madrid) meddelade den 25 maj 2006 i mål nr 73/2006 och det beslut som Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen) meddelade den 19 juni 2007 i mål nr KBR 12/07 (pappersgrossistkartell) (för att beräkna den olagliga fördel som kartellmedlemmarna gynnats av och på grundval av detta fastställa vite).

⁴⁶ Det företag som används som jämförelseobjekt (den s.k. komparatorn) kan i princip även vara ett företag som är verksamt på den marknad som berörs av överträdelsen, under förutsättning att dess resultat inte i någon större utsträckning påverkades av utestängningen. Även om jämförelseföretaget inte direkt påverkades av överträdelsen kan det fortfarande ha påverkats indirekt, t.ex. genom att ha tagit marknadsandelar från ett utestängt företag. Risker för direkt eller indirekt påverkan av en överträdelse är lägre om jämförelsen görs på ett företag som är verksamt på en annan geografisk marknad. Egenskaper som kan vara relevanta när man avgör om företagen är tillräckligt lika innefattar storlek, kostnadsstruktur, kunder och egenskaper hos den produkt de säljer.

jämförelsemarknad (eller s.k. komparator). Det innebär att de produkter som man handlar med på de två marknaderna bör vara identiska, eller åtminstone tillräckligt likartade. Konkurrensegenskaperna på den marknad som används som jämförelsemarknad bör dessutom likna konkurrensegenskaperna på den påverkade marknaden, bortsett från överträdelsen. Detta kan mycket väl vara en marknad som inte är helt konkurrenskraftig.

51. Metoden med att använda geografiska jämförelsemarknader för att få fram ett scenario utan överträdelse används i praktiken mest när överträdelsen rör lokala, regionala eller nationella geografiska marknader⁴⁷. Om den marknad som berörs av överträdelsen gränsar till den geografiska jämförelsemarknaden, och eventuellt finns inom ett och samma land, ökar sannolikheten för att de är tillräckligt lika för att kunna jämföras⁴⁸.
52. Hela jämförelsemarknaden behöver inte alltid vara tillräckligt lik den marknad som berörs av överträdelsen. Om det pris som exempelvis en kundgrupp (grossister) betalar på jämförelsemarknaden eller de vinster som ett konkurrerande företag (t.ex. en ny aktör på marknaden) gör på jämförelsemarknaden används som referens, är det viktigt att denna kundgrupps eller denna konkurrents ställning på marknaden liknar den skadelidande partens ställning på den marknad som berörs av överträdelsen.
53. Valet av geografisk jämförelsemarknad kan också påverkas av osäkerhet kring hur omfattande en överträdelse är rent geografiskt. Geografiska marknader där det har förekommit samma eller liknande överträdelser är i princip inte lämpliga som jämförelsemarknader. Intelligande marknader som inte påverkats av liknande överträdelser kan dessutom ha påverkats av konkurrenshämmande åtgärder på den marknad som berörs av överträdelsen (t.ex. på grund av att priserna på den intelligande marknaden höjdes till följd av prishöjningarna på den marknad som berördes av överträdelsen och konkurrensen från denna marknad blev mindre). En jämförelse med sådana marknader kommer inte att visa hela omfattningen av den skada som lidits. Trots det kan den fungera som en användbar bas för att fastställa en nedre gräns för den skada som orsakats på den marknad som berörs av överträdelsen. Det innebär att en part i en skadeståndstalan i princip riskfritt kan välja att förlita sig på jämförelsen med en geografisk marknad som påverkats av samma eller en liknande överträdelse, framför allt där denna påverkan troligen har varit liten.

(3) Jämförelse med data från andra produktmarknader

54. En strategi som liknar jämförelsen mellan olika geografiska marknader är den strategi som tittar på olika produktmarknader⁴⁹ med liknande marknadsegenskaper⁵⁰. I ett ärende som rör utestängning av konkurrenter och där ett företag delvis utestängs från att sälja en produkt skulle detta företags vinstmarginal på den marknad som berörs av överträdelsen kunna jämföras med vinstmarginalen för en annan produkt som samma (eller ett liknande) företag handlar med på en separat marknad med produktrelaterade likheter.

⁴⁷ Metoden kan emellertid även användas när den relevanta marknaden omfattar mer än ett land, under förutsättning att man kan hitta en tillräckligt liknande jämförelsemarknad.

⁴⁸ Se dock punkt 53 nedan.

⁴⁹ För begreppen relevant geografisk marknad och relevant produktmarknad, se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 9.12.1997, s. 5.

⁵⁰ Denna metod kallas ibland ”måttstocksmetoden” eller ”tvärsnittsmetoden” (eftersom man precis som i den jämförelsebaserade metoden studerar olika geografiska marknader).

55. De överväganden som diskuteras i fråga om geografiska jämförelsemarknader gäller troligen i motsvarande grad för valet av en lämplig produktjämförelsemarknad. Det rör sig ofta om hur lika de två produktmarknaderna är. Framför allt ska jämförelseprodukten väljas med omsorg och man måste ta hänsyn till de jämförda produkternas särdrag, det sätt som man handlar med produkterna och marknadsegenskaperna, t.ex. antalet konkurrenter, deras kostnadsstruktur och kundernas köpkraft⁵¹. Osäkerhet kring om en potentiell jämförelseproduktmarknad har påverkats av överträdelsen eller en liknande överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget kan också ha betydelse.

(4) Kombination av jämförelser över tid och jämförelser mellan marknader

56. Om det finns tillgång till tillräckliga data kan man kombinera jämförelser över tid med jämförelser mellan marknader. Denna strategi kallas i bland för ”skillnaden-mellan-skillnader-metoden” eftersom den studerar utvecklingen av den relevanta ekonomiska variabeln (t.ex. mjölpriset) på den marknad som berörs av överträdelsen under en viss period (skillnad över tid på den marknad där överträdelsen ägde rum) och jämför den med samma variabels utveckling under samma period på en opåverkad jämförelsemarknad (skillnad över tid på den marknad som inte har begått någon överträdelse)⁵². Jämförelsen visar skillnaden mellan dess två skillnader över tid. Det ger en uppskattning av hur överträdelsen har påverkat variabeln och utesluter alla andra faktorer som påverkat både den marknad som berörs av överträdelsen och jämförelsemarknaden på samma sätt. Metoden är därför ett sätt att isolera överträdelsens inflytande från andra effekter som har påverkat den relevanta variabel som är gemensam för båda marknaderna.
57. Ett enkelt exempel från mjölkartellen ovan kan illustrera metoden. Anta att en jämförelse före, under och efter överträdelsen visar att priset har stigit med 40 euro per säck med 100 kg mjöl i den medlemsstat där kartellen verkade mellan 2005 och 2008. En titt på en opåverkad geografisk marknad under samma tid kanske visar att mjölpriset steg med 10 euro per säck på 100 kg till följd av stigande kostnader för insatsprodukten (spannmål). Om man antar att de ökade råvarukostnaderna också berörde den marknad där överträdelsen ägde rum skulle en jämförelse mellan prisutvecklingen på den marknad där överträdelsen ägde rum och jämförelsemarknaden ange den prisskillnad som mjölkartellen orsakade. I exemplet skulle detta innebära 30 euro per enhet.
58. Styrkan i ”skillnaden-mellan-skillnader”-metoden ligger därför i att den kan exkludera förändringar som inte rör överträdelsen men som inträffade under samma period som överträdelsen⁵³. Styrkan i skillnaden-mellan-skillnader-metoden ligger därför i att den kan exkludera förändringar som inte rör överträdelsen men som inträffade under samma period som överträdelsen⁵⁴. De överväganden som man

⁵¹ Det är mer sannolikt att marknadsegenskaperna liknar varandra om två jämförda produkter säljs på samma geografiska marknad. Omständigheterna kan emellertid vara tillräckligt likartade om samma eller liknande produkter från olika geografiska områden jämförs.

⁵² Detta kan vara en geografisk jämförelsemarknad eller en produktjämförelsemarknad.

⁵³ Jämfört med en enkel jämförelse mellan marknader har denna metod även den fördelen att den filtrerar bort fasta skillnader mellan marknader (exempelvis skillnader på grund av konstant lägre insatskostnader på en av marknaderna).

⁵⁴ Om de prisökningar som inte beror på överträdelsen under överträdelseperioden exempelvis var högre på den påverkade marknaden än på jämförelsemarknaden skulle användningen av den s.k. skillnad-mellan-skillnader-metoden baserat på enkla medelvärden överskatta den skada som lidits. Genom en ekonometrisk tillämpning av den s.k. skillnad-mellan-skillnader-metoden kan man ta hänsyn till sådana faktorer.

måste göra vid användningen av jämförelse över tid och jämförelse mellan marknader, framför allt behovet av tillräcklig likhet, är även relevant för skillnaden-mellan-skillnader-metoden. Rent konkret kräver denna metod vanligtvis en rad data från olika marknader och tidsperioder som inte alltid är så lätta att få tag på. Även om man bara får tag på en mindre mängd data kan man dock ändå komma fram till en nedre gräns eller en grov uppskattning av hur stor skada som lidits⁵⁵.

B. *Användning av metoden i praktiken: tekniker för att uppskatta priset eller ett annat ekonomiskt värde i ett scenario utan överträdelse*

59. När man väl har valt en lämplig jämförelsebaserad metod för att konstruera ett scenario utan överträdelse finns det olika tekniker för att genomföra denna metod. Teknikerna skiljer sig främst åt i hur hög grad de bygger på enskilda data eller genomsnittsdata (t.ex. prisobservationer), och i vilken utsträckning de data som har observerats på jämförelsemarknaden⁵⁶ eller under jämförelseperioden behöver justeras ytterligare. Därför skiljer sig dessa tekniker åt i fråga om hur mycket data de kräver för att kunna tillämpas.
60. En möjlighet vid genomförandet av jämförelsebaserade metoder är att direkt använda jämförelsedata i den form dessa observerats och att göra en uppskattning som bygger på ett för den ekonomiska variabel som studeras (i ovanstående exempel t.ex. priset på mjöl) i ett scenario utan överträdelse. Om fler än en dataobservation finns tillgänglig (t.ex. priset på mjöl en rad olika transaktioner på en geografisk jämförbar marknad) kan dessa kombineras genom att man räknar ut ett eller flera medelvärden för ett scenario utan överträdelse. Sådana medelvärden kan därefter jämföras med de medelvärden som faktiskt observerats under överträdelsen, t.ex. det pris som faktiskt betalas för mjöl (se avsnitt 1 nedan för närmare detaljer).
61. Om vissa faktorer (exempelvis en ökning av råvarupriserna) enbart har påverkat jämförelsemarknaden eller jämförelseperioden eller enbart överträdelsemarknaden eller överträdelseperioden bör man, beroende på de beviskrav som krävs och beroende på tillämpliga regler om orsakssamband, överväga om man behöver justera de observerade uppgifterna för att ta hänsyn till sådan påverkan. Det kan röra sig om enkla justeringar av uppgifterna om det är lätt att slå fast och ta hänsyn till den påverkande faktorn och omfattningen av dess effekter (se avsnitt 1 nedan). Man kan få fram mer sofistikerade justeringar av de observerade jämförelseuppgifterna med hjälp av ekonometriska tekniker, särskilt regressionsanalys som beskrivs i avsnitt 2 nedan. Om det är svaranden eller kändanden som ska yrka på, dokumentera och bevisa sådana justeringar beror på tillämplig lagstiftning⁵⁷.
62. I ett specifikt ärende beror valet mellan dessa tekniker på de specifika omständigheterna i ärendet och tillämplig lagstiftning, med hänsyn till dessa teknikers olika för- och nackdelar, exempelvis deras tillförlitlighet och precision och deras krav på tillgång till data (se avsnitt 3 nedan).

⁵⁵ För ett exempel på en nationell domstol som har fastställt en nedre gräns i samband med fastställandet av storleken på skadeståndet (här har emellertid inte skillnaden-mellan-skillnader-metoden använts, utan en jämförelse över tid), se det beslut som Kammergericht Berlin (kammarrätten i Berlin) meddelade den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Som nämndes i punkt 35 kan de data som används i en sådan jämförelse över tid eller mellan marknader vara data som avser hela marknaden eller data som bara avser vissa aktörer på marknaden.

⁵⁷ Se exempelvis det beslut som Kammergericht Berlin (kammarrätten i Berlin) meddelade den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03 Kart, som ett exempel på fördelning av skyldighet att göra sakframställan vid beräkning av skada.

(1) Enkel teknik: enskilda dataobservationer, medelvärden, interpolering och enkla justeringar

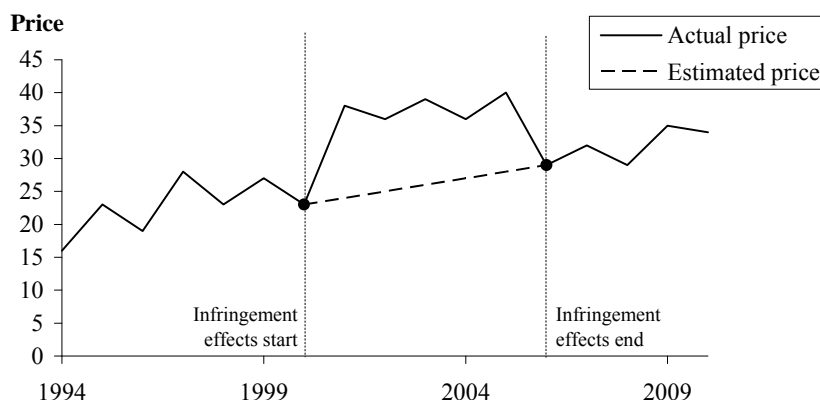
63. Beroende på kraven i tillämplig nationell lagstiftning och omständigheterna i ärendet, särskilt graden av likhet mellan överträdelsemarknaden och jämförelsemarknaden, eller överträdelseperioden och jämförelseperioden, kan observerade data jämföras direkt, dvs. utan ytterligare justeringar, med data som har observerats på överträdelsemarknaden⁵⁸.
64. Mängden data som observerats för den variabel som är av intresse (t.ex. i mjölkartellexemplet priset på mjöl) på jämförelsemarknaden eller för jämförelseperioderna kan sträcka sig från alltifrån endast en eller ytterst få dataobservationer (dvs. priset observeras i ett litet antal transaktioner) till en stor mängd dataobservationer. På anbudsmarknader kan upphandlingarna exempelvis hållas mycket oregelbundet och vid tiden för beräkningen av skadan kanske man bara har tillgång till priset i ett enda anbud. En liknande situation kan förekomma inom sektorer där det är vanligt med långtidskontrakt. En uppskattning av skadan på grundval av en enda dataobservation kan vara lämplig om denna observation är tillräckligt representativ för perioden av intresse.
65. Om studier av jämförelsemarknader eller jämförelseperioder ger en större mängd dataobservationer, t.ex. det pris som den skadelidande parten har betalat i en serie transaktioner efter överträdelsen, eller det pris som ett antal kunder på en annan geografisk marknad har betalat, kan dessa dataobservationer användas antingen var för sig eller i form av medelvärden⁵⁹.
66. Användningen av olika former av medelvärden eller andra former av aggregerade data kan vara lämpligt, under förutsättning att de jämförda parametrarna är lika. Om en grossist exempelvis kräver skadestånd efter att ha köpt en produkt från medlemmar av en priskartell i januari, maj, juli och oktober 2009 och den valda modellen är en jämförelse med en annan geografisk marknad kan det genomsnittliga månadspriset som betalades på den marknaden av *samma typ av kund* (grossist) under *samma månader* utgöra en lämplig referenspunkt (dvs. data från januari jämförs med data från januari, data från maj jämförs med data från maj osv.). Genom att jämföra data från samma månader tar man exempelvis hänsyn till säsongsbetonade skillnader under ett år och jämförelsen blir därför mer tillförlitlig. Om det månatliga priset emellertid endast uppvisar en liten prisvariation kan genomsnittspriset på den jämförande marknaden för hela 2009 betraktas som en lämplig indikator. Årsdata eller andra genomsnittsdata (t.ex. aggregerade industridata) kanske också är de enda uppgifter som finns att tillgå. I medlemsstaternas interna rättsordningar ges parterna ofta möjlighet att förlita sig på genomsnittsdata medan svaranden ges möjlighet att visa att det existerar betydande

⁵⁸ Tidsbaserade jämförelser kan grundas på en enkel observation av priserna före och under överträdelsen. För ett exempel på de rättsliga följderna av en sådan metod, se det beslut som Corte Suprema di Cassazione (Italiens högsta kassationsdomstol) meddelade den 2 februari 2007 i mål nr 2305 (Fondiarria SAI SpA mot Nigriello).

⁵⁹ I denna praktiska vägledning avses med genomsnitt (eller medelvärde) det genomsnittliga värde man får om man dividerar summan av observationerna med antalet observationer. Det kan emellertid finnas situationer där det passar bättre att använda sig av annan deskriptiv statistik (dvs. median eller typvärde). Om det på en marknad med 25 företag är 21 som tar ut ett pris på 50 euro och fyra som tar ut ett pris på 75 euro, kan det vara bättre att använda typvärdet på 50 euro (det pris som observerades flest gånger i exemplet) för att representera marknadspriset än medelvärdet på 54 euro (i detta exempel är typvärdet lika med medianen, dvs. det pris som tas ut av det företag som ligger i mitten).

skillnader, och kan kräva att mer oaggregerade data används om det finns tillgång till sådana.

67. En annan enkel teknik för att få fram ett jämförelsevärde från en mängd dataobservationer är linjär interpolering. Om en jämförelse över tid har gett prisserier från före och efter överträdelsen kan man uppskatta "priset utan överträdelse" eller det "kontrafaktiska priset" under överträdelseperioden genom att dra en linje mellan priset före överträdelsen och priset efter överträdelsen, vilket visas i exemplet nedan. Från denna linje kan man läsa av ett jämförelsevärde för varje relevant tidpunkt under överträdelseperioden. Jämfört med beräkningen av ett enda genomsnittsvärde för priset under hela överträdelseperioden gör interpolering det möjligt att i viss utsträckning ta hänsyn till prisutvecklingstrender över tid som inte beror på själva överträdelsen. Avläsningen av data från den interpolerade linjen ger därför ett mer tillförlitligt resultat än ett vanligt medelvärde för perioden, exempelvis i ärenden där skadeståndsanspråken rör transaktioner (eller andra händelser) som endast skedde i början eller slutet av överträdelseperioden⁶⁰. Följande illustration är ett exempel på linjär interpolering (den streckade linjen visar det interpolerade priset utan överträdelse, den heldragna linjen de priser som faktiskt observerades):



Linjär extrapolation fungerar på liknande sätt, förutom att linjen fortsätter från antingen endast data före överträdelsen eller endast data efter överträdelsen⁶¹.

68. Det kan finnas situationer där det ganska enkelt går att identifiera en faktor som särskiljer en överträdelsemarknad (eller överträdelseperiod) från en jämförelsemarknad (eller jämförelseperiod) och göra motsvarande anpassningar av observerade jämförelsedata. En viss säsongsbetonad effekt som förekommer på en marknad eller en effekt som härrör från förändringar i insatsvarupriser eller växelkurser kan exempelvis uppvisa ett mönster och en omfattning som i vissa fall lätt kan förstås från en parts interna affärstransaktioner eller från andra källor,

⁶⁰ Interpolering är dessutom att fördraga framför medelvärden om antalet transaktioner (eller andra händelser) är ojämnt fördelade under överträdelseperioden.

⁶¹ Extrapolering förlänger således en existerande trend i en serie av tidpunkter antingen före eller efter överträdelsen. Om priserna under de tre år som föregick en kartell var 12 euro, 13,20 euro respektive 14,52 euro (vilket motsvarar en prisökning på 10 % per år) skulle man kunna uppskatta priserna under de två år en kartell varade till 15,97 euro respektive 17,57 euro, medan man skulle kunna få en mer exakt uppskattning av den underliggande trenden med hjälp av regressionsanalys.

exempelvis expertutlåtanden. I så fall ska den raka linje som den enkla linjära interpoleringen gett justeras för att spegla dessa mönster⁶².

(2) Regressionsanalys

a. *Konceptet regressionsanalys och syftet med en sådan analys*

69. Inom regressionsanalys använder man statistiska tekniker som hjälper att studera mönster i förhållandet mellan ekonomiska variabler och mäta i vilken mån en viss variabel som är av intresse⁶³ (t.ex. mjölpriset⁶⁴ i mjölkartellsexemplet) påverkas av överträdelsen⁶⁵ och andra variabler som inte berörs av överträdelsen (t.ex. råvarukostnader, variationer i kundefterfrågan, produktgenskaper, graden av marknadskoncentration)⁶⁶. Tack vare regressionsanalys kan man därför göra en bedömning av om, och i så fall hur mycket, andra observerbara faktorer än överträdelsen har bidragit till skillnaden i det värde för variabeln av intresse som har observerats på överträdelsemarknaden under överträdelseperioden och det värde som har observerats på en jämförelsemarknad eller under en jämförelseperiod. Regressionsanalys är således ett sätt att ta hänsyn till alternativa orsaker till skillnaderna mellan de uppsättningsdata som jämförs. Alla jämförelsebaserade metoder kan i princip tillämpas med hjälp av regressionsanalys så länge man har tillgång till en tillräckligt stor mängd dataobservationer⁶⁷.
70. I en regressionsanalys studerar man med hjälp av statistiska tekniker ett antal dataobservationer av variabeln av intresse och av de variabler som troligen kan påverka denna. Det förhållande som definieras beskrivs vanligtvis i form av en ekvation (som kallas "regressionsekvation" eller "regressionsmodell"). Tack vare denna ekvation kan man uppskatta effekterna av oberoende variabler på variabeln av intresse och isolera dessa från överträdelsens effekter. Med hjälp av regressionsanalys uppskattar man hur stor korrelationen är mellan de relevanta variablerna⁶⁸, vilket i vissa fall kan tyda på ett orsakssamband mellan variabler där en variabel påverkar en annan⁶⁹.
71. Det finns i huvudsak två strategier för att genomföra en regressionsanalys vid beräkning av skada, beroende på om endast data från perioder (marknader) utan överträdelse används för att skapa regressionsekvationen, eller om man utöver data

⁶² Om observerade data tillåter kan en sådan justering göras på ett mer sofistikerat sätt med hjälp av regressionsanalys, vilket förklaras närmare i nästa avsnitt.

⁶³ Även kallad "förklarad variabel" eller "beroende variabel" (den som påverkas).

⁶⁴ Andra variabler av intresse där man skulle kunna tillämpa regressionsanalys är t.ex. försäljningsvolym, marknadsandelar eller vinstmarginaler (t.ex. för en utestängd konkurrent som kräver skadestånd för utebliven vinst på grund av minskad försäljning eller minskade marginaler), produktionskostnader (vilket också skulle kunna vara relevant i samband med en beräkning av utebliven vinst).

⁶⁵ Även kallad "förklarande variabel" eller "oberoende variabel" (den som påverkar).

⁶⁶ Andra faktorer som påverkar variabeln av intresse kan t.ex. vara kundens storlek, orderstorlek, produktionsteknik, den storlek och företagsstruktur som de företag har som erbjuder produkten, samt reklamkostnader.

⁶⁷ Ett tillräckligt stort antal dataobservationer krävs emellertid för att det ska vara meningsfullt att använda sig av statistiska metoder. En sådan uppsättning dataobservationer kan inhämtas (vid jämförelser över tid) från observation av tidsserier, eller (vid jämförelser vid en viss tidpunkt) från flera jämförelsemarknader, flera företag eller flera transaktioner, eller en kombination av båda (observation över tid av flera marknader, företag eller transaktioner).

⁶⁸ I multipel regressionsanalys (se nedan för närmare beskrivning) är den korrelation som fastställs en villkorad korrelation, dvs. en korrelation där man tar hänsyn till andra variablers effekter.

⁶⁹ Under förutsättning att detta är förenligt med en konsekvent ekonomisk ram och andra kvalitativa och kvantitativa bevis.

från perioder utan överträdelse även använder data från den period (marknad) som varit föremål för överträdelsen. Om endast data från perioden utan överträdelse används för att uppskatta regressionen används regressionslikvationen för att göra en ”prognos” av effekten på den intressanta variabeln under överträdelseperioden utifrån det mönster som identifierades utanför denna period (”prognosstrategin”)⁷⁰. Om man även använder data från överträdelseperioden (överträdelsemarknaden) för att uppskatta regressionen syns överträdelsens effekt i regressionsanalysen genom en separat indikatorvariabel (s.k. dummyvariabel)⁷¹.

72. Om prognosstrategin eller strategin med en s.k. dummyvariabel är lämpligast att använda beror på de aktuella omständigheterna. Samtidigt som prognosstrategin har den fördelen att man kan välja en regressionsmodell som enbart baseras på dataobservationer från perioden utan överträdelse (och som därmed är opåverkad av överträdelsens effekter), kan användning av data från båda perioderna/marknaderna ge en exaktare och tillförlitligare uppskattning av de intressanta parametrarna, särskilt om de data från perioden utan överträdelse som man har tillgång till är begränsade eller inte gör det möjligt att fullt ut fånga sektorns dynamik. I praktiken kan man ofta kombinera metoderna, t.ex. genom att välja modell på grundval av perioden före överträdelsen och göra en uppskattning av regression med hjälp av en s.k. dummyvariabel som använder data från båda perioderna (och vid behov tillåta effekterna av de andra oberoende variablerna att variera under överträdelseperioden och perioden utan överträdelse).

b. Åskådningsexempel

73. Ett enkelt exempel med en enda potentiell oberoende variabel visar de viktigaste stegen i en regressionsanalys. Anta att en prisjämförelse i mjölkartellexemplet ovan visar att det pris som bagerierna betalade under kartellperioden till malningsföretagen under överträdelseperioden var 20 % högre än det pris som bagerierna betalade till malningsföretagen före överträdelsen. Anta dessutom att det finns faktorer som tyder på att ökningen inte enbart beror på kartellen, utan att kostnaden för en viktig insatsvara (t.ex. spannmål) också steg kraftigt under överträdelseperioden. Därför är det oklart hur mycket av det höjda mjölpriset som beror på överträdelsen och hur mycket som beror på de ökade insatskostnaderna (de stigande spannmålspriserna).
74. Ett sätt att bringa klarhet i frågan skulle vara att använda data från en annan period eller en annan marknad där insatskostnaderna (spannmålspriset) var mer likartade och ingen överträdelse förelåg, men det kan finnas situationer där detta inte går⁷². Regressionsanalysen kan erbjuda ett verktyg för att ta hänsyn till denna variation i insatskostnader genom att visa det statistiska förhållandet mellan insatskostnader och priset på mjöl. För att göra en sådan analys kan man studera en mängd dataobservationer om insatskostnader (spannmålspriset) och priset på mjöl under den period som inte påverkades av överträdelsen⁷³. Genom att tillämpa statistiska

⁷⁰ Den s.k. prognosstrategin kallas ibland ”restmodellsstrategi”. Denna strategi förklaras i diagrammet i punkt 79 nedan.

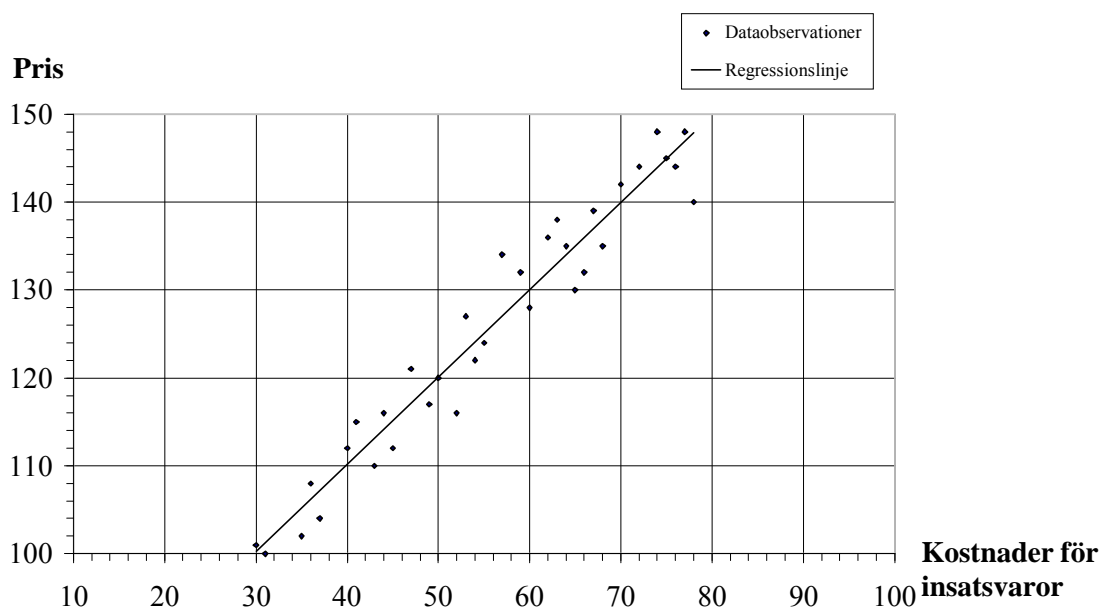
⁷¹ Denna s.k. dummyvariabel mäter om den intressanta variabeln har rört sig uppåt under överträdelseperioden.

⁷² Exempelvis på grund av att det inte finns tillförlitliga data från andra perioder (eller marknader) eller på grund av att sådana andra marknadsegenskaper (eller marknader) kraftigt skilde sig åt under andra perioder.

⁷³ Om möjligheten att även studera data från överträdelseperioden (överträdelsemarknaden), se punkt 82 nedan.

tekniker på dessa dataobservationer kan man fastställa ett mönster för hur spannmålspriset påverkade mjölpriset under en period då mjölpriset inte påverkades av överträdelsen. Man kan sedan få fram ett statistiskt förhållande mellan priset på mjöl och priset på spannmål under denna period. Genom att tillämpa vad man vet om detta förhållande på priset på mjöl under överträdelseperioden kan man eliminera den del av det höjda mjölpriset som inte kan tillskrivas överträdelsen utan de ökade insatskostnaderna. På så vis kan man göra en "prognos" av vad priset för mjöl hade varit utan kartellens överpris men inklusive den prisökning som beror på högre insatskostnader.

75. I diagrammet i följande åskådningsexempel visas hur man härleder ett sådant statistiskt förhållande. Diagrammet visar flera dataobservationer av insatskostnader (spannmålspriser) och motsvarande mjölpris vid samma tidpunkt under en period utan överträdelse. När spannmålspriset exempelvis vid en viss tidpunkt var 60 var mjölpriset 128. Det är möjligt att beräkna koordinaterna för den linje som bäst passar alla dataobservationer för att visa det statistiska förhållandet (korrelationen) mellan spannmålspriset och mjölpriset. I diagrammet nedan uttrycks priset som en linje. Det kan även uttryckas, och uttrycks vanligen, som en ekvation⁷⁴. Hur brant linjen är visar vilken ökning av mjölpriset som är kopplad till en viss ökning av spannmålspriset. I exemplet nedan visar det identifierade förhållandet t.ex. att en ökning av spannmålspriset från 50 till 60 motsvarar en ökning av priset på mjöl från 120 till 130. Eftersom en ökning av insatskostnaderna (spannmål) med 10 euro kan kopplas till en ökning av mjölpriset med 10 euro visar det statistiska förhållandet således att hela ökningen av denna insatskostnad övervältras.



⁷⁴

Uppskattningen av en regression av priset (som variabeln av intresse) jämfört med insatskostnaderna (som oberoende variabel) ger koordinaterna för denna linje. I exemplet används den vanliga minstakvadratmetoden för att beräkna koordinaterna för en rät linje som är placerad på minst möjliga avstånd ("minsta kvadrat") från uppsättningen datapunkter i diagrammet. Den vanliga minstakvadratmetoden är en vanlig statistisk metod för att uppskatta parametrar i en linjär regressionsmodell.

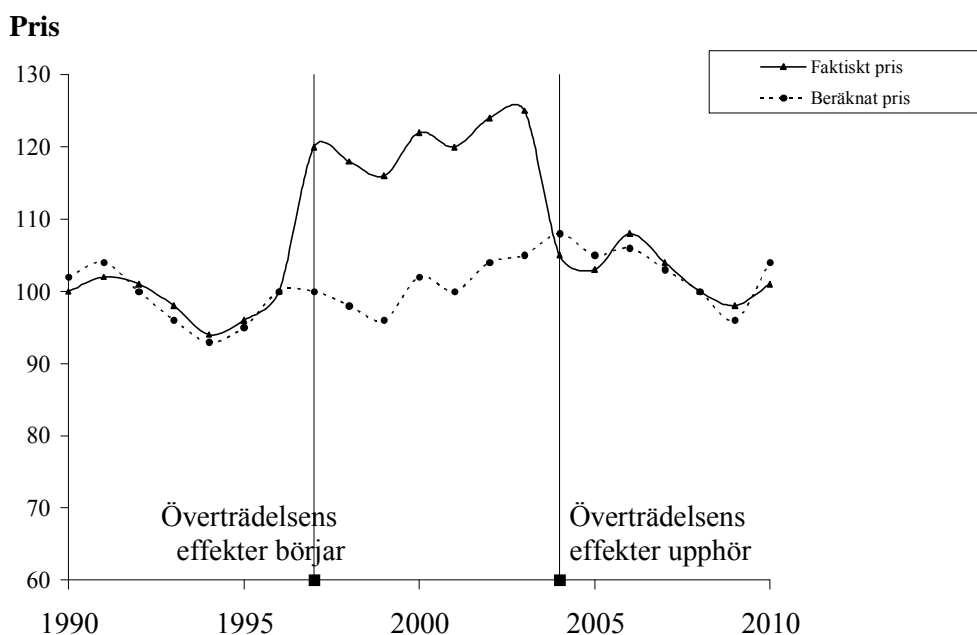
76. Genom att känna till mönstret för hur insatskostnaderna (spannmålspriset) påverkade mjölpriset utanför överträdelseperioden kan man uppskatta (göra en "prognos" av) hur mycket de observerade högre insatskostnaderna (spannmålspriset) påverkade mjölpriset under överträdelseperioden. Genom att undanta dessa effekter från prisjämförelsen kan man göra en mer tillförlitlig uppskattning av det överpris som överträdelsen orsakat än om man inte hade använt sig av regressionsanalys. Om mjölpriset i ovanstående exempel var 140 under överträdelseperioden, jämfört med 120 under perioden utan överträdelse, men insatskostnaderna (spannmålspriset) ökade från 50 till 60, skulle mjölpriset sannolikt inte ha legat på 120, utan på 130, utan kartellen.
77. Medan exemplet hittills enbart har rört en *enda* annan variabel (spannmålspriset som insatskostnad) som påverkat variabeln av intresse (mjölpriset) måste man vid användning av regressionsanalys i konkurrensärenden vanligtvis ta hänsyn till flera andra faktorer som påverkar variabeln av intresse (*multipl* regressionsanalys)⁷⁵. I så fall måste data observeras för alla ytterligare relevanta oberoende variabler och en regressionsekvation måste härledas från dessa data som speglar deras förhållande till variabeln av intresse. I ovanstående exempel kan det mycket väl vara så att malningsföretagen under överträdelseperioden inte bara var tvungna att betala ett högre pris för spannmål, utan även hade ökade energi- och arbetskostnader och införde en effektivare malnings- och förpackningsteknik. Allt detta kan ha påverkat priset på det mjöl de sålde till bagerierna under kartellperioden. För att identifiera det statistiska mönstret för hur dessa faktorer påverkat mjölpriset måste en rad dataobservationer för var och en av dessa oberoende variabler analyseras.
78. När man gör en regressionsanalys är det viktigt att ta hänsyn till alla relevanta variabler i ett specifikt ärende. Anta att varken svaranden eller kändanden, vid jämförelsen av det mjölpris en kvarn tog ut före och efter en överträdelse, använder en multipl regressionsanalys för att ta hänsyn till ovanstående faktorer potentiella påverkan på mjölpriset (dvs. spannmålspriser, energi- och arbetskostnader och malnings- och förpackningsteknik). Om det emellertid skedde en kraftig förändring av efterfrågan under kartellen (t.ex. högre efterfrågan på mjöl bland bagerier på grund av högre efterfrågan på bröd och kakor bland slutkonsumenterna) och om denna påverkan på priset inte beaktats i regressionsekvationen, kommer uppskattningen av överträdelsens effekter sannolikt att bli missvisande, trots den i övrigt heltäckande regressionsanalysen⁷⁶. Det är tillämplig nationell lagstiftning som, i enlighet med effektivitetsprincipen, avgör vilken part som är skyldig att åberopa och styrka fakta som ovanstående förändring av efterfrågan, eller i vilken mån de variabler som beaktas i regressionsanalysen är kompletta.
79. Grunden för varje beräkning av skada där en regressionsanalys används är därför det statistiska förhållandet mellan variabeln av intresse (t.ex. priset) och den relevanta förklarande variabeln eller variablerna uttryckt i en regressionsekvation. När man tillämpar prognosstrategin⁷⁷ är första steget en uppskattning med hjälp av en

⁷⁵ Kallas även "regressionsanalys med flera variabler", till skillnad från den "regressionsanalys med en enda variabel" som användes i exemplet ovan.

⁷⁶ Det är emellertid viktigt att inte bara inkludera alla relevanta faktorer i regressionsmodellen, utan även att avstå från att inkludera variabler som är tydligt irrelevanta (på grundval av kunskap om den berörda sektorn). Faktum är att uppskattningar av skada felaktigt kan sänkas (till och med ned till noll) om irrelevanta variabler inkluderas för att förklara prisvariationen i modellen.

⁷⁷ Alternativet är att använda strategin med en s.k. dummyvariabel, se punkt 69 ovan. Till skillnad från prognosstrategin uppskattar man med strategin med en dummyvariabel en överträdelses effekt i ett enda steg, genom att göra en regressionsanalys med hjälp av data från både överträdelseperioden och

regressionsekvation, där man använder sig av data från perioden utan överträdelse. I ett andra steg, där man använder denna regressionsekvation och de observerade värdena på dessa relevanta variabler under överträdelseperioden, kan man sedan uppskatta det pris de skadelidande parterna troligen hade varit tvungna att betala om överträdelsen inte hade ägt rum. I ett tredje steg ger skillnaden mellan detta troliga pris utan företrädelse och det pris som de skadelidande parterna faktiskt betalade en uppskattning av hur stort överpris överträdelsen ledde till. I diagrammet nedan illustreras det andra och tredje steget. Om man använder strategin med en s.k. dummyvariabel kombinerar regressionsanalysen alla tre stegen⁷⁸.



80. Den regressionsanalys som illustreras i detta diagram baseras på prognosstrategin, där en regression görs på data från före och efter överträdelsen för att i en ekvation fastställa det statistiska förhållandet mellan priset och diverse andra relevanta förklarande variabler (insatskostnader och andra relevanta faktorer). Genom att använda sig av denna ekvation och de observerade värdena för de relevanta förklarande variablerna kan man komma fram till en uppskattning av vad priset troligen hade varit utan överträdelsen (den streckade linjen). Den heldragna linjen är det faktiskt observerade priset. Skillnaden mellan den heldragna och streckade linjen är det uppskattade överpriset. Den streckade linjen utanför överträdelseperioden härleds också från regressionsekvationen och kan, genom jämförelse med de faktiskt observerade priserna utan överträdelse (den heldragna linjen), bidra till bedömningen av hur sannolika regressionsmodellens förutsägelser är.

perioden utan överträdelse. I exemplet ovan skulle man med denna strategi uppskatta kartellens effekt som den prisrörelse uppåt som observerades under kartellperioden (dvs. dummyvariabelns koefficient i regressionsekvationen) och som inte kan förklaras av förändringar i de befintliga variablerna, exempelvis råvarukostnader.

78

I det här fallet uppskattas regressionsekvationen med hjälp av data från både överträdelseperioden och perioden utan överträdelse, efter att hänsyn tagits till effekterna av andra förklarande variabler.

c. *Villkor för att kunna använda regressionsanalys*

81. För att göra en regressionsanalys måste man känna till diverse statistiska metoder för att mäta förhållandet mellan variabler, för att konstruera en lämplig regressionsekvation och för att beräkna hur precisa parametrarna i denna ekvation är. Dessutom måste man ha en god förståelse för hur sektorn i fråga fungerar, först och främst för att formulera rätt hypoteser när man konstruerar regressionsekvationen, men även för att göra rätt val när det gäller vilka faktorer som sannolikt har haft en betydande påverkan på variabeln av intresse (och som därför bör ingå i analysen). En förståelse av sektorn i fråga är dessutom nödvändig för att göra välunderbyggda val när det gäller vilka statistiska metoder som ska användas i en given situation, för att exempelvis ta hänsyn till ovanliga observationer (avvikande mätvärden) eller andra specifika drag i uppsättningar data. Om man inte tar hänsyn till denna aspekt, t.ex. genom att tillämpa specifika statistiska metoder⁷⁹ eller använda sig av dataobservationer som ligger utanför överträdelseperioden eller överträdelsemarknaden⁸⁰, kan man få resultat som inte är representativa, framför allt om de oberoende variablerna själva påverkats av överträdelser.
82. Utan en tillräcklig mängd dataobservationer kan man inte identifiera förhållanden mellan ekonomiska variabler med hjälp av statistisk analys. För att identifiera oberoende variablers effekt på variabeln av intresse behövs därför en tillräcklig mängd dataobservationer för alla variabler som bedöms. Regressionsanalys kräver därför vanligtvis omfattande data. Statistiska metoder kan emellertid hjälpa till att överbrygga vissa dataluckor eller eventuell snedvridning vid tolkningen av uppgifterna⁸¹. Det kan också finnas tillfällen där det kan vara meningsfullt med en analys av en mindre mängd dataobservationer.
83. I princip kan dataobservationer samlas in på olika aggregeringsnivåer. Om förhållandet mellan pris och insatskostnader ska analyseras kan man exempelvis bedöma serier av data som avser antingen det pris som togs ut vid enskilda transaktioner, det årliga genomsnittspriset inom sektorn eller – mellan dessa – månadsvisa data på företagsnivå som undersöks sida vid sida med serier av data för antingen enskilda insatskostnader per enhet eller genomsnittliga kostnader för sektorn. Genom att använda sig av data som inte aggregerats kan man analysera ett stort antal observationer och därmed få fram mer precisa uppskattningar. Om sådana oaggregerade data saknas eller den part som utför regressionsanalysen inte har tillgång till dessa uppgifter, kan analysen av aggregerade data fortfarande ge informativa resultat, särskilt om uppgifterna är mycket frekventa.
84. Tillgång till ett tillräckligt brett spektrum av dataobservationer och graden av dataaggregering är exempel på vikten av datatillförlitlighet och datarelevans för den ekonomiska analysen. De flesta dataset är ofullständiga, och alla relevanta fakta kan inte observeras eller mätas med hög precision. Därför bör dessa brister uttryckligen erkännas. Brister i tillgängliga data bör inte hindra en ekonomisk analys från att ges tillräcklig vikt, men slutsatser bör dras med försiktighet⁸².

⁷⁹ Exempelvis användning av instrumentvariabler, en ekonometrisk metod som kan tillämpas för att korrigera sådana systematiska avvikelser.

⁸⁰ Framför allt genom användning av prognosstrategin ovan, där värdet på de oberoende variabler som används i modellen för att förutsäga det kontrafaktiska värdet korrigeras för överträdelseeffekten på dessa variabler.

⁸¹ Exempelvis när en uppsättning dataobservationer inte är helt representativ.

⁸² För mer om vikten av datatillförlitlighet och datarelevans, se dokumentet från GD Konkurrens med titeln: *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning*

85. Om regressionsanalys används på rätt sätt och baseras på en tillräcklig mängd dataobservationer blir den beräkning av skada som man fått fram genom jämförelsebaserade metoder avsevärt exaktare. Det bör emellertid framhållas att till och med en mycket sofistikerad regressionsekvation bygger på en rad antaganden och endast kan ge uppskattningar (precis som varje annan metod som används för att förutsäga en hypotetisk situation). Därför finns det skäl att se över de antaganden som en regressionsekvation bygger på. I en specifik situation kan vissa antaganden vara lämpligare än andra, och leda till helt andra resultat.
86. Ett sätt att hantera den osäkerhet som råder kring uppskattningen är att ange resultaten inte som en punktskattning ("priset i ett scenario utan överträdelse är 10 euro"), utan som ett intervall ("priset i ett scenario utan överträdelse är mellan 9 och 11 euro"). Begreppet "konfidensintervall" — som är standard i statistiska sammanhang — används för att beskriva hur sannolikt det är att det sanna värdet ingår i ett intervall. Det är vedertaget i ekonomisk teori att en 95-procentig sannolikhet för att ett visst intervall innehåller det sanna värdet betraktas som en hög grad av säkerhet.
87. Ett liknande sätt att hantera den osäkerhet som råder kring uppskattningar är att hänvisa till begreppet "statistisk signifikans", som är standardsättet att testa om resultaten av en regressionsanalys är slumpmässigt eller om det faktiskt avspeglar en verklig korrelation. Detta kräver att en viss hypotes testas: På området skadeståndstalan skulle en sådan hypotes till exempel kunna vara huruvida kartellöverträdelsen faktiskt har en verklig effekt på priserna eller inte. Hypotesen att överträdelsen *inte* hade någon effekt (och att det pris som hade förelegat om överträdelsen inte hade ägt rum därför inte avviker från priset i ett överträdelsescenario) kallas "nollhypotesen". Regressionsanalys används därefter för att testa denna nollhypotes. Ett resultat av en regressionsanalys sägs vara statistiskt signifikant om det är möjligt att avvisa nollhypotesen eftersom det är mycket osannolikt att de observerade resultaten är slumpmässiga. I ekonomisk teori anses det av hävd att en sannolikhet på minst 95 % för att nollhypotesen avvisas gör det möjligt att fastställa att resultaten är "statistiskt signifikanta".
88. Såsom beskrivs ovan är det vedertaget i ekonomisk teori att både för begreppet "konfidensintervall" och "statistisk signifikans" använda ett tröskelvärde för sannolikhet på 95 %. Det bör framhållas att detta är ren konvention och att mer eller mindre stränga tröskelvärden (t. ex. en sannolikhet på 99 % eller 90 %) också kan ge användbar information. Orsaken är att den statistiska signifikansen delvis bestäms av antalet observationer i datasetet: Under i övrigt lika förhållanden ökar den statistiska signifikansen när urvalets omfattning ökar. Det är god praxis att ange vilket tröskelvärde för sannolikhet som valts. Vid skadeståndstalan åligger det domstolen att enligt gällande lag avgöra bevisvärdet i en sådan regressionsanalys och de processuella följder (särskilt vad gäller sakframställan och bevisbörda) en sådan analys kan leda till.
89. Om, av vilken part och i vilket skede av en rättegång som man utför en regressionsanalys beror bland annat på förekomsten och tillgången till data och bestämmelser i tillämplig lagstiftning om skyldigheten att göra sakframställan, utlämnande av bevismaterial, beviskrav och fördelning av bevisbörda mellan käranden och svaranden.

the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, på http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

90. De olika typerna av regressionsanalys som tas upp ovan (punkt 69 och följande punkter) kallas ibland för ”reducerade” strategier, eftersom de direkt uppskattar parametrar i en ekvation som i sin tur har härletts ur andra ekonomiska förhållanden (t.ex. samspelet mellan utbud och efterfrågan), utan att uttryckligen göra modeller av dessa. Som alternativ kan man konstruera ekonometriska modeller för att uppskatta dessa underliggande ekonomiska förhållanden. Även om sådana ekonometriska modeller, som brukar kallas ”strukturella” modeller, ofta bygger på särskilt hypotetiska antaganden kan de ge en djupare förståelse för den berörda marknaden och bilda en integrerad del av simuleringar för att uppskatta skador (vilket beskrivs närmare i avsnitt III.A).

(3) Val av teknik

91. I avsnitten 1 och 2 ovan beskrevs olika tekniker för att praktiskt genomföra jämförelsebaserade metoder. I varje specifikt ärende beror valet av metod på en rad olika aspekter, framför allt rättsliga krav och de faktiska omständigheterna i ärendet. I praktiken är överväganden som rör beviskrav och bevisbörda troligtvis mycket relevanta.
92. Ekonometriska tekniker kan öka tillförlitligheten vid uppskattningen av skadestånd. På så sätt kan de bidra till att uppfylla högre beviskrav om detta krävs enligt tillämpliga bestämmelser. Huruvida det krävs en regressionsanalys för att ett sådant krav ska uppfyllas (eventuellt vid sidan av annan tillgänglig bevisning), och vem som anses ha bevisbördan i denna fråga, är frågor som regleras i tillämplig lagstiftning, inklusive EU-rättens effektivitetsprincip. Man bör tänka på att det för att göra en ekonometrisk analys krävs vanligtvis en stor mängd dataobservationer som kanske inte alltid är tillgängliga. I ett specifikt skede av förfarandet behöver den part som har bevisbördan enligt de tillämpliga beviskraven dessutom kanske inte gå längre än de tekniker som nämndes i avsnitt 1 ovan. Så kan vara fallet om den nationella rättsordningen i fråga anser att de marknader eller perioder som jämförs är tillräckligt lika och att en uppskattning av skador med hjälp av en enkel jämförelse är tillräckligt tillförlitlig, och att en part i ett visst skede av förfarandet därför inte behöver lägga fram närmare bevisning. Med tanke på den uppskattning av skada som käranden har lagt fram, och de data som denne rimligtvis kan anses ha tillgång till, är det dessutom möjligt att det i rättsordningen föreskrivs att bevisbördan ska skifta från käranden till svaranden. I en sådan situation kan svaranden överväga att göra en regressionsanalys för att bestrida kärandens framställan.
93. Proportionalitetsfrågor kan också spela en viktig roll. Insamlingen av data och den ekonometriska analysen av dessa kan medföra oproportionerligt stora kostnader (inklusive kostnader för tredje man) i förhållande till det skadestånd som begärts, eller till och med överstiga detta. Liknande överväganden kan även behöva göras i samband med effektivitetsprincipen⁸³.
94. Domstolarna i EU har främst tillämpat enkla jämförelsebaserade metoder utan regressionsanalys, ofta sådana som bygger på medelvärden⁸⁴. De har även godtagit smärre justeringar av värdet på observerade data när det enkelt går att identifiera en faktor som särskiljer överträdelsemarknaden (eller överträdelseperioden) och en jämförelsemarknad (eller jämförelseperiod). Hittills har domstolarna i EU inte så

⁸³ Se ovan punkt 2 i del 1, avsnitt 1.

⁸⁴ Användningen av medelvärden godtogs t.ex. i det beslut som Landgericht Dortmund (delstatsdomstolen i Dortmund) meddelade den 1 april 2004 i mål nr 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise); WuW/DE-R 1352.

mycket erfarenhet av ekonometrisk analys vid skadeståndstalan i konkurrensmål⁸⁵, även om sådana metoder, som vi sett ovan, på ett värdefullt sätt kan bidra till att beräkna den skada som lidits på grund av överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget.

95. Domstolarna i EU tillämpar dessutom ibland en ”säkerhetsrabatt”, dvs. drar i enlighet med tillämplig lagstiftning av ett tillräckligt stort belopp från de observerade datavärdena för att ta hänsyn till den osäkerhet som råder kring uppskattningen av skadeståndet⁸⁶. Regressionsanalys kan också övervägas för att ta hänsyn till dessa andra eventuellt påverkande faktorer, och för att få fram en uppskattning av en nedre gräns för skadeståndet⁸⁷.

III. SIMULERINGSMODELLER, KOSTNADSBASERAD OCH FINANSIERINGBASERAD ANALYS OCH ANDRA METODER

96. Utöver jämförelsebaserade metoder finns andra metoder för att fastställa en uppskattning av den hypotetiska situationen utan överträdelse. Dessa andra metoder innefattar framför allt en simulering av marknadsresultat som bygger på ekonomiska modeller (A) och en strategi för att uppskatta ett sannolikt scenario utan överträdelse som bygger på produktionskostnader och en rimlig vinstmarginal (B).

A. *Simuleringsmodeller*

97. Simuleringsmetoder bygger på ekonomiska modeller av marknadsbeteende. Ekonomiska studier av hur marknader fungerar och hur företag konkurrerar med varandra har visat att marknader med vissa egenskaper kan göra det möjligt att förutse resultatet av samspelet på marknaden, exempelvis sannolika pris- eller produktionsnivåer eller vinstmarginaler. Den gren av den ekonomiska vetenskapen som kallas industriell organisation har utvecklat konkurrensmodeller för olika typer av marknader som kan simulera sådana resultat. Dessa modeller sträcker sig från monopolmodeller till modeller där det råder perfekt konkurrens.
98. Mellanliggande modeller som utformats för att återspegla företagets beteende på oligopolistiska marknader är de modeller som ursprungligen utformades på 1800-talet av ekonomerna Augustin Cournot och Joseph Bertrand. Bertrands oligopolmodell beskriver en marknad med relativt få företag (och höga hinder för att komma in på marknaden) som konkurrerar om pris, inte mängden producerade varor. Företag sätter sitt pris samtidigt baserat på det pris som de tror att deras konkurrenter kommer att ta ut. I denna modell stiger priserna i takt med graden av produktdifferentiering. Cournets oligopolmodell av konkurrensen beskriver en marknad med relativt få företag (och höga hinder för tillträde till marknaden) som konkurrerar om mängden varor de producerar. Innan de väljer vilket pris de ska ta ut fastställer de samtidigt sin kvantitet (eller kapacitet) på grundval av hur mycket var

⁸⁵ För ett exempel nyligen på förlorade vinster i ett mål rörande utestängande åtgärder, se det beslut som Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona (handelsdomstolen i Barcelona) meddelade den 20 januari 2011 i mål nr 45/2010 (Centrica Energía S.L.U. mot Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Exempelvis för att exkludera eventuella andra faktorerers effekter på variabeln av intresse. Se det beslut som Kammergericht Berlin (högsta delstatsdomstolen i Berlin) meddelade den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03 Kart. och det beslut som Oberlandesgericht Karlsruhe (högsta delstatsdomstolen i Karlsruhe) meddelade den 11 juni 2010 i mål nr 6 U 118/05.

⁸⁷ Förutom att tillhandahålla skadeståndsuppskattningar som redan tar hänsyn till andra faktorerers påverkan mäter regressionsanalys även dessa uppskattningars precision (i form av standardfelavvikelse). Detta ligger sedan till grund för fastställandet av en nedre (och övre) gräns för skadeståndet.

och en av dem tror att de andra företagen kommer att producera. Flera utvidgningar och variationer av Cournots och Bertrands modeller förekommer. Dessa innefattar framför allt dynamiska oligopolmodeller som baseras på spelteori⁸⁸ och som tar hänsyn till det upprepade samspelet mellan företag på marknaden⁸⁹.

99. Priserna är troligen högst (och försäljningsvolymerna minst) i ett monopol och sannolikt lägst (och försäljningsvolymerna störst) på en marknad där det råder perfekt konkurrens. Bertrands oligopol på marknader med differentierade varor⁹⁰ och Cournots oligopol leder vanligtvis till priser och försäljningsvolymerna som ligger någonstans mittemellan nivåerna på en marknad där det råder perfekt konkurrens och en marknad där det råder monopol. Det exakta resultatet beror bland annat på antalet företag på marknaden och hur svårt det är att komma in på marknaden, hur olika företagen och deras produkter är och andra egenskaper som utmärker den aktuella marknaden, exempelvis egenskaper som rör efterfrågan (framför allt hur känsliga kunderna är för prisförändringar) och producenternas kapacitet och kostnadsstruktur.
100. Baserat på sådana teoretiska insikter som kopplar marknadsresultatet, t.ex. i form av priset på en viss uppsättning marknadsegenskaper, kan man bygga upp simuleringsmodeller för att uppskatta det pris (eller andra variabler) som sannolikt skulle ha förekommit på marknaden om överträdelsen av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget inte hade ägt rum. Simuleringsmodellen bör konstrueras så att den kopierar a) de viktigaste faktorer som påverkar utbudet (särskilt hur företagen konkurrerar ("ömsesidig konkurrens")⁹¹ och företagets kostnadsstruktur), och b) efterfrågevillkoren (framför allt i vilken utsträckning kunder reagerar på prisförändringar). Dessa faktorer uttrycks som en uppsättning ekvationer där ett antal parametervärden måste ingå. Dessa värden kan vara kända, uppskattas ekonometriskt eller antas så att modellerna kan matchas med några variabler som har observerats. När man använder simuleringsmodeller för att konstruera ett scenario utan överträdelse måste man betrakta den marknadsstruktur och andra marknadsegenskaper som hade funnits om överträdelsen inte hade ägt rum som den relevanta marknadsstrukturen och de relevanta marknadsegenskaperna. Dessa kan motsvara marknadsstruktur och andra marknadsegenskaper som observerats i överträdelsescenariot, men kan även skilja sig från dessa⁹².

⁸⁸ Spelteorin är studien av hur människor och företag agerar i strategiska situationer där de måste ta hänsyn till hur andra reagerar på deras agerande.

⁸⁹ Att ta hänsyn till upprepat samspel mellan företag på en marknad kan vara värdefullt för att förklara exempelvis samordnat beteende mellan företag eller en ny konkurrents inträde på marknaden.

⁹⁰ På en marknad med homogena varor utan kapacitetsbegränsningar kommer Bertrands priskonkurrens däremot att leda till mycket konkurrenskraftiga resultat. Homogena varor är varor vars kvalitet och funktioner skiljer sig mycket litet åt.

⁹¹ Begreppet "ömsesidig konkurrens" används för att ange hur konkurrensen mellan företag ser ut, t.ex. (men inte begränsat till) konkurrens enligt Bertrands eller Cournots modell, hur företag avstår från att konkurrera med varandra (exempelvis vid hemlig samverkan som bryter mot konkurrensreglerna). Marknader där priset sätts via auktioner eller budgivning kan också vara föremål för modeller eftersom samspelet mellan konkurrenter ofta följer fasta regler (framför allt kan de priser eller den kvantitet produkter som en auktion eller budgivning som inte påverkas av en överträdelse sannolikt leder till uppskattas med hjälp av oligopolmodeller där spelteori tillämpas för att simulera konkurrenters troliga budgivningsbeteende i ett scenario utan överträdelse).

⁹² Eftersom överträdelsen kan ha lett till en ändring av marknadsstrukturen eller förhindrat förändringar på marknaden som annars hade ägt rum (t.ex. utslagning av en ineffektiv konkurrent), är de (hypotetiska) marknadsegenskaperna i scenariot utan överträdelse inte nödvändigtvis desamma som de som kunde observeras i överträdelsescenariot. Dessutom kan de marknadsandelar som observerats under en överträdelse kraftigt skilja sig från de marknadsandelar som skulle ha förekommit om överträdelsen inte hade ägt rum, eftersom kartellmedlemmar kan fördela marknaderna mellan sig.

101. Ett exempel kan åskådliggöra hur man med hjälp av modeller kan uppskatta skadestånd. I exemplet med en kartell på en differentierad produktmarknad (t.ex. chokladkonfektyr), kan en uppskattning av vad priset hade varit om överträdelsen inte hade ägt rum göras på följande sätt, genom att använda data från perioder utan överträdelse. Först gör man en uppskattning av hur efterfrågan på varje chokladprodukt varierar med priset på produkten (egen priselasticitet) och priset på konkurrerande produkter (korspriselasticitet)⁹³. För det andra bestämmer man sig för vilken modell som på lämpligt sätt avspeglar den ömsesidiga konkurrensen mellan företag under perioderna utan överträdelse (t.ex. Bertrands konkurrensmodell i exemplet med chokladkonfektyr). Med detta som grund kan man beräkna vid vilka priser företagens vinster maximeras med hänsyn till kostnadsparametrarna (t.ex. marginalkostnader) och efterfrågeparametrarna (t.ex. hur stor efterfrågan är)⁹⁴. Värdet på vissa av dessa parametrar kan sedan anpassas för att spegla relevanta förhållanden under överträdelseperioden (t.ex. genom att anta att kostnaden på kakaobönor stiger med 10 %). Med all denna information uttryckt i ekvationer kan man göra en simulering (under förutsättning att företagen strävar efter maximala vinster) av vilka priser som sannolikt kan ha tagits ut under överträdelseperioden. Kartellens överpris kan sedan uppskattas genom skillnaden mellan de observerade priserna och de simulerade priserna om överträdelsen inte hade ägt rum.
102. I detta exempel ställs extra höga krav på data och antaganden. Man kan tänka sig enklare simuleringsmodeller för att uppskatta skadeståndsbelopp, men de bygger i ännu högre grad på avgörande antaganden som är svåra att verifiera. Ett skadeståndsbelopp till följd av en priskartell kan exempelvis beräknas genom att man jämför monopolpriser (som syftar till att spegla priserna under kartellen) med de priser som förväntas enligt Cournots modell (som syftar till att spegla priserna i scenariot utan överträdelse). Man använder sig i så fall av data som marknadsandelar, kostnader och marknadspriselasticitet. En sådan metod är emellertid helt beroende av antagandena om ömsesidig konkurrens i scenarierna med överträdelse och scenarierna utan överträdelse och risken finns att dessa inte tillräckligt bra speglar det sätt som kartellen bedrev sin verksamhet under överträdelseperioden och hur konkurrensen hade sett ut om överträdelsen inte hade ägt rum.
103. Simuleringsmodeller kan inte bara användas för att uppskatta marknadsresultat i samband med priskarteller (eller andra överträdelser som leder till höjda priser) utan även vid utestängande beteende. En oligopolmodell kan exempelvis användas för att simulera en avskärmad konkurrents försäljningsvolym och marknadsandel om överträdelsen inte hade ägt rum.
104. Varje modell som simulerar marknadsresultat är en ungefärlig uppskattning av verkligheten och bygger på teoretiska och ofta faktiska antaganden om marknadsegenskaper och producenters och kunders troliga beteende. Även om modeller till sin natur bygger på en förenkling av verkligheten kan de i vissa fall ge användbara insikter om vad ett sannolikt skadeståndsbelopp bör ligga på. Att påpeka att en modell bygger på till synes förenklade antaganden bör därför inte räcka i sig för att avvisa den. I stället bör man fundera över hur troligt det är att resultatet

⁹³ Rent tekniskt innebära detta att man blir tvungen att uppskatta ett efterfrågesystem, vilket är ett exempel på den ekonometriska analys som nämndes i punkt 90.

⁹⁴ Värdet på dessa parametrar (t.ex. värdet för de marginalkostnader som används i beräkningen) under perioden utan överträdelse kan fastställas så att de härledda priserna och volymerna motsvarar observerade data.

påverkats av vissa av de förenklingar som görs. Att konstruera en heltäckande modell som reproducerar en rad särdrag för marknaden i fråga kan, om den kan konstrueras och utvärderas på ett bra sätt, öka sannolikheten för att simuleringsresultatet är en rimlig uppskattning av det hypotetiska scenariot utan överträdelse. Även mycket omfattande modeller är emellertid oerhört beroende av att man gör rätt antaganden, framför allt när det gäller de centrala frågorna om hur konkurrens och efterfrågan hade sett ut i scenariot utan överträdelse. Dessutom kan utarbetandet av komplexa simuleringsmodeller vara tekniskt krävande och kräva en stor mängd data som den skadelidande parten kanske inte har tillgång till. Det kan också vara svårt att göra en tillräckligt tillförlitlig uppskattning av denna mängd data.

105. Trots detta kan både enkla och mer komplexa simuleringsmodeller ge värdefulla insikter vid uppskattningen av vilket resultat en marknad hade producerat utan en överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget. Om, och i vilket skede av förfarandet, det enligt de interna rättsordningarna bedöms vara lämpligt att använda sig av ekonomisk simulering, och när resultatet av en sådan simulering bedöms vara tillräckligt tillförlitligt, beror på de specifika omständigheterna i det aktuella ärendet och kraven i tillämplig lagstiftning.

B. Kostnadsbaserade och finansieringsbaserade metoder

106. Andra sätt att uppskatta de priser som sannolikt hade tagits ut om det inte hade förekommit någon överträdelse är att använda sig av den kostnadsbaserade metoden⁹⁵ eller metoder baserade på käre eller svarande företags ekonomiska resultat (finansiellt baserade metoder).
107. Den kostnadsbaserade metoden innebär att man använder någon form av produktionskostnad per enhet och gör ett påslag med den vinst som hade varit ”rimlig” i scenariot utan överträdelse. För att få en uppfattning om överpriset kan man jämföra det uppskattade pris per enhet utan överträdelse som man får fram med det pris per enhet som faktiskt togs ut av det eller de företag som medverkade till överträdelser⁹⁶.
108. Beroende på den berörda sektorns egenskaper kan olika typer av produktionskostnader lämpa sig för den kostnadsbaserade metoden. Det är emellertid viktigt att se till att kostnader och marginaler behandlas på ett konsekvent sätt. Om varierande kostnader (dvs. kostnader som varierar med produktionsnivån) ligger till grund för beräkningen bör bruttomarginalen (dvs. marginalen efter avdrag för varierande kostnader) läggas till för att beräkna priset. Den relevanta kostnaden för att fastställa priset behöver inte heller bara vara det överträdande företags kostnader, utan kan även vara en av dess konkurrenters kostnader (t.ex. om priset på marknaden avgörs av den minst effektiva producenten).

⁹⁵ Denna metod kallas även ”kostnadsplusmetoden” eller ”nedifrån-och-upp-kostnadsmetoden”. Den tas upp, som kompletterande metod i ärenden där jämförelsebaserade metoder inte lämpar sig, i det beslut som Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen) meddelade den 19 juni 2007 i mål nr KBR 12/07 (pappersgrossistkartell).

⁹⁶ Vanligtvis används den kostnadsbaserade metoden för att beräkna vilket överpris som tagits ut. Metoden, eller delar av den, kan emellertid även användas för att beräkna andra former av skada, exempelvis avskärmade konkurrenters uteblivna vinst. I exempelvis det beslut som Oberlandesgericht Düsseldorf (högsta delstatsdomstolen i Düsseldorf), meddelade den 16 april 2008 i mål nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf), uppskattas en utestängd konkurrents uteblivna vinst genom att man studerar konkurrentens kostnader och den sannolika vinstmarginalen uttryckt som en del av dessa kostnader.

109. Det första steget i den kostnadsbaserade metoden är att fastställa produktionskostnaden per enhet. Kostnader per enhet kan uppskattas genom att man delar de faktiskt relevanta produktionskostnader som det eller de företag som har medverkat till överträdelsen har haft för den relevanta affärsverksamheten med det totala antalet produkter som har producerats. Detta är ganska enkelt om företag eller separata affärsdivisioner inom företagen enbart producerar en huvudprodukt. Sådana företag eller företagsdivisioner publicerar ibland sina kostnadsuppgifter eller offentliggör denna information i offentliga register, som en del av sina reviderade räkenskaper. I andra fall är det svårare att få tillgång till data och svårare att få fram hur kostnaderna för den produkt som påverkas av överträdelsen fördelar sig. Om det finns bokföringsuppgifter att tillgå kan det bli nödvändigt att göra vissa justeringar, eftersom vad som räknas som kostnader i bokföringen kan skilja sig från vad som räknas som kostnader i rent ekonomiska termer.
110. Ibland är de observerade produktionskostnaderna under överträdelsen inte representativa för de produktionskostnader som ett företag hade haft om överträdelsen inte hade ägt rum. Detta kan framför allt ha två orsaker. Vid en överträdelse av artikel 101 i fördraget kan företag som har stängt ute konkurrenter sakna den konkurrens från en konkurrent som hade förekommit i ett scenario utan överträdelse. För det första gör detta att de fungerar mindre effektivt och därför drar på sig högre produktionskostnader än om de hade varit utsatta för konkurrens. För det andra kan överträdande företag begränsa produktionen och kan under överträdelseperioden därför gå miste om stordriftsfördelar som skulle ha lett till lägre produktionskostnader. Om det finns tecken som tyder på att det råder en sådan situation kan det vara lämpligt att justera det eller de överträdande företagens observerade kostnadsdata. Om en sådan justering inte görs kan de observerade kostnaderna, om den kostnadsbaserade metoden används, fortfarande bidra till att uppskatta en nedre gräns för det eventuella överpris som har tagits ut.
111. Det andra steget i den kostnadsbaserade metoden kräver att man uppskattar en ”rimlig” vinstmarginal som ska läggas på produktionskostnaderna per enhet. Det finns olika sätt att uppskatta en ”rimlig” vinstmarginal. De bygger antingen på en jämförelse över tid eller mellan marknader, eller på ekonomiska modeller, och har därför likheter med de metoder som beskrevs i föregående avsnitt. En uppskattning av den vinstmarginal som det är rimligt att förvänta sig i ett scenario utan överträdelse kan exempelvis härledas från liknande företags vinstmarginaler på en jämförande geografisk marknad som inte påverkats av överträdelsen, eller på jämförbara produktmarknader⁹⁷. På liknande sätt kan det överträdande företags (eller ett liknande företags) vinstmarginal under perioden före eller efter överträdelseperioden användas som grund för uppskattningen. Båda dessa jämförelsebaserade metoder bygger på antagandet att referensperioden, referensmarknaden eller referensföretaget är tillräckligt lika⁹⁸, framför allt med avseende på marknadsegenskaper som är relevanta för vinstmarginaler, exempelvis graden av konkurrens på marknaden⁹⁹, producenternas kostnadsstruktur (inklusive innovationskostnader), utnyttjandet och begränsningar av företagens kapacitet. Det är

⁹⁷ Beslut meddelat av Bundesgerichtshof (den tyska högsta förbundsdomstolen) den 19 juni 2007 i mål nr KBR 12/07 (pappersgrossistkartell), i vilket man hänvisar till vinstmarginalen i ”jämförbara företag”.

⁹⁸ För relevanta överväganden i fråga om tillräcklig likhet, se punkterna 38–58 i del 2, avsnitt II, ovan.

⁹⁹ T.ex. om konkurrensen hade varit så stark att priset hade drivits ned mot marginalkostnaderna (som man antar i modellen med en marknad där det råder perfekt konkurrens) eller om vinstmarginalerna på grund av en oligopolisk struktur skulle ha varit högre även om det inte hade förekommit någon överträdelse.

inte alltid lätt att verifiera dessa antaganden, eftersom många olika faktorer och strategiska beslut troligen avgör hur ett företag fastställer sitt pris och sin vinstmarginal.

112. Ett annat sätt att uppskatta en ”rimlig” vinstmarginal är att göra en bedömning av hur konkurrensen och marknadsegenskaperna hade sett ut utan överträdelse och att sluta sig till en trolig vinstmarginal från de insikter som industriella organisationsmodeller ger¹⁰⁰. Utan överträdelse kan priserna exempelvis tendera att närma sig kostnaderna på grund av att varorna är relativt homogena och på grund av överkapacitet på marknaden. I sådana fall skulle producenternas troliga vinstmarginal vara relativt liten¹⁰¹.
113. Ovanstående visar tydligt att både uppskattningen av troliga kostnader utan överträdelse och uppskattningen av en ”rimlig” vinstmarginal i praktiken kan kräva att man måste ta ställning till en rad svåra frågor. Dessutom förutsätter den kostnadsbaserade metoden att man har tillgång till data som motparten eller en tredje man kanske förfogar över. Trots det kan den, beroende på omständigheterna i det aktuella ärendet och kraven enligt tillämplig lagstiftning, ge värdefulla insikter som kan underlätta uppskattningen av den skada som lidits genom en överträdelse av antitrustreglerna.
114. I metoder baserade på finansiell analys tas det käreande eller svarande företags ekonomiska resultat som utgångspunkt för att uppskatta om käreanden lidit skada och beloppet av denna skada.
115. Om käreanden i ett skadeståndsmål är ett företag och överträdelsen har vållat detta företag skada kan en analys av företags ekonomiska situation (särskilt dess lönsamhet) ge värdefulla insikter i den berörda skadan. Detta kan vara särskilt användbart i fall där det görs anspråk på utebliven vinst, exempelvis om en konkurrent olagligt utestängs från en marknad.
116. På grundval av detta kan standardmetoder för att bedöma ett företags lönsamhet (t.ex. nettonuvärdesmetoden där man beräknar nuvärdet av ett företags framtida kassaflöden) användas för att ge inblick i beloppet av skada. Likaså kan metoder för verksamhetsvärdering, inklusive redovisningsmetoder, ge värdefulla insikter.
117. För alla dessa metoder måste det lämpliga kontrafaktiska scenariot fastställas: När den faktiska lönsamheten för det käreande företaget har beräknats måste det bedömas hurudan lönsamheten hade varit om överträdelsen inte hade ägt rum. Det går att bygga upp detta kontrafaktiska scenario genom att använda uppgifter om lönsamheten för en jämförelsemarknad — detta tillvägagångssätt liknar då de jämförelsebaserade metoder som diskuteras ovan¹⁰². Den käreandes lönsamhet före och efter det överträdelsen skulle till exempel kunna användas för att konstruera ett scenario utan överträdelse. Det är också möjligt att använda en alternativ standard för att konstruera ett kontrafaktiskt scenario. En möjlighet i detta avseende är att använda kapitalkostnaden som riktmärke: Denna åtgärd beskriver den lägsta vinstmarginal som är nödvändig i en viss bransch för att locka till sig kapital och det

¹⁰⁰ Se punkt 97 och följande i del 2, avsnitt III, ovan.

¹⁰¹ Kapitalkostnad (dvs. kostnaden för ett företag att få kapital på marknaden) betraktas ibland som en uppskattning av en ”rimlig” vinstmarginal i sådana ärenden. Om ingen överträdelse har ägt rum kan det emellertid vara stor skillnad mellan marginaler och kapitalkostnader, exempelvis om det inte råder perfekt konkurrens på marknaden eller om det finns företagsspecifika kostnadsfördelar för vissa firmor, eller om efterfrågan och utbudet plötsligt ändras radikalt.

¹⁰² Se mer om detta i punkt 32 och följande.

kan därför vara lämpligt att anta att företaget i fråga åtminstone skulle ha uppnått denna minimivinst i ett scenario utan överträdelse.

118. En fördel med ekonomiska metoder är att den information som krävs för att tillämpa dem i vissa fall kan innehas av företag på grund av redovisningskrav, eller rentav vara allmänt tillgängliga, vilket kan vara fallet för börsnoterade företag.

C. Andra metoder

119. De metoder som beskrivs i denna praktiska vägledning är de vanligast förekommande metoderna inom rättspraxis och vetenskaplig forskning. Det rör sig emellertid inte om någon uttömmande förteckning, främst eftersom de beskrivna metoderna kan utvecklas ytterligare eller andra metoder kan utvecklas.
120. För det andra finns det metoder som *inte* diskuteras i denna praktiska vägledning som dock kan visa sig användbara, särskilt för att fastställa övre och nedre gränser¹⁰³ eller för att göra en ungefärlig uppskattning¹⁰⁴ av den skada som lidits. Särskilt när det i rättsordningarna ges möjlighet att göra en ungefärlig uppskattning har nationella domstolar valt pragmatiska tekniker i stället för en strikt tillämpning av de metoder som beskrivs i avsnitt A och B för att fastställa ett skadestånd till de skadelidande parterna. I mål där ett nytt företag på marknaden har tvingats bort från marknaden i strid med artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget har ibland affärsplaner använts¹⁰⁵ som en källa till information om de troliga vinsterna från affärsverksamheten, även om dessa i vissa fall har justerats beroende på omständigheterna på marknaden eller genom att använda data från en jämförbar marknad eller ett jämförbart företag.
121. Det är upp till de nationella domstolarna att i enlighet med tillämplig lagstiftning fastställa om en viss metod kan godtas för att beräkna skada i ett specifikt ärende, under förutsättning att effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen i EU-rätten respekteras.

IV. VAL AV METODER

122. Var och en av de metoder som beskrivs i avsnitten II och III ovan kan i princip ge värdefulla insikter vid alla former av överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget och de olika typer av skador som dessa överträdelser vanligtvis leder till. Framför allt gör metoderna det möjligt att uppskatta inte bara det olagliga överprisbeloppet i en priskartell utan även exempelvis försäljningsvolym och utebliven vinst för ett företag som lidit skada genom att en dominant konkurrent har stängt ute det från marknaden.
123. Det bör framhållas att det bara är möjligt att uppskatta, inte med säkerhet exakt mäta, hur det hypotetiska scenariot utan överträdelse troligen hade sett ut. Det finns ingen metod som kan sägas vara bättre än någon annan för alla ärenden. Var och en av de metoder som beskrivits ovan har särskilda egenskaper, styrkor och svagheter som gör att de passar mer eller mindre bra för att uppskatta den skada som lidits under vissa

¹⁰³ Man kan exempelvis få fram en uppskattning av ett skadestånds övre gräns genom att göra en analys av kritisk förlust. Med hjälp av denna teknik kan man vid en prisökning göra en bedömning av vilken kvantitetsminskning som skulle göra prisökningen olönsam.

¹⁰⁴ Vid första anblicken skulle kontrafaktiska vinster exempelvis kunna identifieras genom att man använder kapitalkostnaden som riktmärke och antar att företaget utan överträdelsen hade tjänat in kapitalkostnaden, vilket utgör minimiavkastningen för de som har investerat kapital i ett företag. Se fotnot 102 om begränsningarna med denna metod.

¹⁰⁵ Se exempelvis den dom som Højesteret (Danmarks högsta domstol) meddelade den 20 april 2005 i mål UFR 2005.217H (GT Linien A/S mot De Danske Statsbaner DSB och Scandlines A/S).

specifika omständigheter. Framför allt skiljer sig metoderna åt när det gäller i vilken utsträckning de är enkla att tillämpa, i vilken utsträckning de bygger på data som kommer från faktiskt samspel på marknaden eller på antaganden som bygger på ekonomisk teori och i vilken utsträckning de tar hänsyn till andra faktorer än överträdelsen som kan ha påverkat parternas situation.

124. Man måste inom ramen för tillämplig lagstiftning avgöra vilken strategi för att beräkna skada som är lämpligast i de specifika omständigheterna i ett visst ärende. Vid sidan av beviskrav och bevisbörda i enlighet med tillämplig lagstiftning kan relevanta inkludera överväganden tillgången till data, de kostnader och den tid som måste avsättas och deras proportion i förhållande till värdet på skadeståndsanspråket i fråga. De kostnader som ska övervägas kanske inte bara är de kostnader som uppkommer när den part som har bevisbördan använder sig av metoden, utan kan även inkludera kostnaderna för motparten att bestrida denna parts framställan och kostnaderna för rättssystemet när domstolen bedömer metodens resultat, eventuellt med hjälp av en expert som domstolen har utsett. En skadelidande parts kostnader och bevisbörda, och om dessa kan anses vara proportionerliga, kan också vara särskilt viktiga när man vill försäkra sig om att effektivitetsprincipen har respekterats¹⁰⁶. Dessutom kan det beslut som fattas inom ramen för tillämplig lagstiftning om vilken av de metoder och tekniker som beskrivits i denna praktiska vägledning som ska användas också vara beroende av tillgången på bevis, exempelvis dokumentation från företagen om hur affärerna har gått och som visar att en olagligt överenskommen prisökning faktiskt har genomförts till ett visst belopp.
125. I ett visst ärende planerar man kanske att använda *flera* metoder (t.ex. jämförelse över tid och jämförelse mellan geografiska marknader), antingen alternativa eller kumulativa metoder. När två olika metoder ger liknande resultat kan det hända att domstolarna tillmäter uppskattningen, eventuellt en nedre gräns för skadeståndet, större bevisvärde. När användningen av två metoder däremot ger resultat som tycks motsäga varandra (särskilt när två motparter använder sig av två olika metoder) är det vanligtvis olämpligt att bara ta medelvärdet av de två resultaten, och det vore inte heller lämpligt att anse att de två motstridiga resultaten uppväger varandra och därför avstå från att tillämpa någon av metoderna. Det är lämpligare att undersöka varför resultaten avviker och att noggrant pröva varje metods styrkor och svagheter och dess tillämpning i det aktuella ärendet.

¹⁰⁶

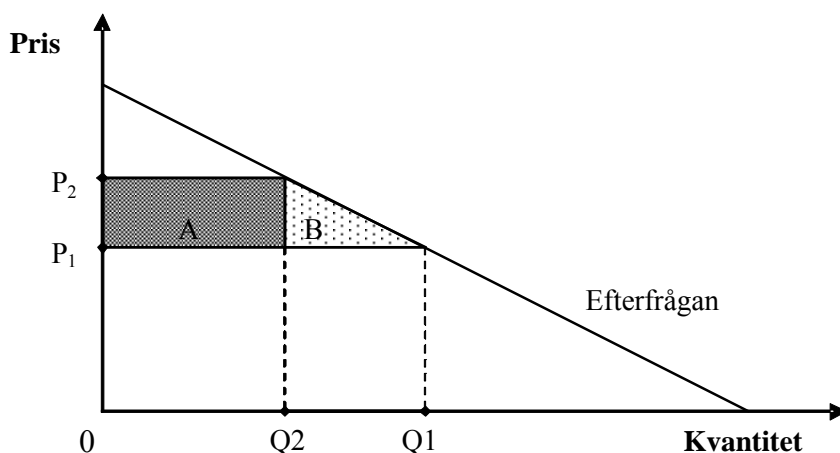
Se ovan punkt 2 i del 1, avsnitt 1.

Del 3 — Beräkning av skada orsakad av en prishöjning

I. EFFEKTER AV ÖVERTRÄDELSER SOM LEDER TILL EN PRISHÖJNING

126. Verksamhet som strider mot konkurrensreglerna kan leda till en höjning av de priser som det överträdande företags direkta och ofta även indirekta kunder¹⁰⁷ betalar för den berörda produkten. Det överträdande företags direkta kunder är de som köper en produkt direkt från det överträdande företaget. Indirekta kunder är de som köper en produkt som berörs av överträdelsen från en sådan direkt kund eller från andra indirekta kunder.
127. Typiska exempel på överträdelser som leder till sådana prishöjningar är priskarteller, eller aggressiv prissättning av ett dominant företag. Kunder kan även påverkas av verksamheter som begränsar produktionen eller delar upp kundunderlag eller marknader – en snedvridning av konkurrensen som i sin tur vanligtvis leder till höjda priser. En annan typ av skada orsakas när överträdelser påverkar konkurrenternas ställning på marknaden på ett negativt sätt. Beräkningen av sådan skada och dess konsekvenser för kunderna diskuteras i del 4 nedan.
128. När det gäller överträdelser som leder till att priset på de berörda produkterna höjs kan man urskilja två huvudtyper¹⁰⁸ av skador:
- (c) Skador som orsakas av att det överträdande företags direkta och indirekta kunder är tvungna att betala mer för varje produkt de köper än de skulle gjort om överträdelsen inte hade ägt rum ("överpris"). Denna typ av skada diskuteras närmare i avsnitt II.
 - (d) Skador som orsakas av den s.k. "volymeffekten", dvs. att prishöjningen gör att man inte i lika stor utsträckning köper de berörda produkterna. Denna typ av skada diskuteras närmare i avsnitt III.

Följande figur ger en stiliserad bild av dessa två effekter:



¹⁰⁷ I vissa fall kan företag som inte själv bryter mot konkurrensreglerna höja sina priser, eftersom överträdelsen har lett till högre marknadspriser. De kunder som köper produkter från dessa företag kallas ibland för "paraplykunder". I vilken mån sådana kunder kan göra skadeståndsanspråk för den skada som det överträdande företaget har orsakat beror på den tillämpliga lagstiftningen.

¹⁰⁸ För andra typer av skada, se punkt 22 i del 1, avsnitt III, ovan.

129. P1 är det pris som tas ut om ingen överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget påverkar marknaden. På en marknad där det råder perfekt konkurrens är detta pris lika med leverantörens kostnads för att tillverka en enhet till (marginalkostnaden). På många marknader råder det emellertid inte perfekt konkurrens och på dessa marknader kommer priserna utan överträdelse att ligga över marginalkostnaderna. Vid priset P1, är Q1 den kvantitet av produkten som kunderna köpt.
130. P2 är det högre priset till följd av en överträdelse som påverkat priset. Detta leder i sin tur till lägre efterfrågan (Q2) eftersom vissa kunder kommer att tycka att det högre priset överstiger värdet av att äga produkten eller utnyttja tjänsten. Denna effekt kallas ”volymeffekten” eller ”den kvantitativa effekten”. I vilken utsträckning höjda priser påverkar efterfrågan beror på efterfrågans elasticitet. Efterfrågans elasticitet är ett mått på hur mycket den mängd av en viss produkt som säljs på en specifik marknad varierar procentuellt som reaktion på en enprocentig prisökning för en viss efterfrågenivå, och ger en bra fingervisning om hur stor volymeffekt små prishöjningar har.
131. Rektangel A representerar det värde som överförs från kunden till de överträdande företagen till följd av överträdelsen. De kunder som köper till det högre priset P2 är tvungna att överföra mer pengar till det eller de företag som medverkar i överträdelsen för att få produkten. De kan begära ersättning för att ha varit tvungna att betala mer, och i avsnitt II förklaras närmare hur denna skada beräknas.
132. Triangel B representerar volymeffekten, och därmed det värde som de kunder gick miste om som skulle ha köpt produkten för priset P1, men som avstod från detta när priset höjdes till P2¹⁰⁹.
133. Vissa kunder använder den berörda produkten i sin egen affärsverksamhet — exempelvis för att sälja den vidare eller för att tillverka andra varor. När de inte köper till pris P2 (eller köper en mindre mängd varor), går de miste om den vinst de hade gjort om de hade kunnat köpa till pris P1. De kan kräva skadestånd för denna uteblivna vinst och i avsnitt III beskrivs närmare hur denna skada beräknas. Andra kunder är slutkonsumenter. Om de inte köper till pris P2 får de inte möjlighet att utnyttja dessa produkter eller tjänster, för vilka de hade varit beredda att betala pris P1¹¹⁰. Tillämplig lagstiftning kan innehålla föreskrifter om att viss eller all sådan skada som innebär att man gått miste om att utnyttja produktens användbarhet ska ersättas. Åtminstone måste slutkonsumenter som får högre kostnader (exempelvis för att köpa en ersättningsvara) och som därför har lidit en verklig förlust¹¹¹ kunna få ersättning.
134. Ovanstående redogörelse sammanfattar de grundläggande marknadseffekterna av en överträdelse som leder till *högre* försäljningspris. Överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget kan även beröra efterfrågesidan och leda till lägre inköpspriser än de priser som betalats av de överträdande företagen i deras egen produktförsörjning, exempelvis vid en kartell av köpare eller missbruk av

¹⁰⁹ För hela ekonomin representerar denna triangel därför kundernas värdetförlust till följd av minskad produktion. Medan överpriset påverkar fördelningen av tillgångar inom ekonomin, visar triangel B den välfärdsförlust som överträdelsen leder till. Inom ekonomisk forskning kallas detta för ”dödviktsförlust”.

¹¹⁰ Man kan även tänka sig att kunder kan ha varit beredda att betala ett högre pris än P1, men ett lägre pris än P2.

¹¹¹ För detta rättsliga begrepp, se domen av den 13 juli i de förenade målen C-295/04 till C-298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619, punkt 95.

dominerande ställning på marknaden gentemot kartellens leverantörer. I sådana fall leder priseffekterna till ett ”underpris” för leverantören och det överträdande företaget, och dessutom ofta till ett överpris på marknader i ett senare led, dvs. för det överträdande företags direkta och indirekta kunder¹¹². Samma metoder som används för att beräkna ett överpris kan i princip användas för att beräkna ett underpris, dvs. det lägre pris som betalas av medlemmarna i en kartell av köpare jämfört med deras leverantörer.

135. Samma metoder kan i princip också användas¹¹³ när det vid en första anblick inte verkar förekomma överpriser, eftersom överträdelsen har bidragit till att på ett konstgjort sätt stabilisera priserna under en viss tidsperiod då priserna skulle ha minskat under normala marknadsförhållanden (dvs. utan överträdelse). I det följande omfattar begreppet ”överpris” även dessa situationer.

II. BERÄKNING AV ÖVERPRIS

136. Olika typer av överträdelser leder direkt eller indirekt till överpriser. Skadeståndstalan i antitrustärenden handlar ofta om överpriser som orsakats av karteller, vilket behandlas i avsnitt A nedan. Beräkningen av överpriser som orsakats av andra typer av överträdelser behandlas i avsnitt B nedan.

A. Beräkning av överpriser orsakade av karteller

137. I en skadeståndstalan är det nödvändigt att – inom ramen för tillämplig lagstiftning – beräkna det överpris som en eller flera käranden har betalat. Effekterna av karteller har analyserats i ekonomiska och rättsliga studier. Vissa av de insikter som dessa studier har gett anges i avsnitt 1.
138. I en skadeståndstalan är det bra att kunna skilja mellan det inledande överpris som det överträdande företags direkta kund har betalat (se avsnitt 2 nedan) och den eventuella skada som ett sådant överpris orsakar indirekta kunder på olika nivåer i leverantörskedjan (avsnitt 3).

(1) Effekter av karteller

139. Karteller består av avtal och överenskommen praxis mellan två eller fler företag som syftar till att påverka konkurrensparametrar genom åtgärder som fastställande av inköps- eller återförsäljningspris eller andra handelstransaktioner, uppdelning av produktions- eller försäljningskvoter eller uppdelning av marknader (inklusive uppgjord anbudsgivning). För att ta reda på om sådana verksamheter innebär en överträdelse av artikel 101 i EUF-fördraget behöver man inte beräkna de konkreta effekterna av en sådan verksamhet, eftersom själva syftet med kartellavtalet är att förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen¹¹⁴.

¹¹² För att få ned priset på insatsvaror kommer kartellmedlemmar/köpare med en dominerande ställning på marknaderna i ett senare led att begränsa sina inköp av insatsvaror och därigenom minska försäljningen av de färdiga produkterna och höja priset i ett senare led.

¹¹³ Det är uppenbart att det skulle vara olämpligt att endast använda den metod som baseras på en jämförelse mellan tidsperioder i jämförelsevarianten ”före och under” (dvs. en jämförelse mellan priserna vid överträdelsen och priserna före överträdelsen), såvida inte en regressionsanalys eller enkla justeringar görs för att ta hänsyn till de faktorer som skulle leda till en prissänkning under normala marknadsförhållanden (t.ex. lägre råvarukostnader).

¹¹⁴ Förstainstansrätten domar i de förenade målen T-25/95 osv., Cimenteries CBR SA mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, 837, 1531, 2589; mål T-202/98, Tate & Lyle mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkterna 72-74. Meddelande från kommissionen: Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97, punkterna 20–23.

140. Om kartellmedlemmarna överträder konkurrensreglerna utsätter de sig för risken att detta upptäcks och riskerar därmed att bli föremål för ett beslut om överträdelse, vilket leder till böter. Det faktum att företag trots detta deltar i denna typ av olaglig verksamhet tyder på att verksamheten ger betydande fördelar, dvs. att de förväntar sig att kartellen ska få effekt på marknaden, och därmed deras kunder¹¹⁵.
141. I en studie som kommissionen har låtit göra undersöktes de empiriska bevisen för att överpriseffekter förekommer och omfattningen av dessa¹¹⁶. Studien bygger på en mängd befintliga empiriska studier om kartellers effekter. Framför allt förfinas studien av det urval av karteller som undersöks i den mest omfattande studie som har gjorts, genom att man enbart tar upp a) karteller som inletts efter 1960 (och på så sätt enbart tar hänsyn till de senaste kartellerna), b) karteller för vilka det funnits tillgång till en uppskattning av det genomsnittliga överpriset (i stället för bara en uppskattning av det högsta respektive lägsta överpriset), c) karteller för vilka den relevanta bakgrundsstudien uttryckligen förklarar metoden för att beräkna det genomsnittliga överpriset och d) karteller som diskuterats i kollegial granskning av vetenskapliga artiklar eller bokkapitel¹¹⁷. Även om man måste vara lite försiktig med hur man tolkar resultaten¹¹⁸ innehåller den studie som kommissionen låtit göra vissa användbara uppgifter om kartellers effekter.
142. Utifrån de data som observerats har man i denna studie kommit fram till att kartellen har lett till ett överpris i 93 % av alla undersökta kartellärenden. När det gäller överprisets storlek visade studien följande resultat:¹¹⁹

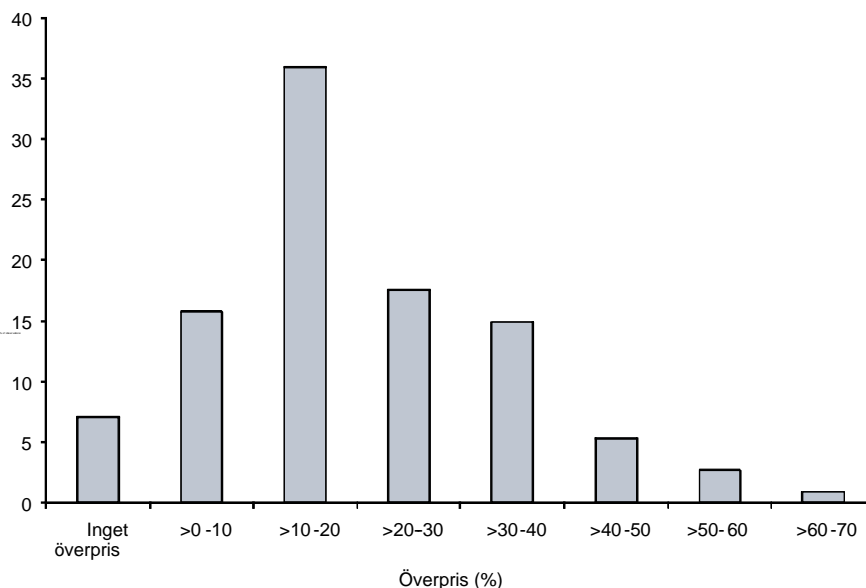
¹¹⁵ Se även det beslut som Kammergericht Berlin (kammarrätten i Berlin) meddelade den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03, där domstolen återopade ett liknande argument.

¹¹⁶ Extern studie som gjorts för kommissionens räkning om beräkning av skadeståndsbelopp i antitrustärenden (Quantifying antitrust damages, 2009), sidorna 88 ff. Studien finns att tillgå på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Sammanlagt studeras 114 karteller som baseras på olika grad av samverkan, inklusive uppgjord anbudsgivning. I stickprovet ingår internationella och nationella karteller som påverkat en rad olika sektorer. Rent geografiskt består studien av karteller från såväl USA och Kanada som från Europa och andra regioner.

¹¹⁸ Framför allt är det möjligt att karteller som faktiskt har effekt på marknaden uppmärksammas mer i empiriska studier än sådana som inte har några effekter. Se studien Quantifying antitrust damages, s. 89 (hänvisning i fotnot 117), för närmare detaljer om tolkningen av de data som används i denna studie.

¹¹⁹ Studien Quantifying antitrust damages, s. 91 (hänvisning i fotnot 117). Överprisets storlek uttrycks som en procentandel av det faktiska priset. Det innebär att om det faktiska priset (dvs. det pris som har betalats till följd av överträdelsen) är 100 euro och överpriset sägs vara 10 % skulle priset utan överträdelse ha varit 90 euro).



143. Enligt studien råder således en stor spridning av de överpriser som har observerats (där vissa karteller även har tagit ut ett överpris på över 50 %). Omkring 70 % av alla karteller i studien tar ut ett överpris på mellan 10 % och 40 %. Det genomsnittliga överpriset i dessa karteller ligger på ca 20 %.
144. Resultaten från denna studie överensstämmer med andra empiriska studier, eftersom de visar att a) de flesta karteller verkligen leder till överpriser och b) det råder stora skillnader mellan de överpriser som tas ut. I samtliga dessa studier är det genomsnittliga överpriset dessutom ungefär detsamma som i ovanstående stapeldiagram¹²⁰.
145. Dessa insikter i vilka effekter karteller medför ersätter inte beräkningen av den specifika skada som klagandena har lidit i ett visst fall. Nationella domstolar har emellertid på grundval av sådan empirisk kunskap hävdat att karteller faktiskt leder till överpriser och att det är svårare för en svarande i ett konkret mål att hävda att det inte skett någon negativ prispåverkan ju längre och mer hållbart en kartell bedrivit sin verksamhet¹²¹. Detta är emellertid en fråga för de tillämpliga rättsreglerna.

(2) Det ursprungliga överpris som den direkta kunden betalar

146. Alla de metoder och tekniker som beskrivs i del 2 ovan kan i princip användas för att beräkna det ursprungliga överpris som det överträdande företags direkta kunder betalar. Andra typer av bevisning (exempelvis interna handlingar som visar på en specifik överenskommelse om prishöjningar) kan ge värdefulla insikter om storleken på överpriset. Eftersom det ursprungliga överpriset innebär en överföring av pengar från den direkta kunden till det eller de överträdande företagen kan även eventuella uppgifter om den olagliga vinst som de överträdande företagen gjort vara till hjälp

¹²⁰ För närmare detaljer och ytterligare referenser, se studien Quantifying antitrust damages, s. 89 (hänvisning i fotnot 117).

¹²¹ Se exempelvis det beslut som Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen) meddelade den 28 juni 2005 i mål nr KRB 2/05 (transporterbar betong) (i samband med domstolens beräkning av vite utifrån bedömningen av kartellmedlemmarnas olagliga vinst).

för att beräkna överpriset, även om detta sannolikt innebär en underskattning av det överpris som betalats¹²².

147. För att visa hur dessa metoder och tekniker kan användas för att uppskatta priser i ett scenario utan överträdelse och för att, baserat på denna uppskattning, fastställa hur stort överpris de överträdande företagens kunder har betalat, är det lämpligt att titta på det typexempel med en mjölkartell som redan nämndes i del 2¹²³.

Mjölkartellen

I detta exempel produceras allt mjöl i en viss medlemsstat av fyra malningsföretag (kvarn A, kvarn B, kvarn C och kvarn D). Kvarnarna köper in spannmål från olika jordbrukare, mal och bearbetar spannmålet på lämpligt sätt, förpackar mjölet och säljer det vidare till bagare. Bagarna använder mjölet för att baka bröd, som de säljer till både kunder och stormarknader.

Den nationella konkurrensmyndigheten gör en utredning av marknaden efter misstanke om en priskartell och utför i januari 2008 oanmälda inspektioner på de fyra malningsföretagens anläggningar. I juli 2010 antar konkurrensmyndigheten ett beslut i vilket den slår fast att samtliga fyra malningsföretag har överträtt artikel 101 i EUF-fördraget genom att, under perioden den 1 januari 2005 till den 31 december 2007, medverka i en enda, fortlöpande överträdelse vad gäller produktionen av mjöl, i form av en priskartell som omfattat hela medlemsstaten.

Ett bageri som köpt mjöl från ett av malningsföretagen (kvarn A) väcker skadeståndstalan mot detta företag för den skada det lidit till följd av överträdelsen av artikel 101 i EUF-fördraget¹²⁴. Bageriet gör gällande att överträdelsen har lett till höjda mjölpriser och begär ersättning för överpris det har betalat för alla inköp under åren 2005, 2006 och 2007.

148. Bageriet är direktkund till ett av de överträdande företagen. Om det överträdande företaget orsakade höjda priser betalade bageriet ett överpris för varje enhet mjöl det köpte under den tid som priset påverkades. Genom att tillämpa de beskrivna metoderna och teknikerna kan man uppskatta det pris som bageriet skulle ha betalat för mjölet om överträdelsen inte hade ägt rum. Genom att dra priset utan överträdelse från det pris som bageriet faktiskt betalade kan man fastställa kartellens överpris per köpt enhet. Denna siffra måste sedan multipliceras med det antal enheter som bageriet köpte för att man ska kunna fastställa de faktiska, direkta förluster som bageriet har gjort till följd av överpriset (om man antar att det inte skedde några betydande förändringar av överpriset under överträdelseperioden). För en uppskattning av det överpris som bageriet i det aktuella exemplet betalade kommer vi att använda jämförelsebaserade metoder, eftersom dessa är de vanligaste metoderna och de ofta är till stor hjälp när det gäller att beräkna det ursprungliga överpriset.

¹²² Se även avsnitt 33.3.3 i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (tysk lag mot begränsningar av konkurrensen), i vilken det anges att man vid beräkningen av skadeståndsbeloppet får lov att ta hänsyn till hur stor andel av det överträdande företags vinst som överträdelsen har bidragit till.

¹²³ Varje likhet mellan detta fiktiva exempel och verkliga händelser är en ren tillfällighet. Exemplet speglar inte kommissionens syn på något särskilt företag eller någon särskild sektor och ska inte ses som en lämplig indelning av marknaden.

¹²⁴ Nationell lagstiftning kan mycket väl föreskriva att samtliga medlemmar av en kartell är solidariskt ansvariga för all den skada som kartellen orsakat. Det föreliggande exemplet har ingen inverkan på dessa bestämmelser.

a. *Jämförelse över tid*

149. I det aktuella exemplet köpte det klagande bageriet mjöl från kvarn A före, under och efter den period under vilken konkurrensmyndigheten fastställde att det hade förekommit en överträdelse. Om man använder de faktiska priser som betalades före, under och efter överträdelsen för att återskapa priserna som de hade sett ut utan överträdelsen, måste man, enligt beskrivning ovan, för det första fastställa vilka priser som påverkades av överträdelsen och vilka priser som inte påverkades. Det innebär att man måste ta reda på vid vilken tidpunkt kartellöverträdelsen började få effekter för mjölmarknaden och vid vilken tidpunkt dessa effekter upphörde.
150. I det aktuella exemplet har den nationella konkurrensmyndigheten fastställt överträdelsens varaktighet. I beslutet anges i själva verket den bevisning som myndigheten förfogat över, och som tyder på att malningsföretagen träffades i januari 2005 för att diskutera priser och därefter träffades regelbundet en gång i månaden för att justera sina priser. Det sista mötet hölls i december 2007. Konkurrensmyndigheten fann inget som tydde på några möten efter sin inspektion av företagen i januari 2008. Som ett första steg verkar därför priserna före januari 2005 och efter december 2007 lämpa sig för en tidsbaserad jämförelse. Som beskrivits i del 2 bör man fundera ytterligare på i vilken utsträckning dessa siffror verkligen är användbara för att jämföra konkurrenter.
151. Som nämndes ovan kan en konkurrensmyndighets beslut begränsa fastställandet av en överträdelse till en viss period för vilken myndigheten har starka bevis, som visar att överträdelsen kan ha pågått längre än så¹²⁵. Det kan då vara lämpligt att inte använda relevanta prisdata för den period som kan ha påverkats av överträdelsen (och således inkludera ett överpris), även om sådana data trots det kan användas för att fastställa en nedre gräns för uppskattningen av skadeståndsbeloppet, dvs. en säker uppskattning av den minsta skada som lidits.
152. Den period som överträdelsen i form av kartellen har pågått kan dessutom skilja sig från den period som påverkats av överträdelsen. Malningsföretagen överträdde artikel 101 i EUF-fördraget genom att ingå ett konkurrensbegränsande avtal. För att fastställa vilka av de observerade priserna som skulle kunna betraktas som det pris som inte påverkats av överträdelsen är det nödvändigt att titta på när avtalet började påverka priset, inte när det ingicks. Om man kan visa att företagen träffades för första gången i januari 2005, men att avtalet tillämpades först från mars 2005 och framåt, är priserna före mars 2005 opåverkade av överträdelsen.
153. När det gäller det lämpliga i att använda prisobservationer som gjorts efter överträdelsen är det möjligt att kartellen gav effekter på marknaden även efter att kartellmedlemmarna hade upphört med den typ av samarbete som är förbjudet enligt artikel 101 i EUF-fördraget¹²⁶. Detta kan framför allt vara fallet på marknader där det råder oligopol, där den information som kartellen har samlat in kan göra att kartellmedlemmar – efter det att kartellöverträdelsen har upphört – kan besluta sig för att sälja till ett högre pris än det pris som förväntas på en marknad utan överträdelse, utan att de medverkar i den typ av verksamhet som är förbjuden enligt artikel 101 i EUF-fördraget¹²⁷. Efter att en kartell har upphört kan tidigare

¹²⁵ Se punkt 43 i del 2, avsnitt II.

¹²⁶ Se punkt 44 i del 2, avsnitt II.

¹²⁷ För ytterligare insikter om hur sådana ”samordnade effekter” fungerar, se kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, EUT C 31, 5.2.2004, s. 5, punkt 39.

kartellmedlemmar dessutom ägna sig åt någon annan typ av överträdelse av konkurrensreglerna som leder till höjda priser för deras kunder. Vid en tidsbaserad jämförelse som baseras på de priser som observerats efter att överträdelsen upphört leda till en underskattning av det överpris som de överträdande företagens kunder har betalat, eftersom priset efter överträdelsen kanske fortfarande påverkas av en överträdelse. I det aktuella exemplet har det bageri som kräver skadestånd skäl att tro att så kan vara fallet för de priser som betalades under och efter 2008. I sin skadeståndstalan kan det därför bara använda dessa priser för att fastställa en nedre gräns för den skada som överpriset har orsakat.

154. I det aktuella exemplet konstaterar det bageri som har krävt skadestånd att de priser som betalades före överträdelsen lämpar sig för att uppskatta det troliga, hypotetiska priset. Om bageriet jämför priser med och utan överträdelse så som de observeras kanske det indirekt drar slutsatsen att hela prisskillnaden mellan de priser som betalades under åren före överträdelsen (2003 och 2004) och de priser som betalades under de år överträdelsen pågick (2005, 2006 och 2007) beror på överträdelsen. Det är emellertid möjligt att andra orsaker än överträdelsen kan ha haft betydande inverkan på prisutvecklingen under överträdelseperioden. Ändrade spannmålspriser kan exempelvis vara en alternativ orsak till prisutvecklingen. För att ta hänsyn till detta kan man använda sig av de tekniker som anges i del 2, avsnitt II B ovan. I den mån man kan identifiera andra betydande orsaker som kan ha påverkat priset, och prisdata justeras för deras effekter, stärks påståendet att de återstående skillnaderna mellan priset i perioderna utan överträdelse och priset i överträdelseperioderna beror på själva överträdelsen¹²⁸. Under vilka omständigheter det är käranden eller svaranden som måste göra sådana justeringar beror på tillämplig lagstiftning.

b. Andra jämförelsebaserade metoder

155. Utöver jämförelser över tid kan andra jämförelsebaserade metoder som beskrivs i del 2 ovan lämpa sig för att beräkna det ursprungliga överpris som den direkta kunden har betalat. I mjölkartellsexemplet kan det bageri som har väckt skadeståndstalan antingen använda jämförelsepriser från en annan geografisk marknad eller en annan produktmarknad för att visa vad priset på den egna marknaden troligen hade legat på utan överträdelsen.
156. En möjlighet är att jämföra med prisdata som observerats på en annan geografisk marknad för mjöl. Om man utgår från att den mjölkartell som beskrivits ovan omfattar en nationell marknad kan prisdata från en annan medlemsstat användas för att skapa priset utan överträdelse. Om det rör sig om en marknad som inte omfattar en hel medlemsstat, utan bara en viss del eller region av denna medlemsstat, kan även försäljningspriset från en annan regional marknad fungera som referenspunkt.
157. För att vara en lämplig prisindikator för priserna så som de hade sett ut utan överträdelsen får jämförelsepriserna inte påverkas av samma eller en liknande överträdelse av konkurrensreglerna. Om man i mjölkartellsexemplet använder priser från en angränsande geografisk marknad och det finns bevis för att det konkurrensbegränsande avtalet även omfattade denna marknad, skulle priser från

¹²⁸ Detta påverkar inte tillämpningen av nationella regler som tillåter käranden att använda de grundläggande, ojusterade jämförelserna mellan de priser som togs ut under överträdelseperioden respektive perioden utan överträdelse för att väcka talan, eller för att uppfylla sina skyldigheter enligt nationell lagstiftning i fråga om sakframställan (framför allt när det enligt nationell lagstiftning är tillåtet för domstolar att fastställa skadeståndsbeloppet genom en ungefärlig uppskattning eller en skälighetsbedömning). Bestämmelser om beviskrav och bevisbörda påverkas inte heller.

denna marknad leda till att överpriset underskattades. När det gäller angränsande marknader kan en överträdelse på en marknad dessutom ha påverkat den angränsande marknaden (exempelvis genom ökad efterfrågan på den marknad som inte omfattas av överträdelsen), och speglar kanske därför inte heller priserna utan överträdelse.

158. Om jämförelsemarknaden har annorlunda marknadsegenskaper är kanske prisdata från den marknaden inte heller tillräckligt indikativa för vad priset hade varit utan överträdelse. I mjölkartellexemplet förser fyra malningsföretag den berörda marknaden med varor. Om man exempelvis kan visa att det före överenskommelsen om att bilda en priskartell förekom stark konkurrens mellan företagen kanske inte prisdata från en angränsande marknad, som utmärks av att ett malningsföretag har en dominerande ställning, klarar att spegla vad priset hade varit utan kartell, utan bara kan fungera som en grund för att fastställa en nedre gräns för skadeståndsbeloppet.
159. Om det bageri som väckt skadeståndstalan använder prisdata från en annan geografisk marknad i den form som de observerades, innebär det att bageriet indirekt antar att de resterande skillnaderna mellan priserna faktiskt beror på de överträdande företagen och att priserna på den jämförande marknaden beror på överträdelsen. Beroende på omständigheterna i ärendet och kraven i tillämplig lagstiftning kan de tekniker som beskrivs i del 2, avsnitt II B ovan användas för att identifiera och ta hänsyn till tänkbara alternativa faktorer som kan ha påverkat priserna.
160. Man kan även uppskatta priset utan överträdelse genom att göra en jämförelse med prisdata som observerats på andra produktmarknader. När det gäller mjöl kan det emellertid bli svårt att hitta en produktmarknad med tillräckligt många likheter, som inte påverkats av samma eller en liknande överträdelse.

(3) Övervältring av kostnaderna för överprissättning

161. De av det överträdande företags direkta kunder som betalar ett överpris till följd av kartellen kan själva sälja de påverkade produkterna vidare (eller använda dem som insatsvaror för sin egen produktion av varor eller tjänster). I mjölkartellexemplet ovan är bagerierna de överträdande företags direkta kunder. De använder det mjöl som köpts in för att baka bröd, som de sedan säljer vidare antingen direkt till slutkonsumenter eller till stormarknader. De direkta kunderna (bagerierna) kan som reaktion på de höjda priserna höja priset på sina egna varor eller tjänster (brödet de säljer) och därmed vältra över en del av eller hela kostnaden för den ursprungliga överprissättningen på sina egna kunder (konsumenterna eller stormarknaderna). Effekten blir densamma om *indirekta* kunder (i det aktuella exemplet med stormarknaderna) själva höjer priset på de varor de säljer till sina kunder, och därmed vältrar över de kostnader för överprissättningen som ursprungligen vältrades över på dem.
162. En sådan övervältring av kostnaderna för en överprissättning har vanligtvis en volymeffekt. En prishöjning leder i regel till minskad efterfrågan, vilket beskrivs närmare i punkt 128 och följande punkter. I mjölkartellexemplet kan bageriet minska överprisets negativa ekonomiska konsekvenser för sig själv genom att höja brödpriserna gentemot stormarknader och kunder och kan på så sätt vältra över kostnaderna för överprissättningen på dem, men kommer då att drabbas av minskad

efterfrågan¹²⁹. Även detta är en skada som orsakas av överträdelsen och som bör ersättas (se avsnitt III nedan).

163. Prishöjningen genom övervältring och den minskade försäljningen är således starkt kopplade till varandra. I själva verket avgörs övervältringen och volymeffekterna av samma faktorer, särskilt elasticiteten i efterfrågan från kunder i ett senare led. Detta beror på att marknadsförhållandena för efterfrågan i ett senare led påverkar både försäljningspriset och de försäljningsvolymerna som innebär att bageriet skulle maximera sin vinst.
164. I en talan om ersättning för överprissättning i ett konkurrensmål kan en övervältring av kostnaderna för överprissättningen bli relevant i följande två typer av situationer:
- (a) I en talan som väckts av den direkta kund som kräver ersättning för de kostnader för den inledande överprissättningen som han tvingats betala (i vårt exempel: den skadeståndstalan som bageriet har väckt mot kvarn A), kan det överträdande kartellföretag som är svarande i målet hävda att den direkta kunden i själva verket inte alls borde ersättas för den skada denne lidit av överprissättningen, eftersom kunden själv höjde sina priser och därmed vältrade över kostnaderna för överprissättningen. Detta kallas ofta för att åberopa övervältring av kostnader som försvar. Om köparen vältrar över kostnaderna kan detta, vilket påpekas ovan, leda till minskad försäljning och därmed utebliven vinst.
 - (b) En talan som en indirekt kund väcker mot det överträdande företaget (exempelvis en stormarknad eller konsument som har köpt bröd från bageriet och som kräver skadestånd av malningsföretagen) är också beroende av ett övervältringsargument. Den indirekta kunden kan faktiskt bara begära ersättning för kostnaderna för överprissättning om kostnaderna för det ursprungliga överpris som den direkta kunden betalade helt eller delvis har vältrats över på denna. Detta kan vara relevant för kärande som befinner sig på olika nivåer i leverantörskedjan, inklusive slutkonsumenter.
165. De rättsliga bestämmelserna skiljer sig åt när det gäller möjligheten att åberopa argumentet om övervältring av kostnader som försvar och bevisbördan i detta sammanhang¹³⁰. Oavsett hur bestämmelserna ser ut kan de ekonomiska insikterna i hur man beräknar övervältring som fastställs i punkt 168 och följande punkter nedan vara till hjälp.
166. I båda situationerna ovan kan käranden och svaranden använda två olika strategier för att styrka sitt påstående att överpriset vältrades över på den indirekta kunden. De kan antingen
- (c) beräkna det ursprungliga överpriset och fastställa graden av övervältring på den indirekta kunden, eventuellt i olika led i försörjningskedjan och med hjälp av de ekonometriska tekniker som beskrivs ovan, eller

¹²⁹ Denna koppling mellan ett företag som vältrar över kostnaderna för en överprissättning och dess egen försäljningsvolym har i ett annat sammanhang även framhållits av EU-domstolen i domen av den 2 oktober 2003 i mål C-147/01, Weber's Wine World, REG 2003, s. I-11365, punkterna 98-99: "även om det skulle konstateras att... den skatt som... har tagits ut helt eller delvis har övervältrats på tredje man" ... kan den skattskyldige nämligen lida skada till följd av att försäljningsvolymen minskar".

¹³⁰ Se kommissionens vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler (KOM(2008) 165 slutlig, 2.4.2008) för förslag till politiska lösningar för hantering av övervältring av kostnaderna för överprissättning vid skadeståndstalan i antitrustärenden.

- (d) använda de metoder och tekniker som beskrivs ovan för att avgöra om den berörda indirekta kunden har betalat ett överpris. Det senare alternativet är ofta lättare att genomföra.
167. Om en indirekt kund begär ersättning för kostnaderna för ett överpris som orsakats av en kartell kan denna kund antingen visa att det funnits ett ursprungligt överpris och att kostnaderna för detta överpris vältrats över på denne¹³¹, eller så kan den indirekta kunden beräkna kostnaderna för det överpris som vältrats över på dennes nivå på samma sätt som en direkt kund skulle beräkna ett ursprungligt överpris, nämligen genom att jämföra det pris som kunden faktiskt betalat med det troliga priset i ett scenario utan överträdelse. Jämförelsebaserade metoder kan ge värdefulla insikter om hur stort överpris den indirekta kunden har betalat, utan att man behöver identifiera graden av övervältring. Genom att använda exempelvis en jämförelse över tid av de priser som den indirekta kunden har betalat före och under överträdelser, kan man eventuellt slå fast hur mycket dessa priser stigit på grund av överträdelser, utan att man behöver ta ställning till i hur hög grad kostnaderna har vältrats över.
168. Det går inte att fastställa en exakt övervältringsgrad som skulle vara tillämplig i de flesta fall. För att bedöma övervältringsgraden måste man i stället noga undersöka vad som är utmärkande för marknaden i fråga. I ett specifikt ärende fastställs förekomsten av övervältring och hur stor denna är med hjälp av en rad olika kriterier. Övervältringen kan därför endast bedömas om man tar hänsyn till vilka förhållanden som råder på marknaden i fråga.
169. Om det överträdande företags direkta kund använder kartellvarorna för att konkurrera på en marknad i ett senare led kommer den direkta kunden vanligtvis inte att kunna övervältra denna prishöjning (eller endast en ytterst liten del av den) om hans konkurrenter på den marknaden inte är föremål för samma eller liknande överprissättning (exempelvis om de får insatsvaror från en marknad som inte är föremål för en priskartell). I mjölkartellsexemplet konkurrerar det bageri som har väckt skadeståndstalan med andra bagerier om att producera och leverera bröd. I den mån dessa andra bagerier inte får sitt mjöl från kartellmedlemmarna, utan kan köpa sitt mjöl billigare någon annanstans, har det bageri som tvingas köpa från kartellen en konkurrensnackdel gentemot sina egna konkurrenter, och detta gör det svårt för bageriet att vältra över de extrakostnader som överprissättningen medför.
170. Om alla företag på denna marknad i ett senare led utsätts för priskartellen, och därmed tvingas betala samma direkta överpris, kommer den direkta kunden troligen att kunna vältra över åtminstone en del av kostnaderna för överprissättningen. Graden av övervältring påverkas av hur intensiv konkurrensen är på marknaden i det senare ledet. Om det råder perfekt konkurrens på denna marknad kommer övervältringsgraden att vara i stort sett 100 %. Detta speglar det faktum att priset på marknader där det råder perfekt konkurrens är lika med marginalkostnaderna, vilket innebär att en höjning av priset på insatsvarorna direkt leder till en lika stor ökning av förhållandet mellan kostnader och produktion. På marknader där det inte råder perfekt konkurrens är det troligt att de berörda företagen åtminstone kommer att vältra över en del av kostnaderna för överprissättningen, om än inte 100 %. Om den direkta kunden har monopol på marknaden i ett senare led kommer denne att välja en

¹³¹ Om den indirekta kunden underbygger sitt krav genom att hänvisa till en övervältringsgrad och överträdelser rör en liten kostnad i förhållande till kostnaden för hela produkten, kan övervältringsgraden för andra viktigare kostnader, som det är lättare att uppskatta, fungera som lämplig indikator.

överbältringsgrad som – för den direkta kunden – speglar ett pris som maximerar vinsten med hänsyn till den minskade efterfrågan som överbältringen av kostnaderna för överprissättningen förmodligen kommer att leda till¹³².

171. Andra egenskaper som också kan påverka graden av överbältring i sådana situationer (om allt annat förblir konstant) är:

- Priselasticiteten och om kunder blir mer eller mindre känsliga för priser i takt med att priserna stiger. Framför allt är överbältring troligare om kunder inte gärna byter till andra produkter efter en prishöjning (oelastisk efterfrågan) och om kunderna blir mindre känsliga för prishöjningar när priserna är högre.
- Marginalkostnadernas variation i förhållande till förändringar av produktionen. Till exempel är en betydande överbältring mindre trolig om marginalkostnaderna kraftigt sjunker efter en produktionsminskning, eftersom detta skulle leda till lägre produktionskostnader (t.ex. på grund av kapacitetsbegränsningar). Omvänt är en betydande överbältring mer trolig om marginalkostnaderna inte sjunker kraftigt efter en produktionsminskning (t.ex. på grund av avsaknad av kapacitetsbegränsningar).
- Överträdelsen inverkan på olika typer av kostnader. En överbältring av kostnader är troligare om överträdelsen inverkar på variabla kostnader än om fasta kostnader påverkas.
- Överträdelsens varaktighet och affärstransaktionernas frekvens. Om överträdelsen pågår under lång tid är det mer troligt att någon grad av överbältring sker. Samma sak gäller sektorer med frekventa affärstransaktioner och prisjusteringar.

B. Beräkning av kostnader för överprissättning som orsakats av andra typer av överträdelser som leder till skada på grund av överprissättning

172. Karteller är bara en av de överträdelser som leder till höjda priser för de överträdande företagens kunder, och därmed till skada till följd av överprissättning (eller när det gäller överträdelser som rör leveranser till de överträdande företagen, skada till följd av ”underprissättning”). Andra exempel på verksamhet som kan leda till skada till följd av överprissättning är överträdelser av artikel 101 i EUF-fördraget i form av vissa konkurrensbegränsande samriskföretag inriktade på produktion, och överprissättning från ett företag i dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 i EUF-fördraget.

173. Ett gemensamt drag för dessa överträdelser är att de direkt eller indirekt kan göra det möjligt för det eller de överträdande företagen att höja de priser de tar ut av sina kunder¹³³. Betalningen av ett sådant överpris leder i sin tur till minskad efterfrågan och därmed till den volymeffekt som beskrivs ovan.

174. De metoder och tekniker för att beräkna ett överpris till följd av en kartell som beskrivits ovan¹³⁴ kan i princip även användas för att beräkna skador som orsakats

¹³² Den exakta omfattningen av överbältringen beror på den direkta kundens efterfrågan och dennes kostnadsstruktur. För ett monopolföretag som har linjär efterfrågan (dvs. att förhållandet mellan kvantitet och pris ger en rak linje) och konstanta marginalkostnader blir överbältringen t.ex. 50 % av kostnaderna för det direkta överpriset.

¹³³ Eller, om överträdelsen avser leveranser till de överträdande företagen, till det lägre pris dessa får från sina kunder.

¹³⁴ Se punkt 149 och följande punkter samt punkt 155 och följande punkter.

andra överträdelser. Utgångspunkten är frågan hur ställningen för käranden skulle ha varit om överträdelserna i fråga inte hade ägt rum.

III. BERÄKNING AV SKADA SOM ORSAKATS AV VOLYMEFFEKTEN

175. Om priset på en viss vara stiger minskar efterfrågan. Hur mycket priset stiger och efterfrågan minskar till följd av en överträdelse beror på samma kostnadsparametrar och fastställs gemensamt. Det finns därför en stark koppling mellan överprissättning och volymeffekter.
176. För ett överpris till en direktkund är volymeffekten (som diskuteras ovan i 161 och följande punkter) dessutom starkt kopplad till övervältringen av kostnaderna för överprissättningen längs hela leverantörskedjan och fram till slutkonsumenten. Om en av det överträdande företagets kunder inte övervältrar kostnaderna för överprissättningen utan själv absorberar hela kostnaden kommer dennes egen försäljning inte att minska på grund av överträdelserna, eftersom priserna för dennes kunder inte kommer att höjas till följd av överträdelserna. Om kostnaderna för överprissättningen emellertid helt eller delvis vältras över på slutkonsumenten kommer denne att drabbas av den prishöjning som beskrivs i punkt 128, vilket kommer att leda till minskad efterfrågan. Detta leder i sin tur till att efterfrågan minskar högre upp i leverantörskedjan.
177. För de direkta eller indirekta kunder hos ett överträdande företag som använder produkten i fråga i sin egen affärsverksamhet innebär, som förklaras ovan, den minskade efterfrågan ("volymeffekten") att de säljer mindre på grund av överträdelserna och därmed går miste om den vinst de hade gjort på de enheter som de på grund av denna effekt inte lyckas sälja. Utebliven vinst är en skada som kunden kan få ersättning för¹³⁵ och i princip kan de metoder och tekniker som beskrivs i del 2 användas för att beräkna denna skada¹³⁶.
178. Framför allt kan de jämförelsebaserade metoderna och teknikerna, vars tillämpning för att beräkna det ursprungliga överpris som den direkta kunden betalar diskuteras ovan, ge käranden värdefulla insikter om hur denne kan beräkna sin minskade omsättning och sina minskade vinster. En jämförelse över tid eller mellan marknader kan exempelvis användas för att rekonstruera försäljningsvolymen i ett scenario utan överträdelse, dvs. hur många enheter käranden hade kunnat sälja om ingen överträdelse hade ägt rum. På samma sätt kan dessa metoder och tekniker tillämpas för att få fram den hypotetiska vinstmarginalen i ett scenario utan överträdelse. I vissa fall kan en domstol även gå med på att en förenklad variant av dessa metoder används, exempelvis för att fastställa en genomsnittlig vinstmarginal per transaktion och sedan multiplicera denna med det antal enheter som inte sålts på grund av överträdelserna¹³⁷.
179. Utebliven vinst är en form av skada som ofta kopplas till överträdelser som innebär att konkurrenter utesluts från marknaden. I del 4 i den praktiska vägledningen diskuteras närmare hur man beräknar en sådan skada. Insikterna i den delen kan även vara relevanta för att beräkna utebliven vinst till följd av stigande priser.

¹³⁵ Dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619, punkt 95.

¹³⁶ Förutom för den kostnadsbaserade metoden.

¹³⁷ Se även nedan, punkt 191.

DEL 4 — Beräkning av skada på grund av åtgärder för att utestänga konkurrenter

I. EFFEKTER AV ÅTGÄRDER FÖR ATT UTESTÄNGA KONKURRENTER

180. Överträdelser av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget kan leda till att konkurrenter helt utestängs från en marknad, eller att deras marknadsandelar minskar. Den effekt som denna typ av överträdelse har på konkurrenterna brukar kallas ”avskärmning”. Exempel på sådana åtgärder är missbruk av dominerande ställning, som förbjuds i artikel 102 i EUF-fördraget, exempelvis i form av underprissättning, exklusiv handel, leveransvägran, kopplingsförbehåll, kombinationserbjudanden eller marginalpress¹³⁸. Sådant missbruk kallas ”utestängande åtgärder”. Avskärmning av en konkurrent kan även vara syftet med eller effekten av en åtgärd som är förbjuden enligt artikel 101 i EUF-fördraget. Det är därför möjligt att åberopa ”utestängande åtgärder”, som omfattar överträdelser av både artikel 101 och 102 i EUF-fördraget.
181. Genom att vidta sådana utestängande åtgärder som är förbjudna enligt fördragets konkurrensregler snedvrider de överträdande företagen konkurrensen för att förbättra eller på konstgjord väg vidmakthålla sin egen marknadsställning. Detta påverkar direkt konkurrenter genom att deras marknadsställning försämras, genom att de drivs bort från marknaden eller genom att de förhindras komma in på en marknad. Utestängande åtgärder kan påverka en konkurrents kostnader, det pris som denne kan ta ut för sina produkter, eller de kvantiteter som den kan producera och sälja. Detta leder vanligtvis till utebliven vinst för de berörda konkurrenterna.
182. Genom att på olaglig väg påverka konkurrenters marknadsställning och därmed graden av konkurrens på marknaden leder dessa åtgärder till att kunderna lider skada i form av högre priser eller minskat urval, minskad kvalitet eller minskad innovation. De utestängande åtgärdernas negativa effekter för kunderna visar sig emellertid inte alltid med en gång, eftersom dessa åtgärder i första hand riktas mot konkurrenter, i syfte att minska deras förmåga att konkurrera med det eller de företag som medverkar i överträdelsen. Medan de överträdelser som beskrivs i del 3 vanligtvis ger upphov till en omedelbar olaglig vinst för de överträdande företagen och omedelbar skada för kunderna, kan utestängande åtgärder inledningsvis missgynna de överträdande företagen och på kort sikt leda till bättre priser för kunderna. Detta brukar vara fallet i samband med aggressiv prissättning. I följande avsnitt kommer frågor i samband med beräkningen av skada som konkurrenter lidit (avsnitt II) och skada som kunder lidit (avsnitt III) att behandlas separat.
183. Fördraget garanterar kunder och företag som har lidit skada till följd av en utestängande åtgärd rätt till ersättning, oberoende av om de är kunder eller konkurrenter till de överträdande företagen. Som redan nämnts har EU-domstolen slagit fast att ersättningen omfattar såväl ersättning av faktisk skada (damnum emergens) som ersättning för utebliven vinst (lucrum cessans) samt ränta¹³⁹. För att beräkna den skada som lidits på grund av utestängande åtgärder kommer vi i de följande avsnitten i huvudsak att följa EU-domstolens rättspraxis och referera till begreppet ”utebliven vinst”. Begreppet ”utebliven vinst” kommer att användas i vid betydelse och avser varje skillnad mellan ett företags faktiska vinst och den vinst det

¹³⁸ För en beskrivning av dessa typer av verksamhet, se även kommissionens meddelande – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7.

¹³⁹ De förenade målen C-295/04–298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619.

hade gjort utan överträdelsen. De strategier för att beräkna en sådan utebliven vinst som beskrivs nedan påverkar inte de skadelidande parternas möjligheter att begära ersättning enligt andra skadeståndsgrundande omständigheter i nationell lagstiftning. Vissa aspekter av utebliven vinst i vid bemärkelse kan i själva verket klassificeras inom ramen för olika rättsbegrepp i medlemsstaternas lagstiftning (t.ex. förlorad chans¹⁴⁰ eller förlorat rykte) och det kan även finnas skadeståndsgrundande omständigheter som orsakas av utestängande åtgärder som går bortom begreppet utebliven vinst.

II. BERÄKNING AV DEN SKADA SOM KONKURRENTERNA LIDIT

184. Utebliven vinst för konkurrenter kan orsakas av minskade intäkter (t.ex. genom att konkurrenterna inte kan sälja lika stora kvantiteter) eller ökade kostnader (t.ex. när överträdelsen påverkar priset på en insatsvara). I allmänhet speglas situationen av en minskad marknadsandel för konkurrenten. Efter en kort beskrivning av hur utestängande åtgärder påverkar konkurrenter över tid (A), och en redogörelse av den allmänna strategin för att beräkna utebliven vinst (B), kommer vi i de kommande avsnitten att ta upp några typiska situationer vid beräkningen av utestängande åtgärder, nämligen när dessa påverkar befintliga konkurrenter (C), nya aktörer (D) och när den skada de orsakar även sträcker sig in i framtiden (E).

A. Utestängande åtgärders tidsdimension

185. Beroende på den period som undersöks kan utestängande åtgärder påverka konkurrenter på olika sätt. När en utestängande åtgärd inleds får konkurrenterna oftast svårt att sälja sina produkter eller (när de utestängande åtgärderna rör marknaden i föregående led) svårt att få leveranser. Detta leder till försämrad vinst på grund av ökade kostnader och minskade intäkter. Vanligtvis tappar konkurrenterna marknadsandelar, eller får en lägre marknadsandel än de kunde ha förväntat sig utan överträdelsen (exempelvis om de förhindras att expandera sin verksamhet). Denna fas kan sammanfalla med högre vinst för de överträdande företagen. Detta behöver dock inte vara fallet, eftersom de överträdande företagen kan ha kostnader för att genomföra de utestängande åtgärderna (t.ex. genom att sänka sitt pris, inte leverera varor till en konkurrent och på så sätt minska sin egen försäljning, erbjuda rabatter eller andra fördelar till kunder som kan leda till lägre vinst på kort sikt). Till slut kan konkurrenter tvingas bort från marknaden.
186. När de överträdande företagen väl har lyckats förhindra att konkurrenter kommer in på marknaden, eller minskat eller eliminerat deras marknadsnärvaro, tar de vanligtvis tillbaka vad de har förlorat och gynnas av ökade vinster, vilket skadar kunder och avskärmar konkurrenter. När så sker (antingen kort efter att överträdelsen inletts eller längre fram) kan kunderna tvingas betala ett högre pris och drabbas av bristande kvalitet eller urval. En konkurrent behöver inte helt utestängas från marknaden för att kunderna ska drabbas av dessa effekter. Sådana effekter kan uppstå redan när de utestängande åtgärderna inleds och även om konkurrenterna fortfarande finns på marknaden, om den konkurrens de utsätter de överträdande företagen för har försvagats.
187. Om utestängande åtgärder upptäcks av myndigheterna, eller om de överträdande företagen tvingas upphöra med dem till följd av privata initiativ, kan

¹⁴⁰ Förlorad chans avser de affärsmöjligheter som ett företag har gått miste om till följd av den olagliga utestängande åtgärden.

konkurrensvillkoren gradvis återställas. Det är viktigt att betona att det i många fall är omöjligt att återställa marknadsvillkoren så att de ser ut exakt som de hade sett ut om överträdelsen inte hade ägt rum. Detta beror främst på överträdelsens strukturella effekter som det kan vara svårt och ta lång tid att åtgärda (befintliga kontraktsförpliktelser, nätverkseffekter eller andra hinder för en avskärmad konkurrenss återinträde på marknaden). I vissa fall är det därför omöjligt att nå full konvergens mellan scenariot utan överträdelse och den faktiska utvecklingen på marknaden.

B. Allmän strategi för beräkning av utebliven vinst

188. För att avgöra om och i vilken grad konkurrenter har drabbats av utebliven vinst måste man jämföra den vinst som konkurrenterna har gjort på den marknad som omfattas av överträdelsen under den tid som denna pågått med den vinst de hade gjort på försäljningen av dessa produkter i ett scenario utan överträdelse (dvs. det kontrafaktiska förhållandet)¹⁴¹. Om man kan visa att den avskärmade konkurrenten skulle ha gjort en högre vinst i ett scenario utan överträdelse, och att skillnaden beror på överträdelsen, har konkurrenten lidit skada, även om andra faktorer gör att marknadsandelen är oförändrad och vinsten har ökat¹⁴².
189. Det berörda företags faktiska vinst fastställs vanligtvis genom att man drar av de faktiska kostnaderna från de faktiska intäkterna. På samma sätt kan man beräkna den vinst ett företag skulle ha gjort i ett scenario utan överträdelse (kontrafaktisk vinst) genom att dra av de uppskattade kostnaderna i ett scenario utan överträdelse (kontrafaktiska kostnader)¹⁴³ från de förväntade intäkterna om överträdelsen inte hade ägt rum (kontrafaktiska intäkter)¹⁴⁴. Den uteblivna vinsten är skillnaden mellan kontrafaktisk och faktisk vinst. Om en aktör nekats inträde på marknaden är den faktiska vinsten vanligtvis noll. Om de avskärmade konkurrenterna dragit på sig kostnader (t.ex. investeringar för att komma in på marknaden) som inte gett några intäkter kan det till och med röra sig om ett negativt tal.
190. I praktiken kan denna grundläggande strategi för att beräkna utebliven vinst tillämpas på olika sätt. Man kan exempelvis jämföra en avskärmad konkurrenss intäkter i ett scenario utan överträdelse med faktiska intäkter från den marknad som omfattas av överträdelsen. När man väl har fastställt hur mycket de uteblivna intäkterna uppgår till kan man dra av de kostnader som företaget har sluppit tack vare de lägre produktionsvolymerna, för att på så sätt få fram ett värde för den uteblivna vinsten. Genom att använda denna strategi för att beräkna utebliven vinst behöver man inte beräkna hela den kostnad som företaget har dragit på sig utan bara uppskatta de kostnader som inte uppkommit på grund av överträdelsen.

¹⁴¹ Detta rör inte skadeståndsanspråk som enbart syftar till att få ersättning för delar av förlusten, t.ex. endast de extrakostnader som uppkommit. I praktiken uppkommer sådana skadeståndsanspråk även på grund av mer direkta strategier för att beräkna den skada som lidits. Se punkt 192.

¹⁴² En ny aktör med goda tillväxtmöjligheter kanske behåller sina vinstnivåer, men hade ökat dem om överträdelsen inte hade ägt rum.

¹⁴³ När man beräknar det berörda företags uteblivna vinst måste man ta hänsyn till de extrakostnader som företaget naturligtvis hade haft för att öka produktionen. I detta avseende motsvarar företags enhetskostnad inte nödvändigtvis enhetskostnaden i ett kontrafaktiskt scenario. Om exempelvis skalfördelarna minskar skulle enhetskostnaden i det kontrafaktiska scenariot vara lägre än den observerade kostnaden eftersom företags produktion skulle vara högre i det kontrafaktiska scenariot (dvs. om det inte hade påverkats av överträdelsen).

¹⁴⁴ T.ex. den dom som Stockholms tingsrätt meddelade den 20 november 2008 i de förenade målen T 32799-05 och T 34227-05 (Europe Investor Direct AB m.fl. mot VPC Aktiebolag), där ett överklagande har inlämnats.

191. Det finns ytterligare några pragmatiska strategier för att beräkna uteblivna vinster som kan vara lämpliga att använda i vissa specifika fall. En genomsnittlig vinstmarginal per enhet för den produkt som man handlar med i scenariot utan överträdelse kan exempelvis uppskattas och sedan multipliceras med antalet enheter som inte har sålts till följd av överträdelsen¹⁴⁵. En sådan uppskattning av den genomsnittliga vinsten per enhet kan baseras på en eller flera transaktioner som kan betraktas som tillräckligt representativa för karendens verksamhet när det gäller produkten i fråga. Det bör påpekas att de kostnader som företaget har sluppit att betala implicit inkluderas i beräkningen¹⁴⁶.
192. Erfarenheten från skadeståndstalan i konkurrensmål visar att avskärmade konkurrenter ibland bara begär ersättning för en del av skadan, exempelvis kostnaderna för att reagera på en utestängande åtgärd,¹⁴⁷ de kostnader för att komma in på en marknad som de varit avskärmade från¹⁴⁸ som inte kan återvinnas eller det belopp som bedömts vara oproportionerligt högt i samband med marginalpress och diskriminerande prissättning¹⁴⁹ som bryter mot EU:s konkurrensregler. Detta alternativ väljs ibland på grund av att det är lättare eller att det krävs mindre data för att beräkna sådana skadetyper, och att det är enklare att få tillgång till bevisning. När en kärende begär ersättning för utebliven vinst utgör beräkningen av skada på grundval av de extrakostnader som uppkommit (kostnader som kan eller inte kan återvinnas) dessutom vanligtvis en nedre gräns för uppskattningen av hela den uteblivna vinsten.
193. Oavsett vilken metod eller teknik som väljs kan beräkning av utebliven vinst innebära bedömning av komplexa data som avser en hypotetisk situation utan överträdelse mot vilken den avskärmade konkurrentens verkliga ställning måste uppskattas, ofta med tanke på hur situationen troligen kan utvecklas i framtiden. En uppskattning av de vinster som ett företag skulle ha gjort, inklusive framtida vinster, kan bero på så många olika faktorer att det kan vara lämpligt att tillämpa lägre krav vid beräkningen. Rättsordningarna kan därför ge domstolarna ett visst utrymme att skönmässigt bedöma vilka siffror och statistiska metoder som ska väljas, och hur dessa ska användas för att bedöma skadeståndet. När det handlar om utebliven vinst kan beviskraven dessutom vara lägre än vid faktisk förlust, eftersom det är nödvändigt att titta på framtida eller på annat sätt hypotetiska skador mot bakgrund av det normala händelseförloppet¹⁵⁰.

¹⁴⁵ För ett exempel på en pragmatisk strategi baserad på verkliga uppgifter om kostnader och intäkter som genomförs med hjälp av regressionstekniker, se det beslut som Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona (handelsdomstolen i Barcelona) meddelade den 20 januari 2011 i mål nr 45/2010 (Centrica Energía S.L.U. mot Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

¹⁴⁶ För att kunna beräkna den genomsnittliga vinstmarginalen kan det fortfarande vara lämpligt att överväga vad som hade hänt med kostnaderna och intäkterna i det kontrafaktiska scenariot om det inte hade skett någon överträdelse. Marginaler som observerats under en period före överträdelsen kan exempelvis ha minskat under överträdelseperioden av andra orsaker än själva överträdelsen, till följd av en minskad efterfrågan eller högre insatskostnader som orsakas av andra faktorer. Dessutom kan den utestängda konkurrentens minskade produktion påverka dennes kostnader per enhet och därmed även marginalen på de enheter som företaget fortsätter att sälja.

¹⁴⁷ T.ex. ytterligare marknadsutgifter för att behålla marknadsställningen.

¹⁴⁸ T.ex. kostnaderna för att bygga en ny fabrik på denna marknad.

¹⁴⁹ Se t.ex. Lietuvos apeliacinis teismas (den litauiska appellationsdomstolen), beslut av den 26 maj 2006 i mål nr 2A-41/2006 (Stumbras). Højesteret (högsta domstolen i Danmark), beslut av den 20 april 2005 i mål nr 387/2002 (GT Linien A/S mot DSB).

¹⁵⁰ Se exempelvis dom av den 27 januari 2000 i de förenade målen C-104/89 och C-37/90, Mulder m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-203, punkt 79.

C. *Befintliga konkurrenter*

194. För att beräkna den skada som konkurrenterna har lidit på grund av en utestängande åtgärd kan de välja att använda sig av de metoder och tekniker som beskrivs i del 2. Scenariot utan överträdelse kan rekonstrueras genom att man gör en jämförelse med samma företags resultat under en tidsperiod som inte påverkats av överträdelsen, ett liknande företag på samma marknad, aggregerad vinst inom sektorn¹⁵¹ eller samma eller ett liknande företags resultat på en annan marknad än den marknad där den utestängande åtgärden vidtagits. Alternativt kan simuleringsbaserade metoder ge en uppfattning av scenariot utan överträdelse, dvs. man kan på grundval av ett antal antaganden (t.ex. typen av ömsesidig konkurrens mellan företagen) simulera hur situationen troligen hade sett ut om den utestängda konkurrenten hade kunnat vara aktiv på marknaden och inte hade påverkats av den utestängande åtgärden. Det går även att använda andra metoder. Ekonomiska data från det berörda företaget kan t.ex. ge värdefulla insikter om hur hög avkastning företagen troligen hade haft om de inte hade påverkats av överträdelsen.

Vägran att leverera en nödvändig insatsvara för kommersiella lösningsmedel

Worldco är en ledande internationell tillverkare av råmaterial som behövs som insatsvara för tillverkning av kommersiella lösningsmedel. Eusolv är ett företag som sedan 1995 har verkat på marknaden för kommersiella lösningsmedel och det mesta av dess omsättning kommer från försäljningen av Betanol. För att tillverka Betanol köper Eusolv Rawbeta från Worldco. Worldco har en dominerande ställning när det gäller produktionen av Rawbeta, som dels är det enda råmaterial som lämpar sig för framställning av Betanol i industriell skala, dels är det enda material som gör att Betanol kan saluföras till konkurrenskraftiga priser. Worldco levererar även Rawbeta till sitt dotterbolag Subco, som sedan 2004 har tillverkat Betanol och konkurrerar med Eusolv.

År 2006 beslutar Worldco att sluta leverera Rawbeta till företag som säljer Betanol i EU, med undantag för sitt eget dotterbolag. Inledningsvis försöker Eusolv få tag på tillräckligt med Rawbeta från alternativa leverantörer eller ersätta Rawbeta som insatsvara med andra råmaterial som tillverkas via experimentella processer. Dessa är betydligt dyrare och leder till att priset på Betanol kraftigt höjs och att kvaliteten och lämpligheten för kommersiella ändamål försämras. Till följd av detta går Eusolvs försäljning stadigt ned och företaget slutar 2010 till slut helt och hållet att tillverka Betanol. Samma år väcker Eusolv skadeståndstalan mot Worldco och dess dotterbolag Subco för att återvinna den uteblivna vinsten till följd av Worldcos vägran att leverera insatsvaror. Domstolen finner att Worldcos beteende har utgjort ett missbruk av dominerande ställning i den mening som är förbjuden i artikel 102 i EUF-fördraget.

(1) Jämförelse över tid

195. När en utestängande åtgärd påverkar befintliga konkurrenter finns sannolikt data att tillgå från samma företag för en period utan överträdelse. I sådana fall kan den vinst som den skadelidande konkurrenten gått miste om uppskattas med hjälp av en jämförelse över tid. Scenariot utan överträdelse kan exempelvis konstrueras genom att hänvisa till data om det skadelidande företags intäkter och kostnader från innan utestängningen gav effekt¹⁵². Vid utestängande åtgärder finns många gånger inga

¹⁵¹ Se ovan punkterna 35, 48 och 66.

¹⁵² För ett exempel på tillämpningen av en jämförelse före och efter en överträdelse för att uppskatta den skada som lidits på grund av en förbjuden utestängande åtgärd enligt artikel 101 i EUF-fördraget, se det

data från tiden efter överträdelsen, eller så är dessa inte lika lämpliga, framför allt om överträdelsen gett upphov till effekter som kan ändra marknadens struktur och som sannolikt inte kommer att försvinna på kort sikt, exempelvis när en konkurrent utestängs från marknaden och det på kort sikt finns hinder för återinträde på marknaden, eller när konkurrenten har förlorat marknadsandelar som det på grund av nätverkseffekter kan vara svårt att få tillbaka¹⁵³.

I Betanolexemplet saknas tillförlitliga data från tiden efter överträdelsen eftersom Eusolv, det skadelidande företaget, inte längre är verksamt på marknaden och dess återinträde på marknaden inte sker kort efter det att överträdelsen upphör. Eusolv beslutar sig därför för att konstruera ett troligt scenario utan överträdelse genom att använda data från tiden före 2006, när den utestängande åtgärden inleddes.

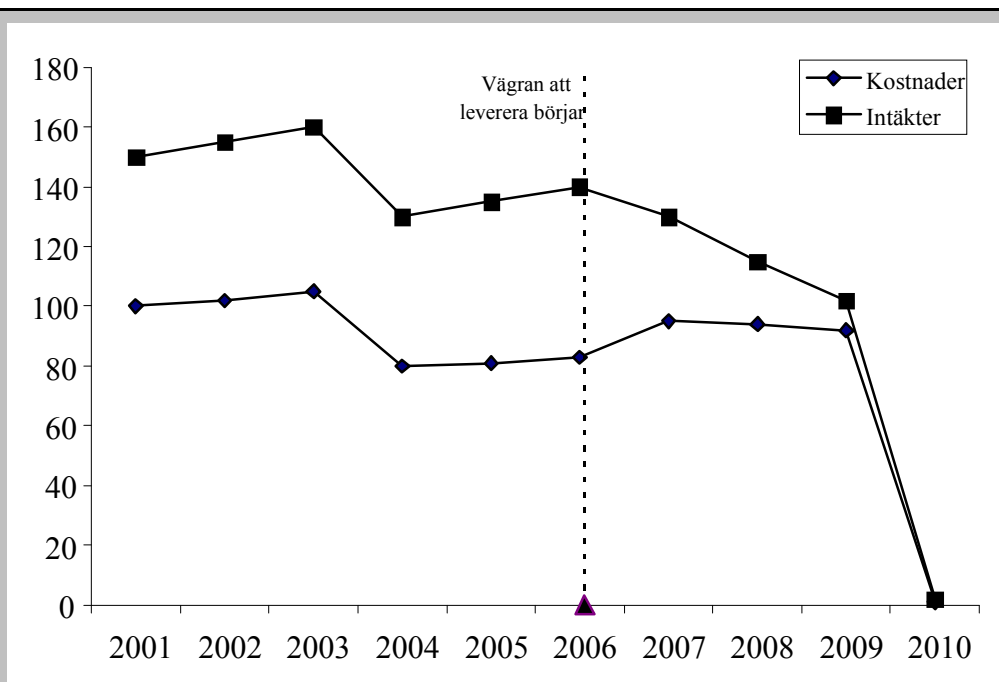
196. I vissa fall kan man förfinas de data om intäkter och kostnader under perioden före överträdelsen som används för jämförelsen. Beroende på tillämplig nationell lagstiftning om beviskrav och bevisbörda kan en svarande exempelvis bestrida kändens uppskattade belopp genom att hänvisa till andra aspekter som kan ha påverkat ett företags resultat negativt och som inte är kopplade till överträdelsen, till exempel fallande investeringar på marknaden och att produkten har förlorat sin konkurrenskraft till ökade kostnader för insatsvaror som är specifika för den konkurrent som kräver skadestånd. Omvänt kan man visa att ställningen för den konkurrent som lidit skada på marknaden i ett scenario utan överträdelse skulle ha varit bättre än dess ställning innan överträdelsen inleddes, till exempel för att den hade tillväxtpotential. I regel är en hänvisning till en tidigare opåverkad period på samma marknad mer sannolik ju längre konkurrenten har varit verksam på den marknaden, och ju stabilare ställning på marknaden företaget har haft. Med andra ord kan hänvisningen till ett scenario före överträdelsen gynnas mer av justeringar¹⁵⁴ om den skadelidande konkurrenten var en ny aktör på marknaden, eftersom det i så fall hade varit troligare att dess marknadsandel hade varierat över tiden.

I exemplet tillhandahåller Eusolv data om sina totala faktiska intäkter och kostnader från produktionen och försäljningen av Betanol, i enlighet med följande diagram:

¹⁵³ beslut som Corte d'Appello di Milano (appellationsdomstolen i Milano) meddelade den 3 februari 2000, i mål nr I, 308 (Inaz Paghe mot Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

En produkt är föremål för nätverkseffekter om dess värde för varje användare ökar i takt med att antalet användare ökar.

¹⁵⁴ Sådana justeringar kan göras med hjälp av de tekniker som beskrivs ovan i punkt 57 och följande punkter.

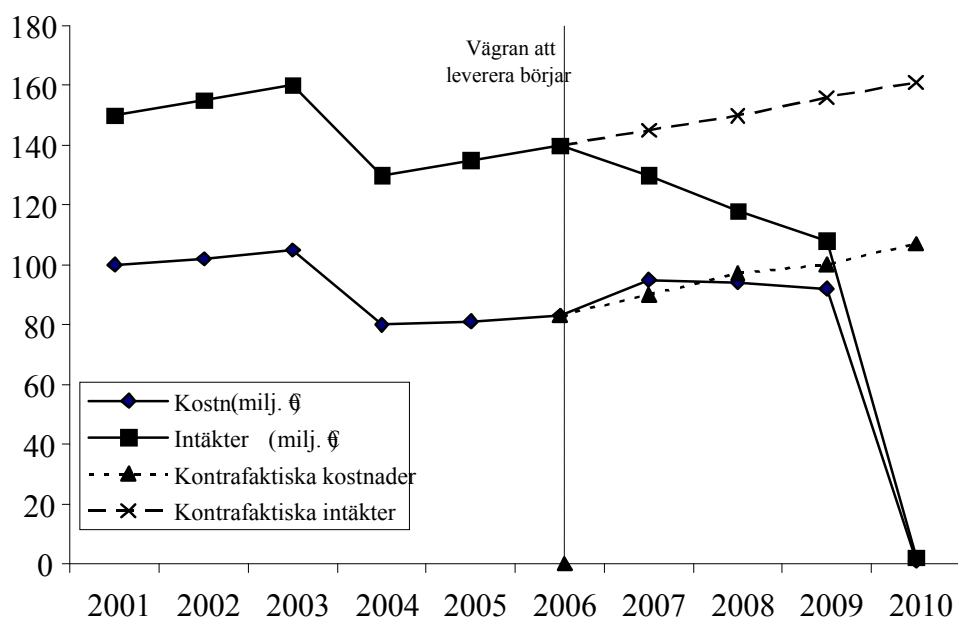


För att kunna skapa ett tillförlitligt scenario utan överträdelse tar man inte hänsyn till data från före 2004 eftersom Subco, Eusolvs viktigaste konkurrent, då ännu inte var verksam på marknaden, medan Eusolv efter 2004 och fram till 2006 hade en stabil andel av marknaden.

I enlighet med nationella bestämmelser om bevisbörda och beviskrav tillhandahåller Eusolv siffror för att visa de ”kontrafaktiska” kvantiteter, intäkter och kostnader som företaget haft om överträdelsen inte hade ägt rum.

Till följd av att Betanol har fått fler industriella tillämpningar konstateras att den totala efterfrågan på denna produkt (dvs. marknadens storlek) stadigt har växt. Eusolv använder sin stabila marknadsandel efter Subcos inträde på Betanolmarknaden för att visa att man skulle ha behållit en liknande marknadsandel om ingen överträdelse hade skett. Utifrån detta antagande tillhandahåller Eusolv siffror om sina ”kontrafaktiska” intäkter för åren 2006–2010, beräknade på grundval av marknadens totala värde och Eusolvs andel av denna marknad. Med hjälp av sin interna bokföring visar Eusolv siffror på sina enhetskostnader för åren 2004–2006¹⁵⁵. Företaget visar att kostnaderna följer priserna för insatsvarorna för Betanol, dvs. att exempelvis höjda insatspriser direkt leder till en motsvarande ökning av kostnaderna. Med hjälp av tillgängliga sektorsuppgifter om insatspriser uppskattar Eusolvs experter den ”kontrafaktiska” enhetskostnaden och förklarar, t.ex. med hjälp av regressionsanalys, utvecklingen av insatspriserna och effektiviseringar kopplade till produktionen av större volymer. Siffran för de totala ”kontrafaktiska” kostnaderna för åren 2006–2010 får man sedan fram genom att multiplicera de uppskattade ”kontrafaktiska” enhetskostnaderna med antalet enheter företaget skulle ha sålt om överträdelsen inte hade ägt rum.

¹⁵⁵ Dessa inkluderar kostnader som inte kan återvinnas, fördelade över tid.



De erhållna siffrorna jämförs med Eusolvs faktiska intäkter och kostnader enligt följande: den faktiska vinsten (faktiska intäkter minus faktiska kostnader) dras av från den kontrafaktiska vinsten (kontrafaktiska intäkter minus kontrafaktiska kostnader). Detta är den slutliga uppskattningen av det skadeståndsbelopp som Eusolv kräver.

Worldco och Subco hävdar emellertid att Eusolv skulle ha varit tvunget att bygga ut sin kapacitet för att kunna leverera det ökade antal enheter som företaget förväntade sig att sälja under 2006–2010. Detta hade medfört kostnader som inte kan återvinnas och som inte ingår i beräkningen. Domstolen godtar detta argument och ersättningen för utebliven vinst sänks i överensstämmelse med detta (genom att de förväntade extrakostnader som inte kan återvinnas från den siffra som Eusolv har lämnat dras av proportionellt för de ifrågavarande åren).

197. I ärenden som rör utestängande åtgärder kan marknadsandelar vara en betydelsefull indikator när man beräknar utebliven vinst med jämförelsebaserade metoder, som jämförelse över tid. En jämförelsebaserad metod kan exempelvis användas för att få fram den avskärmade konkurrentens troliga marknadsandel, som den sett ut om överträdelsen inte hade ägt rum. Utebliven vinst kan sedan beräknas genom att man multiplicerar observerade data för faktiska kostnader och intäkter per enhet (eller den faktiska genomsnittliga vinstmarginalen) med de extra kvantiteter som motsvarar den högre ”kontrafaktiska” marknadsandel som förväntas i avsaknad av överträdelse. Detta bygger på antagandet att kostnader och intäkter per enhet inte skulle ha genomgått någon större förändring i scenariot utan överträdelse, och att en domstol skulle kunna godta dessa värden som en uppskattning av den skada som lidits, antingen som tillräcklig bevisning i sig eller som tillräcklig bevisning för att bevisbördan ska skifta¹⁵⁶. I en mer exakt uppskattning skulle man bedöma kostnadernas och intäkternas utveckling i scenariot utan överträdelse, förutsatt att det fanns tillräckligt mycket data att tillgå.

¹⁵⁶ För ett exempel på en domstolsuppskattning som baseras på multiplicering av det totala antal avtal som det överträdande företaget har ingått med kärandens marknadsandel innan de utestängande åtgärderna inleddes, se det beslut som Corte d’Appello di Roma (appellationsdomstolen i Rom) meddelade den 20 januari 2003 i mål nr I, 2474 (Albacom S.p.A. mot Telecom Italia S.p.A.).

198. När man använder marknadsandelen för att uppskatta utebliven vinst bör man ha i åtanke att andra faktorer än överträdelsen kan göra att denna varierar över tid. I Betanolexemplet berodde Eusolvs sjunkande andel av marknaden 2004 på konkurrenten Subcos inträde på marknaden¹⁵⁷. Om överträdelsen leder till att hela marknaden minskar kan intäkterna för den utestängda konkurrenten baserade på faktiska marknadsandelar resultera i en underskattning.

(2) Andra jämförelsebaserade metoder

199. Andra geografiska marknader eller produktmarknader kan också användas för att konstruera ett scenario utan överträdelse¹⁵⁸. Samma eller ett liknande företags kostnader och intäkter på en annan marknad kan således användas som referens för att uppskatta de kostnader och intäkter som den skadelidande konkurrenten hade fått om överträdelsen inte hade ägt rum. Dessa metoder kan även användas för att bedöma hur tillförlitlig en uppskattning är som har tagits fram med hjälp av en jämförelse över tid eller med hjälp av andra metoder. Om resultatet före överträdelsen för en enda konkurrent till ett företag som historiskt sett har haft monopol på marknaden i fråga exempelvis tyder på att denna konkurrent skulle ha haft en viss marknadsandel utan överträdelsen, kan uppskattningen få stöd om man – efter att man har tagit hänsyn till de skillnader som kan finnas mellan företagen på de berörda marknaderna – upptäcker att samma eller ett liknande företag som konkurrerar med det tidigare monopolföretaget på en jämförbar geografisk marknad faktiskt har en liknande marknadsandel.

D. Hinder för konkurrenters inträde på marknaden

200. Utestängande åtgärder kan inte bara leda till att en befintlig konkurrent får en sämre ställning på marknaden, utan även till att en potentiell konkurrent som ännu inte är verksam på marknaden i fråga hindras från att träda in på denna marknad. Avskärmningen av nya aktörer kan allvarligt skada dem och de har rätt till ersättning för sådan skada. I rättsordningarna bör man ta hänsyn till de inneboende svårigheter som finns när det gäller att beräkna sådan skada och man bör se till att en skadeståndstalan från en aktör som har hindrats att träda in på marknaden inte i praktiken görs omöjlig eller onödigt svår¹⁵⁹.
201. Vid beräkningen av skadan kan man ta hänsyn till vissa ovanliga omständigheter i samband med att det skadelidande företaget hindrades från att komma in på marknaden. Framför allt saknas observerbara data om det skadelidande företags resultat på den specifika marknad som det försökte komma in på om det inte tidigare har varit verksamt på denna marknad.

¹⁵⁷ I exemplet är därför den marknadsandel som används för beräkningen den stabila marknadsandel som innehafts av Eusolv efter 2004.

¹⁵⁸ Se det beslut som Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (handelsdomstolen i Madrid) meddelade den 11 november 2005 i mål nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. mot Telefónica de España S.A.), bekräftat i det beslut som Audiencia Provincial de Madrid (appellationsdomstolen i Madrid) meddelade den 25 maj 2006 i mål nr 73/2006.

¹⁵⁹ I vissa fall gör tillämplig lagstiftning det möjligt att beräkna denna skada på ett pragmatiskt sätt, exempelvis genom att beräkna den förlorade marknadens totala värde i termer av vinster, multiplicerat med en procentsats som uttrycker den andel av marknaden som det avskärmade företaget troligen skulle ha fått. Om den sammanlagda vinsten för de företag som är aktiva på den inre marknaden till exempel uppgår till 200 miljoner euro, och det beräknas att den avskärmade konkurrenten om överträdelsen inte hade ägt rum skulle ha haft en marknadsandel på 30 %, kan uteblivna vinsten enligt denna strategi beräknas till 60 miljoner euro.

202. Den övergripande strategin för att beräkna konkurrenters uteblivna vinster i sådana situationer är i grund och botten inte annorlunda än vid avskärmning av konkurrenter som ser sin befintliga ställning på marknaden försämrats, eftersom den även innefattar en bedömning av den vinst som den utestängda konkurrenten kunde ha fått om överträdelsen inte hade ägt rum. Detta kan jämföras med den faktiska situationen. När det gäller hinder för inträde är det troligt att den utestängda konkurrenten inte gjorde någon vinst alls eller till och med drog på sig förluster (t.ex. till följd av kostnader som konkurrenten inte fick tillbaka genom att den inte kom in på marknaden).
203. Avskärmade konkurrenter kan, vilket nämns ovan, besluta sig för att enbart kräva skadestånd för sina kostnader för att komma in på marknaden i stället för hela den vinst som den gått miste om. Denna strategi kan vara enklare än att kräva skadestånd för utebliven vinst, eftersom man bara behöver beräkna kändens icke-återvinningsbara kostnader.

Ärendet med medicinsk utrustning

Newco är ett företag som planerade att träda in på marknaden för en viss typ av medicinsk utrustning i en medlemsstat där även Medco har en dominerande ställning. För att bli lönsamt skulle Newco ha behövt kapa åt sig en minimiandel av marknaden så att det hade kunnat utnyttja stordriftsfördelar.

Eftersom Medco var rädd att förlora en stor del av sin försäljning till Newco ingick det ett avtal om exklusiv handel med ett antal kunder för att hindra Newco från att nå den minimiandel av marknaden som krävdes. Till följd av detta kunde Newco inte konkurrera med Medco om dessa kunder och kunde inte träda in på marknaden med bibehållen lönsamhet. Detta ledde till att genomsnittspriserna blev högre för konsumenterna än de varit om Newco hade trätt in på marknaden. Eftersom Medcos beteende ansågs utgöra en överträdelse av artikel 102 i EUF-fördraget hade Newco rätt att kräva ersättning för den vinst det gick miste om på grund av överträdelsen. För att slippa göra en komplett analys av den uteblivna vinsten krävde Newco emellertid bara ersättning för de icke-återvinningsbara kostnader det redan hade dragit på sig för att starta en ny anläggning och träda in på marknaden (inklusive t.ex. finansiella kostnader och icke-återvinningsbara förluster på inköpt insatsmaterial).

204. Om konkurrenter hindras från att komma in på marknaden saknas data om intäkter och kostnader på den berörda marknaden under perioden före överträdelsen, samtidigt som data från perioden efter överträdelsen inte heller lämpar sig som referens för en jämförelse över tid på grund av överträdelsens effekter. Vid dessa tillfällen kan en hänvisning till en jämförbar geografisk marknad eller produktmarknad där samma eller ett liknande företag är verksamt vara bättre för att konstruera ett scenario utan överträdelse. De berörda geografiska marknaderna eller produktmarknaderna bör vara tillräckligt lika, även om det går att justera för vissa skillnader mellan marknaderna¹⁶⁰.

¹⁶⁰

Detta kan exempelvis göras med hjälp av regressionsanalys, förutsatt att det finns tillräckligt med data. Se nedan, punkt 69 och följande. För ett exempel på en utestängande åtgärd där man i princip godtog användning av en annan geografisk marknad, se det beslut som Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (handelsdomstolen i Madrid) meddelade den 11 november 2005 i mål nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. mot Telefónica de España S.A.), bekräftat genom det beslut som Audiencia Provincial de Madrid (appellationsdomstolen i Madrid) meddelade den 25 maj 2006 i mål nr 73/2006.

205. I vissa fall kan det räcka med en bedömning av konkurrentens ekonomiska resultat för att hitta data som kan användas för att uppskatta vinsten i scenariot utan överträdelse¹⁶¹.

I den situation som avses i exemplet ovan kan man anta Newco är villigt att förse de tre största privata hälsoklinikerna i en medlemsstat med en innovativ typ av film till deras röntgenapparater. Anta att marknaden för denna typ av medicinsk utrustning för privata hälsokliniker normalt är en anbudsmarknad. Tack vare tekniska förbättringar kan Newco erbjuda sina produkter till lägre pris än Medco. Medco, som har en dominerande ställning på marknaden för röntgenapparater, gör emellertid ett kopplingsförbehåll för produkterna genom att låta de kliniker som inte köper sin film från Medco betala ett högre pris för röntgenapparaterna. Till följd av detta får Newco inga nya kontrakt. Mot bakgrund av dessa omständigheter visade Newco att man faktiskt kunde leverera de kvantiteter som klinikerna efterfrågade, och till det utlovade priset, och tillhandahöll detaljerad information om sina egna kostnader. På grundval av dessa data, och genom att anta att Newco hade valts som entreprenör i de fall det erbjöd lägsta pris, kan man uppskatta de förväntade vinstmarginalerna utan att göra en jämförelse över tid eller en jämförelse med andra geografiska marknader eller produktmarknader

E. Ersättning för framtida förluster

206. När avskärmade konkurrenter kräver ersättning kan de inte bara begära att få ersättning för den vinst de gick miste om under den period överträdelsen pågick, utan även för de vinster de har gått miste om efter det att överträdelsen upphörde¹⁶². Detta är särskilt relevant där de inte kan återinträda på marknaden eller fullt ut få tillbaka sin marknadsandel på grund av att överträdelsens effekter fortsätter även efter att överträdelsen har upphört. I det fallet kan ersättning krävas för framtida vinster, dvs. de vinster som troligen kommer att utebli efter det att skadeståndstalan har väckts och avgjorts i domstol.
207. Utmaningen i att beräkna en sådan förlust ligger inte bara i vilken teknik som ska tillämpas utan handlar även om inom vilka tidsramar som en utebliven vinst fortfarande kan identifieras och ersättas. Nationell lagstiftning har en betydelsefull roll på detta område, exempelvis genom att fastställa under vilka omständigheter en framtida förlust kan återvinnas, eller genom att fastställa pragmatiska regler för att kunna behandla denna fråga från fall till fall¹⁶³.
208. Bland de faktorer som vanligtvis påverkar valet av den relevanta tidsfristen för att kräva skadestånd för förlust av framtida vinster kan exempelvis ingå den tid som troligen behövs för ett återinträde på marknaden i fråga. I andra fall kan omständigheterna i målet göra att bedömningen blir enklare. I exemplet med röntgenapparaterna ovan kan längden på de kontrakt som Newco lämnade anbud på utgöra en rimlig tidsperiod under vilken en förlust av framtida vinster bör ersättas enligt tillämplig nationell lagstiftning. I andra fall kan man även tänka sig den tid

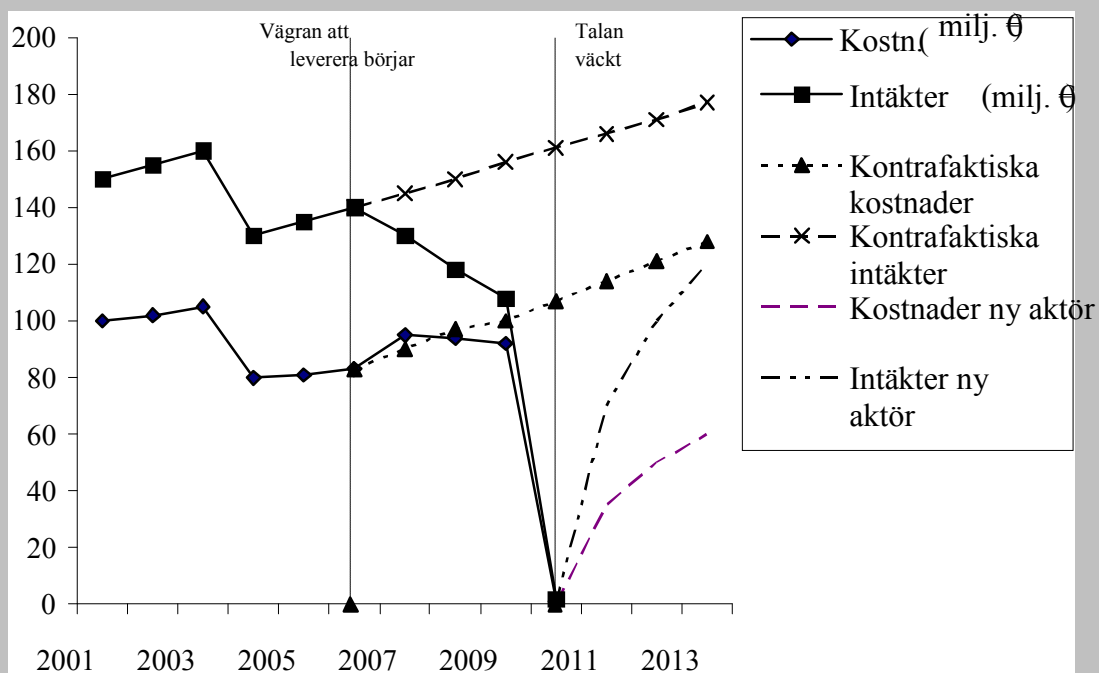
¹⁶¹ För ett exempel på beräkning av skada på en avskärmad ny aktör på en anbudsmarknad, se det beslut som Oberlandesgericht Düsseldorf (högsta delstatsdomstolen i Düsseldorf) meddelade den 16 april 2008, i mål nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

¹⁶² För ett exempel på skadestånd som beviljats även för perioden efter att överträdelsen hade upphört, se det beslut som Østre landsret (hovrätten för östra Danmark) meddelade den 20 maj 2009 i mål nr B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s mot Post Danmark A/S).

¹⁶³ Vid beräkningen av framtida vinster är det i regel lämpligt att bortse från deras värde för att kunna spegla förlusten i penningvärdet över tid.

under vilken företaget rimligtvis skulle ha kunnat fortsätta att tillverka varor eller leverera tjänster utan att behöva nyinvestera.

I Betanolexemplet kan Eusolv begära ersättning även för de vinster företaget skulle ha kunnat göra efter 2010, när det drevs bort från marknaden och väckte skadeståndstalan. I sådana fall kan man använda samma tekniker som användes för att rekonstruera scenariot utan överträdelse under åren 2006–2010 och låta detta fortsätta längre. Naturligtvis kan man inte kräva ersättning för framtida förluster hur länge som helst. Det riktmärke som Eusolv beslutade sig för att använda var den tid som troligen skulle behövas för att återinträda på marknaden sedan överträdelsern väl hade upphört.



III. BERÄKNING AV DEN SKADA SOM KUNDERNA LIDIT

209. Företag som samverkar eller missbrukar sin dominerande ställning för att avskärma en konkurrent kan drabbas av kostnader eller tillfälligt lägre vinst bara för att de ska kunna genomföra överträdelsern. Det gör de för att kunna snedvrida konkurrensprocessen och i slutändan få en ställning på marknaden där de snedvridna marknadsvillkoren gör att de får högre vinster. Därigenom kan de, på kundernas bekostnad, ta igen den tillfälliga förlust eller lägre vinst som krävts för att nå denna ställning. I följande två avsnitt kommer vi att ta upp två typfall där kunder lider skada till följd av utestängande åtgärder. I beräkningssyfte kan den skada som kunder lider till följd av utestängande åtgärder betraktas som analog med den skada som orsakas av överträdelser som leder till höjda priser, som diskuteras närmare i del 3 i denna praktiska vägledning.

A. Ta igen förlust

210. Det tydligaste exemplet på när kunder lider skada i samband med att ett företag som har vidtagit utestängande åtgärder försöker ta igen sina förluster är underprissättning, där ett företag missbrukar sin dominerande ställning genom att sätta priserna på en konstgjort låg nivå som konkurrenter inte kan matcha. Till slut tvingas konkurrenterna lämna marknaden eller minska sin marknadsandel. När konkurrenterna väl har utestängts från marknaden, eller när de överträdande

företagen har skaffat sig en större marknadsandel, kan dessa få högre vinster tack vare sämre konkurrens.

211. Att ta igen förlusterna kan betraktas som en kompletterande fas av överträdelsen som kan resultera i överpris för de överträdande företagens kunder. Överprissättningen utgör den skada som den utestängande åtgärden orsakar och kunderna kan kräva ersättning för denna skada.

Att ta igen förlusterna i ett ärende som rör underprissättning

Ta som exempel marknaden för flygningar på en viss rutt mellan två städer. Titan Airlines har en dominerande ställning på denna marknad. Det är ett etablerat företag som erbjuder service av hög kvalitet under flygresan till ett standardpris på 1 000 euro. En annan aktör på denna marknad är det mindre företaget Bluesky Airlines, som nyligen började trafikera samma rutt till priset av 800 euro.

Titan Airlines använder sig av underprissättning genom att strategiskt sänka sitt pris till ett standardpris på 500 euro. Bluesky Airlines får svårt att klara denna underprissättning. Det får problem med lönsamheten och drivs till slut bort från marknaden. Det dominerande Titan Airlines utnyttjar då den minskade konkurrensen och ökar sin vinst genom att höja priset till en nivå som ligger högre än priset under den period som föregick underprissättningen, dvs. högre än det ursprungliga standardpriset 1 000 euro. Om Titan Airlines, till dess att en konkurrent på nytt träder in på marknaden, skulle ta ut ett pris på 1 100 euro skulle kunderna betala ett överpris på 100 euro till följd av överträdelsen.

212. När man ska beräkna överpriser som beror på att ett företag försöker ta igen sina förluster skiljer sig den konceptuella ram som tillämpas i princip inte från den som diskuteras i del 3, dvs. om överträdelser som direkt leder till höjda priser. Eftersom den skada som orsakas av en utestängande åtgärd inte inskränker sig till det överträdande företags konkurrenter utan till alla kunder på en specifik marknad är de frågor som diskuterats inom ramen för skada orsakad av överpris även relevanta i detta scenario.
213. Den ställning som ett företag har fått på marknaden till följd av en utestängande åtgärd leder inte alltid till höjda priser för det överträdande företags kunder. Även i dessa fall kan emellertid kunderna ändå lida skada av en överträdelse, exempelvis om den medför sämre kvalitet. I exemplet ovan skulle det dominerande företaget Titan Airlines kunna återinföra det gamla standardpriset 1 000 euro och därmed inte ta ut ett högre pris än innan Bluesky Airlines utestängdes från marknaden. De passagerare som reser på just den rutten kan trots det drabbas negativt om Titan Airlines exempelvis passar på att utnyttja den försämrade konkurrensen till att försämma servicen ombord.
214. Det avskärmade företags kunder kan befinna sig i ett annat läge än det överträdande företags kunder, eftersom de kan vara tvungna att byta till de produkter som säljs av det överträdande företaget när konkurrenten drivs bort från marknaden. Utöver risken för sämre kvalitet kan de även tvingas betala högre priser till det överträdande företaget än vad de betalade för de produkter som såldes av det avskärmade företaget. Beroende på tillämplig lagstiftning kan de få lov att visa att de i avsaknad av överträdelsen skulle ha handlat hos den avskärmade konkurrenten till ett lägre pris. I så fall liknar effekten i princip en överprissättning. Överpriset kan beräknas genom att jämföra priset på den produkt som det överträdande företaget sålde i det faktiska scenariot med det pris som det avskärmade företaget tog ut i scenariot utan överträdelse.

Passagerare som exempelvis reste med Bluesky Airlines innan detta avskärmades kan tvingas betala ett överpris när de, till följd av Bluesky Airlines utestängning från marknaden, tvingas köpa dyrare biljetter för att flyga med Titan Airlines. Överpriset kan uppskattas till skillnaden mellan det faktiska priset på 1 000 euro som betalas till Titan Airlines och det pris på 800 euro som Bluesky Airlines hade tagit ut om det inte hade tvingats bort från marknaden. I detta fall kan det överpris som de passagerare betalade som tvingades byta från Bluesky Airlines till Titan Airlines uppskattas till 200 euro.

B. Skada som konkurrenter till de överträdande företagen lidit som kunder till dessa företag

215. Om en konkurrent även är kund till det överträdande företaget kan den utestängande åtgärden skada konkurrenten när den köper in varor från detta företag. I så fall kan den avskärmade konkurrenten utöver ersättning för de ökade kostnader som överträdelsen har medfört också välja att kräva ersättning för utebliven vinst eftersom de tillverkade eller sålda volymerna är lägre än om överträdelsen inte hade ägt rum¹⁶⁴.
216. För beräkningsändamål är konkurrenter som drabbas av överpris i samma position som kunder till kartellmedlemmar eller kunder som omfattas av någon annan typ av överträdelse som leder till överprissättning. För att förklara kan vi ta exemplet med Betanol. Det är tänkbart att det dominerande företaget Worldco i stället för att vägra leverera Rawbeta till Eusolv beslutar sig för att höja det pris för Rawbeta som Eusolv måste betala, för att pressa Eusolvs vinstmarginaler. I en sådan situation uppkommer samma överväganden som vid en prishöjning till följd av andra typer av överträdelser. I detta exempel skulle Eusolv kräva ersättning för det överpris som motsvaras av skillnaden mellan det pris som betalats till följd av den utestängande åtgärden och det pris som det hade betalat om överträdelsen inte hade ägt rum. Om kostnaderna för överprissättningen har vältrats över kan skadeståndstalan även väckas av Eusolvs egna kunder, och Eusolv kan själv kräva ersättning för de volymer man har förlorat på grund av prishöjningen.

¹⁶⁴ För ett exempel på beräkning av skadeståndsbelopp vid diskriminerande prissättning som påverkar en konkurrent som även är kund till det överträdande företaget, se det beslut som Højesteret (Danmarks högsta domstol) meddelade den 20 april 2005 i mål nr 387/2002 (GT Linien A/S mot DSB).

Förteckning över citerade rättsfall

EU-domstolen

Mål 238/78, Ireks-Arkady GmbH mot rådet och kommissionen, REG 1979, s. 2955.

Mål C-271/91, Marshall, REG 1993, s. I-4367.

Mål C-308/87, Grifoni II, REG 1994, s. I-341.

De förenade målen C-104/89 och C-37/90 Mulder m. fl. mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-203.

Mål C-453/99, Courage, REG 2001, s. I- 6297.

Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-147/01, Weber's Wine World m.fl., REG 2003, s. I-11365.

De förenade målen C-295/04–298/04, Manfredi, REG 2006, s. I-6619.

Mål C-360/09, Pfeiderer, REG 2011, s. I-5161.

Mål C-199/11, Europeiska gemenskapen mot Otis NV m. fl., REG 2012, ännu inte refererad i rättssfallsamlingen.

Tribunalen

Mål T-202/98, Tate & Lyle mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035.

De förenade målen T-25/95 etc., Cimenteries CBR SA mot kommissionen, REG 2000, s. II-491.

Domstolar i medlemsstaterna

Corte d'Appello di Milano (appellationsdomstolen i Milano), beslut av den 3 februari 2000 i mål nr I, 308 (Inaz Paghe mot Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

Corte d'Appello di Roma (appellationsdomstolen i Rom), beslut av den 20 januari 2003 i mål nr I, 2474 (Albacom S.p.A. mot Telecom Italia S.p.A.).

Corte d'Appello di Milano (appellationsdomstolen i Milano), beslut av den 11 juli 2003, (Bluvacanze).

Cour d'Appel de Paris (appellationsdomstolen i Paris), beslut av den 23 juni 2003 (Lescarcelle-De Memoris mot OGF).

Landgericht Dortmund (förbundsdomstolen i Dortmund), beslut av den 1 april 2004 i mål nr 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise).

Højesteret (högsta domstolen i Danmark), beslut av den 20 april 2005 i mål nr 387/2002 (GT Linien A/S mot DSB).

Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen), beslut av den 28 juni 2005 i mål nr KRB 2/05 (Transportable concrete).

Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (handelsdomstolen i Madrid), beslut av den 11 november 2005 i mål nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. mot Telefónica de España S.A.).

Audiencia Provincial de Madrid (handelsdomstolen i Madrid), beslut av den 25 maj 2006 i mål nr 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (den litauiska appellationsdomstolen), beslut av den 26 maj 2006 i mål nr 2A-41/2006 (Stumbras).

Corte Suprema di Cassazione (Italiens högsta kassationsdomstol), beslut av den 2 februari 2007 i mål nr 2305 (Fondiararia SAI SpA mot Nigriello).

Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen), beslut av den 19 juni 2007 i mål nr KBR 12/07 (Paper Wholesale Cartel).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (regionala domstolen för civilmål i Graz), beslut av den 17 augusti 2007 i mål nr 17 R 91/07 p (trafikskola).

Oberlandesgericht Düsseldorf (högsta delstatsdomstolen i Düsseldorf), beslut av den 16 april 2008 i mål nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

Stockholms tingsrätt, dom av den 20 november 2008 i de förenade målen T 32799-05 och T 34227-05 (Europe Investor Direct AB m.fl. mot VPC Aktiebolag), överklagande har inlämnats.

Tribunal Administratif de Paris (förvaltningsdomstolen i Paris), beslut av den 27 mars 2009, (SNCF mot Bouygues).

Østre landsrets (hovrätten för östra Danmark), beslut av den 20 maj 2009 i mål nr B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s mot Post Danmark A/S).

Kammergericht Berlin (kammarrätten i Berlin), beslut av den 1 oktober 2009 i mål nr 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (högsta delstatsdomstolen i Karlsruhe), beslut av den 11 juni 2010 i mål nr 6 U 118/05, överklagande har inlämnats till Bundesgerichtshof (se nedan).

Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona (handelsdomstolen i Barcelona), beslut av den 20 januari 2011 i mål nr 45/2010 (Centrica Energía S.L.U. mot Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

Bundesgerichtshof (den tyska förbundsdomstolen), beslut av den 28 juni 2011 i mål KZR 75/10.

Appellationsdomstolen för konkurrensfrågor, beslut av den 28 mars 2013, ärendenummer 1166/5/7/10 (Albion Water Limited mot Dŵr Cymru Cyfyngedig).