

Bruxelles, den XXX
[...] (2013) XXX draft

ARBEJDSDOKUMENT FRA KOMMISSIONENS TJENESTEGRENE

PRAKTISK VEJLEDNING I

**TABSOPGØRELSE I ERSTATNINGSSØGSMÅL EFTER OVERTRÆDELSE AF
ARTIKEL 101 ELLER 102 I TRAKTATEN OM DEN EUROPÆISKE UNIONS
FUNKTIONSMÅDE**

Ledsagedokument til

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

**om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i
traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde**

INDHOLDSFORTEGNELSE

Del 1 — Kontekst og generel tilgang til tabsopgørelse i konkurrencesager	8
I. Retlig kontekst	8
A. Retten til erstatning	8
B. Nationale regler om tabsopgørelse og denne vejledning	8
II. Generel tilgang til tabsopgørelse i konkurrencesager	10
III. Vejledningens opbygning	13
Del 2 — Metoder og teknikker	15
I. Overblik	15
II. Sammenligningsbaserede metoder	16
A. Metoder til opstilling af et kontrafaktisk forløb	17
(1) Sammenligning over tid på det samme marked	17
(2) Sammenligning med data fra andre geografiske markeder	20
(3) Sammenligning med data fra andre produktmarkeder	21
(4) Kombination af sammenligninger mellem forskellige perioder og markeder	22
B. Metodens anvendelse i praksis: teknikker til estimering af prisen eller andre økonomiske variabler i det kontrafaktiske forløb	23
(1) Simple teknikker: individuelle dataobservationer, gennemsnit, interpoleringer og simple justeringer	24
(2) Regressionsanalyse	26
a. Regressionsanalyse og dens formål	26
b. Eksempler og illustrationer	27
c. Krav til brug af regressionsanalysen	31
(3) Valg af teknikker	33
III. Simulationsmodeller, omkostningsbaserede og økonomibaserede analyser og andre metoder	34
A. Simulationsmodeller	34
B. Omkostningsbaserede og økonomibaserede metoder	37
C. Andre metoder	40
IV. Valg af metode	40
Del 3 — Opgørelse af tab som følge af en prisforhøjelse	43
I. Virkninger af overtrædelser, der resulterer i en prisforhøjelse	43
II. Beregning af overprisen	44
A. Beregning af overpriser som følge af karteller	44
(1) Virkningerne af karteller	44

(2)	Den første overpris over for den direkte kunde	46
a.	Sammenligning over tid	47
b.	Andre sammenligningsbaserede metoder	49
(3)	Overvæltning af overprisen.....	50
B.	Beregning af overpriser forårsaget af andre typer overtrædelser.....	52
III.	Opgørelse af tab som følge af volumeneffekten.....	53
Del 4 —	Opgørelse af tab som følge af ekskluderende praksis	55
I.	Virkninger af ekskluderende praksis	55
II.	Opgørelse af tab for konkurrenterne	56
A.	Tidsdimensionen ved ekskluderende praksis	56
B.	Generel tilgang til opgørelse af tabt fortjeneste	57
C.	Eksisterende konkurrenter.....	58
(1)	Sammenligning over tid	59
(2)	Andre sammenligningsbaserede metoder	62
D.	Afskæring af nye konkurrenters adgang til markedet.....	63
E.	Erstatning for fremtidigt tab.....	64
III.	Opgørelse af tab for forbrugerne.....	65
A.	Genindvinding af den mistede fortjeneste ("recoupment").....	66
B.	Skade påført konkurrenter i deres ejendomme af kunder til overtrædere.....	67
	Liste over sager, hvortil der henvises	68

ARBEJDSDOKUMENT FRA KOMMISSIONENS TJENESTEGRENE

PRAKTISK VEJLEDNING I

TABSOPGØRELSE I ERSTATNINGSSØGSMÅL EFTER OVERTRÆDELSE AF ARTIKEL 101 ELLER 102 I TRAKTATEN OM DEN EUROPÆISKE UNIONS FUNKTIONSMÅDE

Ledsagedokument til

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i
traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

OVERSIGT

		<i>Punkt</i>
DEL 1	KONTEKST OG GENEREL TILGANG TIL TABSOPGØRELSE I KONKURRENCESAGER	0-24
I.	RETSLIG KONTEKST	0-9
A.	<i>Retten til erstatning</i> Retten til erstatning i EU-retten – effektivitets- og ækvivalensprincipperne [0]	1-1
B.	<i>Nationale regler om tabsopgørelse og denne vejledning</i> Overtrædelse og årsagssammenhæng [0] Nationale rammer og EU-rammer om erstatningskrav [3] Pragmatiske tilgange i national ret [□] Formålet med retningslinjerne [5] Retningslinjernes juridiske status [6-0]	0-9
II.	GENEREL TILGANG TIL TABSOPGØRELSE I KONKURRENCESAGER Begrebet "erstatning for lidt skade" [0,19], Det kontrafaktiske forløb [11], Hvorpå kan domstolen støtte sin afgørelse? [13] Vigtigste etaper i tabsopgørelsen [12-14], Iboende usikkerhed omkring tabsopgørelser [15-16],	0-19
III.	VEJLEDNINGENS OPBYGNING	0-24
DEL 2	METODER OG TEKNIKKER	0-124
I.	OVERBLIK Overblik over forskellige metoder [26], Sammenligningsbaserede metoder [26], Andre metoder [27].	0-30
II.	SAMMENLIGNINGSBASEREDE METODER Eksempel på sammenligningsbaseret analyse [0], Fordele ved den sammenligningsbaserede metode [36].	0-94
A.	<i>Metoder til opstilling af et kontrafaktisk forløb</i>	0-57
(1)	Sammenligning over tid på det samme marked Forskellige udgangspunkter for sammenligningen [38], Tilpasning til dataene [□], Valg	0-47

	mellem forskellige tilgange [42], Overtrædelsens ophørstidspunkt [43], Oligopolistiske markeder [44].	
(2)	Sammenligning med data fra andre geografiske markeder Tilstrækkeligt sammenlignelige geografiske markeder [49], Nabomarkeder [52].	0-52
(3)	Sammenligning med data fra andre produktmarkeder	0-54
(4)	Kombination af sammenligninger mellem forskellige perioder og markeder "Forskellen mellem forskellene" [0], Fordele og svagheder [57].	0-57
B.	<i>Metodens anvendelse i praksis: teknikker til estimering af prisen eller andre økonomiske variabler i det kontrafaktiske forløb</i> Muligheden for at bruge direkte tilgængelige data [59], Nødvendige tilpasninger (alternative årsager) [60], Valg mellem forskellige tilgange [61].	0-94
(1)	Simple teknikker: individuelle dataobservationer, gennemsnit, interpoleringer og simple justeringer Disponible data [63], Brug af gennemsnitsdata [65], Lineær interpolering [66], Identifikation af differentierende faktorer [0].	0-0
(2)	Regressionsanalyse	0-89
a.	<i>Regressionsanalyse og dens formål</i> Hvad går regressionsanalyser ud på? [0], Forskellige typer regressionsanalyser [70].	0-71
b.	<i>Eksempler og illustrationer</i> De basale etaper i en regressionsanalyse [0-76], regressionsanalyser med multiple variabler (multivariabelanalyse) [76] forudsigelsesmetoden [80].	0-80
c.	<i>Krav til brug af regressionsanalysen</i> Dataobservationer [0-84], usikkerhedselementer (statistisk signifikans) [86-87], "reducerede analyser" [89].	0-89
(3)	Valg af teknikker Valg af opgørelsesteknikker og proportionalitetshensyn [91-92].	0-94
III.	SIMULATIONSMODELLER, OMKOSTNINGSBASEREDE OG ØKONOMIBASEREDE ANALYSER OG ANDRE METODER	0-120
A.	<i>Simulationsmodeller</i> Modeller for oligopolistiske markeder [97], Brug af simulationsmodeller [99], Eksempel [100-102], Fordele og svagheder [102-105].	0-104
B.	<i>Omkostningsbaserede og økonomibaserede metoder</i> Den grundlæggende metode [106], Bestemmelse af de relevante omkostninger [109], Fortjeneste [110], Økonomibaseret metode [113-118].	0-118
C.	<i>Andre metoder</i>	0-120
IV.	VALG AF METODE	0-124
DEL 3	OPGØRELSE AF TAB SOM FØLGE AF EN PRISFORHØJELSE	0-178
I.	VIRKNINGER AF OVERTRÆDELSER, DER RESULTERER I EN PRISFORHØJELSE Direkte og indirekte kunder [0], Eksempler på overtrædelser [126], To typer skader: "overpris" og "volumen-/mængdeeffekt" [127].	0-134

II.	BEREGNING AF OVERPRISEN	0-173
A.	<i>Beregning af overpriser som følge af karteller</i>	0-170
(1)	Virkningerne af karteller Definition af kartelovertrædelser [0], Empiriske data/ økonomiske undersøgelser af kartellers generelle virkninger [140-144].	0-144
(2)	Den første overpris over for den direkte kunde Konkret eksempel på den skade, karteller kan påføre direkte kunder [146].	0-159
a.	<i>Sammenligning over tid</i> Sammenligning over tid i det konkrete eksempel [0], Anvendeligheden af data om priserne efter overtrædelser [152].	0-153
b.	<i>Andre sammenligningsbaserede metoder</i> Sammenligning med priserne på et andet geografisk marked [0], priserne på et andet produktmarked [159].	0-159
(3)	Overvæltning af overprisen Overvæltning og den omsætnings-/afsætningsreducerende virkning [161], overvæltningsargumentet og sager anlagt af indirekte kunder [163]. Sagsøgers og sagsøgte muligheder for at underbygge deres påstande [165], Markedsforhold, som kan påvirke overvæltningsgraden [0].	0-170
B.	<i>Beregning af overpriser forårsaget af andre typer overtrædelser</i>	0-173
III.	OPGØRELSE AF TAB SOM FØLGE AF VOLUMENEFFEKTEN	0-178
DEL 4	OPGØRELSE AF TAB SOM FØLGE AF EKSKLUDERENDE PRAKSIS	0-215
I.	VIRKNINGER AF EKSKLUDERENDE PRAKSIS Udelukkelse af konkurrenterne fra markedet: markedsafskærmning [0], Virkninger af ekskluderende praksis [180-181].	0-182
II.	OPGØRELSE AF TAB FOR KONKURRENTERNE	0-207
A.	<i>Tidsdimensionen ved ekskluderende praksis</i>	0-186
B.	<i>Generel tilgang til opgørelse af tabt fortjeneste</i> Opstilling af det kontrafaktiske forløb [0], Beregning af tabt fortjeneste [188-190], Muligheden for at kræve erstatning for kun en del af det lidte tab [190].	0-192
C.	<i>Eksisterende konkurrenter</i>	0-0
(1)	Sammenligning over tid Konkret eksempel [0-196], Brug af markedsandele [0].	0-197
(2)	Andre sammenligningsbaserede metoder	0
D.	<i>Afskæring af nye konkurrenters adgang til markedet</i> Specifikke problemer [0], Konkret eksempel [201-204].	0-204
E.	<i>Erstatning for fremtidigt tab</i>	0-207
III.	OPGØRELSE AF TAB FOR FORBRUGERNE	0-215
A.	<i>Genindvinding af den mistede fortjeneste ("recoupment")</i> Eksempel fra sag om prisdumping [0-0], Eksempel fra sag om fortrængning af en	0-213

B.	konkurrent [212]. <i>Skade påført konkurrenter i deres egenskab af kunder til overtrædere</i>	0-215
-----------	--	--------------

OVERSIGT OVER ILLUSTRERENDE EKSEMPLER

Melkartellet [0], [146]

Nægtelse af at levere et vigtigt input til produktionen af opløsningsmidler [0], [0], [0], [207]

Sagen om medicinsk udstyr [202], [204]

Eksempel fra sag om prisdumping[210], [213]

Del 1 — Kontekst og generel tilgang til tabsopgørelse i konkurrencesager

I. RETLIG KONTEKST

A. Retten til erstatning

1. Enhver, der har lidt en skade som følge af en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), har ret til at søge erstatning for denne skade. EU-Domstolen har fastslået, at det er en ret, som følger af den primære EU-ret¹. Med erstatning menes, at den skadelidte skal stilles i den situation, han ville have befundet sig i, hvis der ikke var sket nogen overtrædelse af disse traktatbestemmelser. Der er derfor ikke alene tale om erstatning for det faktisk lidt tab (*damnum emergens*), men også for tabt fortjeneste (*lucrum cessans*) og renter². Ved et faktisk lidt tab har den skadelidte fået formindsket sin formue, mens tabt fortjeneste betyder, at vedkommende er gået glip af den forøgelse af formuen, som ville være sket, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået³.
2. Det er normalt de nationale retter, der pådømmer civile erstatningssøgsmål⁴. Eftersom der ikke findes EU-regler herom, er det op til den enkelte medlemsstat i sin retsorden at fastsætte de nærmere regler for, hvordan den ret til erstatning, som sikres ved EU-retten, kan udøves. Disse regler må imidlertid ikke gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt eller praktisk talt umuligt at udøve de rettigheder, som EU-retten afføder (effektivitetsprincippet), og de må ikke være mindre gunstige end de regler, der gælder for erstatningssøgsmål efter krænkelse af tilsvarende rettigheder nedfældet i national lovgivning (ækvivalensprincippet)⁵.

B. Nationale regler om tabsopgørelse og denne vejledning

3. I sager om erstatning for skader, der er forvoldt ved en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, er de nationale domstole nødt til at afgøre, om sagsøger har lidt et tab på grund af overtrædelsen, og tage stilling til størrelsen af den erstatning for dette tab, som sagsøgeren i så fald skal have tilkendt⁶. Afgørelsen heraf er ofte vanskelig,

¹ Sag C-453/99, *Courage*, Sml. 2001 I, s. 6297, præmis 26; forenede sager C-295/04 - C-298/04, *Manfredi*, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 60 og sag C-360/09, *Pfleiderer*, Sml. 2011 I, s. 5161, præmis 36, og sag C-199/11, *Europeese Gemeenschap mod Otis NV og andre*, [2012], endnu ikke indberettet. Disse sager drejede sig om artikel 101 i TEUF (tidl. EF-traktatens artikel 81), men de samme principper gælder også i relation til artikel 102 i TEUF (tidl. EF-traktatens artikel 82) – sag C-360/09, *Pfleiderer*, Sml. 2011 I, s. 5161, præmis 36.

² Forenede sager C-295/04 - C-298/04, *Manfredi*, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 95.

³ Generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse i sag 238/78, *Ireks-Arkady GmbH mod Rådet og Kommissionen*, Sml. 1979, s. 2955, præmis 9.

⁴ De nationale retters internationale kompetence er i de fleste tilfælde reguleret af Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT L 12 af 16.1.2001, s. 1). Denne forordning er for nylig blevet erstattet af forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EUT L 351 af 20.12.2012, s. 1), som for størstedelens vedkommende træder i kraft den 10. januar 2015. Den materielle lov, der finder anvendelse i en konkret sag, vil ofte skulle afgøres ud fra EU-forordninger, især artikel 6 i forordning 864/2007 om lovvalg for forpligtelser uden for kontrakt (EUT L 199 af 31.7.2007, s. 40). Det vil som oftest være retsplejereglerne i domstolslandet, der finder anvendelse i en sag (*lex fori*). Erstatningssager kan også behandles af voldgiftsretter og retter i lande uden for EU.

⁵ Sag C-453/99, *Courage*, Sml. 2001 I, s. 6297, præmis 29; forenede sager C-295/04 - C-298/04, *Manfredi*, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 62.

⁶ Denne vejledning beskæftiger sig udelukkende med tabsopgørelse i forbindelse med krav om økonomisk (monetær) kompensation. Den omhandler ikke specifikt opgørelse af erstatning i forbindelse

fordi det er vanskeligt at vurdere og bevise tabets omfang⁷. Det er normalt også først nødvendigt i det øjeblik, hvor den nationale ret har fastslået, at de andre betingelser for, at der foreligger et erstatningskrav, er opfyldt, dvs. at der er begået en overtrædelse, og at der er en årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og den skade, sagsøger har lidt⁸.

4. Det er EU-retten og den nationale ret, der fastlægger rammerne om domstolenes opgørelse af skadelidtes tab i erstatningssager, bl.a. reglerne om:
 - hvilke former for skade der kan kræves erstatning for, og almindelige culperegler i forbindelse med erstatningskrav
 - krav om bl.a. årsagssammenhæng eller nærhed, som knytter den nødvendige forbindelse mellem den ulovlige handling og den lidt skade. I relation hertil har Domstolen præciseret, at eftersom der ikke findes EU-regler herom, er det op til den enkelte medlemsstat i sin retsorden at fastsætte de nærmere regler for kravene til denne årsagssammenhæng, under fuld overholdelse af effektivitets- og ækvivalensprincippet⁹
 - retsplejeregler for prøvelse af krav om erstatning. Den nationale lovgivning indeholder typisk regler om bevisbyrdens fordeling og parternes respektive forpligtelser til at fremsætte faktiske anbringender og belyse sagen i retten¹⁰.
 - beviskrav, der kan variere i sagens forskellige stadier og også kan være forskellige for spørgsmålet om erstatningsansvaret og spørgsmålet om erstatningsbeløbet
 - i hvilket omfang og hvordan domstolene kan opgøre den lidt skade på grundlag af deres bedste skøn eller rimelighedsbetragtninger og
 - hvilke former for bevis der accepteres, hvilken rolle beviser spiller i civile søgsmål, og hvordan de vurderes (især udtalelser fra sagkyndige).
5. Inden for rammerne af deres respektive retssystemer har lovgivere og domstole ofte fulgt en pragmatisk tilgang til udmåling af erstatninger. De har f.eks. ofte opstillet formodninger og vendt op og ned på bevisbyrden, f.eks. når den ene part allerede havde fremlagt en vis mængde beviser. Desuden kan medlemsstaternes lovgivning indeholde bestemmelser om, at den ulovlige fortjeneste, den eller de ulovligt handlende virksomheder har opnået, har betydning - enten direkte eller indirekte - for opgørelsen af de skadelidtes tab¹¹.
6. Formålet med denne vejledning er at give domstole og parter i erstatningssager en økonomisk og praktisk indsigt, der kan være nyttig ved anvendelsen af nationale regler og national praksis. Den belyser med henblik herpå, hvilke skader en konkurrenceskadelig praksis, som udøves i strid med traktaten, kan forvolde, og

med andre civilretlige retsmidler, men giver et indblik, der kan være nyttigt også i forbindelse med andre former for retsmidler, især ved restitutionskrav.

⁷ Se nærmere herom i punkt 11 ff. i del II nedenfor.

⁸ Artikel 16 i forordning 1/2003. Denne vejledning beskæftiger sig ikke specifikt med spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt praksis udgør en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF.

⁹ Forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 61 og 64, og sag C-453/99, Courage, Sml. 2001 I, s. 6297, præmis 29.

¹⁰ Som eksempel på en fordeling af bevisbyrden i konkurrencesager kan henvises til *Kammergericht Berlins* dom af 1. oktober i sag 2 U 10/03 Kart (*Vitaminpreise*).

¹¹ Se punkt 146 i del 3 nedenfor.

hvilke metoder og teknikker der især kan bruges til at opgøre sådanne skader¹². Den kan være en hjælp for en sagsøger, der skal fremføre sine påstande i retten angående erstatningskravets størrelse, og for en sagsøgt, der skal forsvare sig mod sagsøgers påstande. Den vil også kunne hjælpe parterne med at nå frem til en mindelig løsning på deres tvister, enten inden eller uden for rammerne af en retssag eller en alternativ konfliktløsningsordning.

7. Denne vejledning er kun orienterende, den er ikke bindende for de nationale domstole og ændrer intet ved de retsregler, der gælder i medlemsstaterne om erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF¹³.
8. Og spørgsmålet om, hvorvidt anvendelsen af nogle af de metoder og teknikker, der er beskrevet i denne vejledning, vil være hensigtsmæssig i en given sag - og i så fald hvilke af dem - afhænger af den nationale lovgivning anvendt i overensstemmelse med de ovennævnte EU-retlige effektivitets- og ækvivalensprincipper. I den forbindelse vil det formentlig være relevant at se på
 - om en bestemt metode eller teknik opfylder kravene i den nationale lovgivning,
 - om den part, der har bevisbyrden, har adgang til tilstrækkelige data til at kunne anvende denne metode eller teknik,
 - om det arbejde og de omkostninger, det vil være forbundet med, står i et rimeligt forhold til erstatningskravets værdi.

Det kan f.eks. være meget vanskeligt at udøve den ret til skadeserstatning, som EU-retten hjemler, og dermed rejse problemer i relation til effektivitetsprincippet, hvis det er forbundet med uforholdsmæssigt store omkostninger, eller der stilles alt for store krav til nøjagtigheden og rigtigheden af en tabsopgørelse¹⁴.

9. Intet i denne vejledning bør opfattes som argumenter mod brugen af mere pragmatiske tilgange eller for lempelser eller skærpelser af beviskravene eller graden af detaljer i de indlæg, parterne skal afgive i medlemsstaternes retsordener. Det kan meget vel være tilstrækkeligt, at parterne fremfører anbringender og fremlægger beviser angående skadens omfang, der er mindre detaljerede end de metoder og teknikker, der beskrives i denne vejledning.
10. Det bemærkes desuden, at den økonomiske viden om skader forvoldt af overtrædelser af konkurrencereglerne og metoderne og teknikkerne til opgørelse af sådanne skader hele tiden udvikler sig, i takt med udviklingen i den teoretiske og empiriske forskning og domstolenes retspraksis på dette område. Denne vejledning skal derfor ikke betragtes som udtømmende.

II. GENEREL TILGANG TIL TABSOPGØRELSE I KONKURRENCESAGER

11. Formålet med at yde erstatning for den skade, der er lidt, er at genindsætte den skadelidte part i den stilling, vedkommende ville have haft, hvis overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF ikke havde fundet sted: det betyder, at der skal foretages en sammenligning mellem den skadelidtes aktuelle stilling og den stilling,

¹² Ved udarbejdelsen af denne vejledning har Kommissionen trukket på forskellige undersøgelser, den har sat i gang, samt på bemærkninger indkommet fra eksterne eksperter, se <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Den har heller ingen indvirkning på medlemsstaternes og fysiske og juridiske personers rettigheder og forpligtelser i henhold til EU-retten

¹⁴ Se også punkt 15 og 16 nedenfor.

vedkommende ville have befundet sig i uden overtrædelsen. Der er altså tale om en kontrafaktisk vurdering ("but-for analysis").

12. Det centrale spørgsmål ved tabsopgørelse i konkurrencesager er altså spørgsmålet om, hvad der må antages at ville være sket, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. Eftersom der er tale om en hypotetisk situation, som ikke kan observeres direkte, må der nødvendigvis anlægges et vist skøn for at nå frem til et realistisk forløb, som den aktuelle situation kan sammenlignes med. Dette referenceforløb betegnes som "situationen uden overtrædelsen" eller det "kontrafaktiske forløb" (*"the non-infringement scenario"* eller *"the counterfactual scenario"*).
13. I den konkrete sag er det de konkrete omstændigheder i den pågældende sag og de oplysninger og det bevismateriale, retten råder over (herunder afgørelser truffet af konkurrencemyndigheder), der må lægges til grund ved afgørelsen af, om overtrædelsen rent faktisk har påført sagsøger skade, og i så fald hvor stor denne skade er. Enhver opgørelse af den skade, en overtrædelse har forvoldt, må tage udgangspunkt i, hvori den konkrete (påståede) overtrædelse består, og hvordan den har kunnet påvirke et bestemt marked.
14. I en konkret sag råder en national domstol måske over forskellige direkte beviser af relevans for tabsopgørelsen, f.eks. forretningsdokumenter fremlagt af en af parterne om aftalte prisforhøjelser og gennemførelsen af dem eller om vurdering af den pågældende parts position på markedet. De kan også basere sig på mundtlige vidneudsagn. Et sådant bevismateriale kan spille en vigtig rolle ved domstolens afgørelse af, om en part i en erstatningssag kan benytte nogen af de nedenfor beskrevne metoder og teknikker for at opfylde beviskravene i den gældende lovgivning, og i så fald hvilke(n) af dem.
15. Det er arten af den skade, sagsøger søger erstatning for, der er afgørende for, hvilke typer økonomiske variabler (som priser, afsætningsmængder, fortjeneste, omkostninger eller markedsandele) der skal lægges til grund. Er der f.eks. tale om et kartel, der har resulteret i højere priser for kartellets kunder, vil det være nødvendigt at estimere en kontrafaktisk pris ved at etablere et sammenligningsgrundlag, som så en kan sammenholdes med den pris, disse kunder reelt måtte betale. Er der tale om et misbrug af dominerende stilling, der har holdt konkurrenterne ude af markedet, kan den fortjeneste, disse konkurrenter derved gik glip af, måles ved at sammenligne deres faktiske omsætning og avance med den omsætning og avance, de ville have haft uden overtrædelsen.
16. Man kan ikke med sikkerhed vide helt nøjagtigt, hvordan markedet ville have udviklet sig uden overtrædelsen af artikel 101 eller 102 i TEUF. Priser, salg og avancer afhænger af flere forskellige faktorer og af komplekse, ofte strategiske, interaktioner mellem markedsaktører, som det er vanskeligt at få overblik over. Opstillingen af et kontrafaktisk forløb må derfor i sagens natur bero på en række antagelser¹⁵. Denne begrænsning forstærkes af, at der i praksis ofte ikke er adgang til alle de nødvendige data.

¹⁵ De begrænsninger, en sådan vurdering af en hypotetisk situation er underlagt, og implikationerne heraf er blevet anerkendt af Domstolen (i forbindelse med opgørelse af tabt fortjeneste i en erstatningssag mod Det Europæiske Fællesskab i landbrugssektoren), som udtalte, at *"den tabte fortjeneste ikke er resultatet af en simpel matematisk beregning, men af en opgørelse og bedømmelse af komplekse økonomiske oplysninger. Domstolen må således vurdere økonomisk virksomhed, som i vid udstrækning er hypotetisk. I lighed med en national retsinstans råder den derfor over en betydelig skønsmargen - det være sig med hensyn til de tal og statistiske oplysninger, der skal lægges til grund, eller især med*

17. Det er derfor i sagens natur stærkt begrænset, hvor store forventninger man kan have til sikkerheden og nøjagtigheden af tabsopgørelser i konkurrencesager. Der findes ikke én korrekt opgørelse af værdien af en lidt skade, men kun skøn baseret på antagelser og tilnærmelsesvis beregninger¹⁶. Disse iboende begrænsninger i relation til tabsopgørelser ved overtrædelser af artikel 101 og 102 i TEUF bør afspejles i de gældende nationale regler og fortolkningen af dem, i overensstemmelse med effektivitetsprincippet, således at de ikke gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve den traktatfæstede ret til erstatning i praksis.
18. I denne vejledning skitseres en række af de metoder og teknikker, som i praksis er blevet udviklet af økonomer og jurister for at kunne opstille et passende referenceforløb og sætte tal på de relevante økonomiske variabler (i et priskartel f.eks. den pris, som ville have været gældende for en vare, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted)¹⁷. Disse metoder og teknikker bygger på forskellige tilgange og adskiller sig fra hinanden med hensyn til de underliggende antagelser og de oplysninger, de kræver. De adskiller sig også fra hinanden med hensyn til, i hvilket omfang de tager højde for andre faktorer end overtrædelsen, der kan have påvirket sagsøgers situation. De forskellige metoder og teknikker kan derfor være mere eller mindre vanskelige at anvende og mere eller mindre tidkrævende og bekostelige.
19. Når først der er sat et tal på den relevante økonomiske variabel (f.eks. priser, avance eller omsætning) i det kontrafaktiske forløb, må det sammenlignes med de faktiske forhold (f.eks. den pris, den skadelidte part reelt har måttet betale) for at få klarhed over størrelsen af den skade, overtrædelsen af artikel 101 eller 102 i TEUF har forvoldt.
20. Det vil desuden være nødvendigt at overveje, om der skal påløbe renter. Tilkendelse af renter er et vigtigt element i erstatningen. Som det er blevet understreget af Domstolen, indebærer fuld erstatning for den lidt skade nødvendigvis også erstatning for de negative virkninger, der skyldes den tid, der er gået, siden overtrædelsen forvoldte den pågældende skade¹⁸. Disse negative virkninger kan bero på inflation¹⁹ ("den indtrufne pengeforringelse") og skadelidtes eventuelle tab som følge af manglende rådighed over kapitalen²⁰. Den nationale lovgivning kan tage højde for disse virkninger med bestemmelser om lovpligtige renter eller andre former for renter, så længe de stemmer overens med de ovennævnte principper om effektivitet og ækvivalens.

hensyn til anvendelsen af disse ved beregningen og bedømmelsen af tabet", se forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 203, præmis 79.

¹⁶ Se f.eks. sag ved Det Forenede Kongeriges *Competition Appeal Tribunals* dom af 28. marts 2013, sag nr. 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig*) for et eksempel på en national domstols rekonstruktion af et kontrafaktisk forløb og de spørgsmål, der opstår på grundlag af de underlæggende antagelser.

¹⁷ Se del 2 nedenfor.

¹⁸ Sag C-271/91, Marshall, Sml. 1993 I, s. 4367, præmis 31; forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 97; Europa-Kommissionens hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelser af EU's konkurrenceregler (KOM(2008) 165), afsnit 2.5, og det ledsagende arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene (SEK(2008) 404), punkt 187.

¹⁹ Se sag C-308/87, Grifoni II, Sml. 1994 I, s. 341, præmis 40, generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i sag C-308/87, Grifoni II, Sml. 1994 I, s. 341, præmis 25; forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 203, præmis 51. Hvad angår tab af købekraft, se forenede sager T-17/89, T-21/89 og T-25/89, Brazzelli Lualdi, Sml. 1992 II, s. 293, præmis 40.

²⁰ Generaladvokat Saggios forslag til afgørelse i forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 203, præmis 105.

III. VEJLEDNINGENS OPBYGNING

21. Grundlaget for et erstatningskrav er påstanden om, at en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF har skadet sagsøgers stilling. Der kan generelt sondres mellem to hovedkategorier af skadelige virkninger af sådanne overtrædelser:
- a) Overtrædelser af konkurrencereglerne kan resultere i, at en virksomhed, der overtræder reglerne, hæver de priser, som dens kunder skal betale²¹. Der kan f.eks. være tale om overtrædelser af artikel 101 i TEUF i form af karteller med prisfastsættelse, markedsdeling eller udbudsbegrænsning. Misbrug af dominerende stilling efter artikel 102 i TEUF kan også have denne virkning.

Prisforhøjelserne betyder, at de kunder, der køber den pågældende vare eller tjeneste²², kommer til at betale en overpris. De kan desuden også resultere i en nedgang i efterspørgslen og et tab af fortjeneste for de kunder, som bruger varen til deres egne økonomiske aktiviteter²³.
 - b) Overtrædelser af artikel 101 og 102 i TEUF kan også bestå i en ulovlig praksis, hvor en virksomhed eliminerer konkurrenter fra markedet eller formindsket deres markedsandel²⁴. Typiske eksempler herpå er misbrug af dominerende stilling i form af margin squeeze, dumpingpriser ("*predatory pricing*") eller koblingssalg ("*tying*") eller visse vertikale eksklusivaftaler mellem leverandører og distributører, der er i strid med konkurrencereglerne²⁵. Sådanne overtrædelser kan få stor indvirkning på konkurrenterne, som lider skade ved at gå glip af forretningsmuligheder og fortjeneste på dette marked. Udelukkelse af konkurrenter og afsvækkelse af konkurrencen på et marked vil også gå ud over kunderne, som typisk kommer til at betale højere priser.
22. Overtrædelser af artikel 101 og 102 i TEUF kan også have andre skadelige virkninger, f.eks. for produktkvaliteten og innovationen. I denne vejledning fokuseres der på de to hovedkategorier af skader og de kategorier af skadelidte²⁶, der er beskrevet i punkt 21. De metoder og teknikker, der gennemgås i det følgende, kan dog også være relevante i erstatningssøgsmål, der drejer sig om andre former for skader og andre skadelidte.
23. Del 3 i denne vejledning drejer sig specielt om opgørelse af den type tab, der er omhandlet i punkt 21(a). Der gives en beskrivelse af, hvilke virkninger prisforhøjelser som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne typisk vil have på markedet, og eksempler på, hvordan disse typer skader (især de skader, der beror på overpriser og nedgang i efterspørgslen) kan opgøres.
24. Del 4 i denne vejledning drejer sig specielt om opgørelse af den type tab, der er omhandlet i punkt 21(b). Der gives en beskrivelse af, hvilke virkninger udelukkelse

²¹ Hvis den ulovlige konkurrencebegrænsning drejer sig om de implicerede virksomheders indkøbsadfærd, vil virkningen bestå i, at disse virksomheder betaler deres leverandører en lavere indkøbspris. Se nærmere herom under punkt 134 i del 3, afsnit 1.

²² For nemheds skyld taler vi kun om de "varer" eller "produkter", der berøres af en overtrædelse af konkurrencereglerne, men begrebet omfatter naturligvis også tjenesteydelser.

²³ Se nærmere herom i punkt 127 ff. i del 3, afsnit 1.

²⁴ Sag C-209/10, Post Danmark, endnu ikke indberettet, præmis 22, 23 og 24.

²⁵ Vertikale aftaler er aftaler indgået mellem virksomheder, der opererer i forskellige led i forsyningskæden.

²⁶ Denne vejledning beskæftiger sig ikke specifikt med andre typer skadelidte end de under a) og b) i punkt 21 beskrevne, selv om der også er andre, der kan lide skade ved overtrædelser i form af overpriser eller udelukkelse af konkurrenter, se også fodnote 106.

af konkurrenter fra et marked kan have, og eksempler på, hvordan disse typer skader (især tabt fortjeneste for de udelukkede konkurrenter og skadelige virkninger for kunderne) kan opgøres.

25. De vigtigste metoder og teknikker, der findes til opgørelse af skader forvoldt af overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF, er fælles for alle de typer skader, som sådanne overtrædelser kan forvolde. Disse metoder og teknikker gennemgås derfor i del 2, som bl.a. beskriver de grundantagelser, disse metoder bygger på, og forklarer deres anvendelse i praksis.

Del 2 — Metoder og teknikker

I. OVERBLIK

26. Der findes forskellige metoder til at opstille et kontrafaktisk forløb til brug for tabsopgørelse i erstatningssøgsmål i konkurrencesager.
27. De metoder, der anvendes mest af parter og domstole, går ud på at skønne, hvad der ville være sket uden overtrædelsen, ved at se på tiden før og efter overtrædelsen eller på andre markeder, som ikke er blevet berørt af overtrædelsen. Ved sådanne sammenligningsbaserede metoder anvendes de data (priser, omsætning, avance eller andre økonomiske variabler), der kunne observeres i den upåvirkede periode eller på de upåvirkede markeder, som indikator for det kontrafaktiske forløb. Ved disse metoder gøres der undertiden brug af økonometri, som kombinerer den økonomiske teori med statistiske eller kvantitative metoder til identificering og måling af økonomiske sammenhænge mellem variabler. I afsnit II nedenfor (punkt 32-95) gives en beskrivelse af de forskellige sammenligningsbaserede metoder og de teknikker, der anvendes i forbindelse med dem.
28. Andre metoder end de sammenligningsbaserede metoder gennemgås i afsnit III (punkt 96-121). En af dem benytter økonomiske modeller tilpasset til det konkrete marked til simulering af, hvordan markedet formentlig ville have set ud, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. Disse modeller gør brug af økonomisk teori til at beskrive, hvordan et marked sandsynligvis vil fungere, ud fra dette markeds væsentligste karakteristika (f.eks. antallet af konkurrenter, hvordan de konkurrerer med hinanden, graden af produktdifferentiering, adgangsbarrierer). Blandt andre metoder kan fremdrages den omkostningsbaserede metode, hvor det kontrafaktiske forløb opstilles på grundlag af produktionsomkostningerne for de berørte produkter med tillæg af en "rimelig" avance, eller økonomibaserede metoder, der tager udgangspunkt i sagsøgers eller sagsøgte økonomiske resultater.
29. Hver af disse metoder og teknikker har særlige karakteristika og stærke og svage sider, der gør dem mere eller mindre egnede til at vurdere den skade, der er lidt under et konkret sæt omstændigheder. Forskellen mellem dem beror især på, i hvilket omfang de bygger på data, der er resultatet af faktiske interaktioner på markedet, eller på antagelser baseret på økonomisk teori, og i hvilket omfang de tager højde for andre faktorer end overtrædelsen af konkurrencereglerne, der kan have haft indvirkning på den erstatningssøgende. Der er desuden også forskel på, hvor simple de enkelte metoder og teknikker er at anvende, og på, hvilke og hvor mange data de kræver.
30. Formålet med at bruge disse metoder er at få dannet sig et overblik over, hvordan det pågældende marked ville have udviklet sig, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted, men mere direkte oplysninger, som parterne og domstolen har adgang til (f.eks. interne dokumenter fra de virksomheder, der har begået overtrædelsen, om aftalte prisforhøjelser) kan også i overensstemmelse med gældende national lovgivning være nyttige ved vurderingen af skaderne i en given sag²⁷.

²⁷

Se f.eks. *Oberlandesgericht Karlsruhes* dom af 11. juni 2010 i sag 6 U 118/05, hvor konkrete prisforhøjelser, der var aftalt i et kartel, efter gældende tyske regler om bevisførelse og prima facie-beviser blev lagt til grund for opgørelsen af skadeserstatningen. Dommen blev appelleret, men denne del af den blev stadfæstet af *Bundesgerichtshof*'s dom af 28. juni 2011 i sag nr. KZR 75/10.

31. Afsnit IV indeholder en række betragtninger om valget af den metode, man vil benytte, som normalt vil afhænge af sagens omstændigheder og de krav, den gældende lovgivning stiller.

II. SAMMENLIGNINGSBASEREDE METODER

32. For at give et indtryk af, hvordan sammenligningsbaserede metoder fungerer i praksis, vil vi se på et (rent fiktivt) eksempel på en erstatningssag i forbindelse med et hypotetisk kartel i strid med artikel 101 i TEUF²⁸.

Melkartellet

I en medlemsstat har konkurrencemyndigheden truffet en afgørelse, hvori alle landets møllerier er fundet skyldige i at have aftalt priser på maling af korn og fremstilling af mel.

Et bageri, der i de seneste år jævnlige har købt mel, anlægger erstatningssag mod et af møllerierne. Bageriet gør gældende, at kartellet har resulteret i en ulovlig prisforhøjelse på det mel, det købte fra mølleriet. Det kræver erstatning for den overpris, det har måttet betale igennem de seneste år.

33. Det centrale spørgsmål i relation til tabsopgørelsen i det ovennævnte eksempel er, hvilken pris det erstatningssøgende bageri ville have betalt for melet, hvis den ulovlige prisaf tale ikke fandtes. Hvis man benytter en sammenligningsbaseret metode, drejer det sig om at sammenligne prisen i kartelforløbet med prisen i det kontrafaktiske forløb, som opstilles på basis af de priser, der kan observeres:

- enten på det samme marked i tiden før og/eller efter kartellet (1) eller
- på et andet, men sammenligneligt geografisk marked (2) eller
- på et andet, men sammenligneligt produktmarked (3).

Det er også muligt at kombinere sammenligningen over tid med en sammenligning mellem forskellige geografiske markeder eller produktmarkeder (4).

34. I dette eksempel med melkartellet fokuseres der på priserne. Man kan dog også bruge disse metoder med andre økonomiske variabler, som f.eks. markedsandele, avancer, kapitalafkast, værdien af en virksomheds aktiver eller dens omkostningsniveau. Hvilke økonomiske variabler det vil være mest hensigtsmæssigt at lægge til grund ved en tabsopgørelse, afhænger af de konkrete omstændigheder i sagen.
35. De data, der benyttes i sådanne sammenligninger mellem markeder eller perioder, kan omfatte hele markedet (den gennemsnitlige pris, som alle bagerier på et geografisk nabomarked betaler for mel) eller kun bestemte markedsaktører (f.eks. den pris, visse kundegrupper som f.eks. grossister betaler for mel på et nabomarked).
36. Især i sager, hvor der er tale om udelukkelse af konkurrenter (ekskluderende praksis), kan det også være en god idé at sammenligne data fra kun én markedsaktør. Som eksempel på en sådan sammenligning mellem individuelle virksomheder, f.eks. den skadelidte og en tilstrækkeligt sammenlignelig anden virksomhed, kan nævnes en sammenligning mellem den fortjeneste, der realiseres af en virksomhed, som søger at komme ind på et nyt marked, hvor den stilles over for en ekskluderende praksis i strid med EU's konkurrenceregler, og den fortjeneste, som en sammenlignelig nyttilkommen virksomhed har på et andet, men sammenligneligt geografisk marked, hvor den ikke påvirkes af nogen konkurrenceskadelig praksis. Afsnit A.1-A.4

²⁸

Dette eksempel belyses mere indgående i punkt 147.

nedenfor omhandler sammenligninger baseret på aggregerede markedsdata og virksomhedsspecifikke data²⁹.

37. Fordelen ved alle de sammenligningsbaserede metoder ligger i, at de benytter data fra det virkelige liv observeret på det samme eller et sammenligneligt marked³⁰. De sammenligningsbaserede metoder bygger på den forudsætning, at det forløb, der sammenlignes med, kan anses for at være repræsentativt for, hvad der ville være sket uden overtrædelsen af konkurrencereglerne, og at forskellen mellem de to sæt data - med og uden overtrædelsen - beror på overtrædelsen. Blandt de markedskarakteristika, der kan have væsentlig betydning for, om to markeder er tilstrækkeligt sammenlignelige, er graden af konkurrence og koncentration på disse markeder, omkostningsforhold og efterspørgselsforhold samt eventuelle adgangsbarrierer. Hvorvidt graden af sammenlignelighed mellem de to markeder eller perioder kan antages at være tilstrækkelig stor til, at resultaterne af denne sammenligning kan bruges til at opgøre skadelidtes tab, afhænger af de nationale retsordener³¹. Hvor der er store forskelle mellem de betragtede perioder eller markeder, findes der forskellige teknikker til at tage højde for disse forskelle³².

A. *Metoder til opstilling af et kontrafaktisk forløb*

(1) **Sammenligning over tid på det samme marked**

38. En ofte anvendt metode består i at sammenligne den faktiske situation i den periode, i løbet af hvilken overtrædelsen af konkurrencereglerne havde virkning, med situationen på det samme marked, før overtrædelsen begyndte at få virkning, eller efter at den ophørte³³. Hvis en virksomhed f.eks. misbrugte sin dominerende stilling ved at holde en konkurrent ude af markedet i 2004 og 2005, kunne man f.eks. se på konkurrentens fortjeneste i denne periode og den fortjeneste, han havde i 2002 og 2003, hvor der endnu ikke bestod nogen overtrædelse³⁴. Et andet eksempel kunne være et priskartel (som det ovennævnte melkartel), der bestod fra 2005 til 2007, og hvor man så sammenlignede den pris, kartellets kunder betalte i kartelperioden, med den pris, de betalte efter kartellets ophør, dvs. i 2008 og 2009³⁵.

²⁹ En sammenligning med en anden virksomheds virksomhedsdata kan teoretisk set foretages ikke alene for virksomheder, der operer på et andet geografisk eller produktmarked, jf. afsnit 2-4 nedenfor, men også for virksomheder, som opererer på det samme geografiske eller produktmarked som den skadelidte. I praksis spiller sådanne sammenligninger inden for det samme marked ikke nogen større rolle, for inden for det samme marked kan det være vanskeligt at finde frem til en tilstrækkeligt sammenlignelig anden virksomhed, som ikke blev berørt af den konkurrenceskadelige praksis. I de følgende afsnit diskuteres sådanne sammenligninger inden for samme marked derfor ikke yderligere.

³⁰ Dette aspekt blev bl.a. understreget af *Bundesgerichtshof* i dom af 19. juni 2007, sag nr. KRB 12/07 (*Papirgrossistkartel*).

³¹ Se nærmere herom i punkt 93. Et eksempel på spørgsmål, der kan opstå, når man vurderes dataenes sammenlignelighed kan ses i *Tribunal Administratif de Paris'* afgørelse af 27. marts 2009, (*SNCF mod Bouygues*).

³² Se mere herom i punkt 0-94 i afsnit B.

³³ Se f.eks. *Corte d'Appello di Milanos* dom af 11. juli 2003, (*Bluvacanze*) og *Corte d'Appello di Milanos* dom af 3. februar 2000 i sag I, 308 (*Inaz Paghe v Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (i begge sager blev sammenligningen foretaget for tiden før, under og efter), *Landgericht Dortmunds* dom af 1. april 2004 i sag 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) (sammenligning før og efter); *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz'* dom af 17. august 2007 i sag 17 R 91/07 p (*Køreskole*) (hvor en sammenligning før og efter blev accepteret).

³⁴ For mere detaljerede eksempler på metodens anvendelse i forbindelse med overtrædelser i form af ekskluderende adfærd henvises til del 4 nedenfor.

³⁵ For mere detaljerede eksempler på metodens anvendelse i forbindelse med overtrædelser i form af overpriser henvises til del 3 nedenfor.

39. Der er i princippet tre referencepunkter, der kan bruges til sammenligningen over tid³⁶:
- en upåvirket periode før overtrædelsen (sammenligning mellem før og under - i eksemplet med melkartellet altså en sammenligning mellem priserne på mel på det samme marked i perioden *før* de blev påvirket af overtrædelsen, og de priser, der var påvirket af overtrædelsen)
 - en upåvirket periode efter overtrædelsen (sammenligning mellem før og efter - i melkarteleksemplet en sammenligning af de priser, der var påvirket af overtrædelsen, med de priser, der blev betalt på det samme marked *efter* overtrædelsens ophør) og
 - både en upåvirket *før- og efter*-periode (sammenligning mellem før, under og efter).
40. Det vil normalt kræve en god indsigt i den pågældende branche at vælge den rette referenceperiode og de rette data, og valget må foretages med udgangspunkt i den konkrete sag. Valget vil også blive påvirket af, hvilke data der foreligger, og hvilke regler der gælder med hensyn til beviskrav og bevisbyrde.
41. En af fordelene ved alle de metoder, der går ud på at sammenligne data fra det *samme* geografiske marked og produktmarked i forskellige perioder, består i, at markedsforholdene - i relation til f.eks. graden af konkurrence, markedsstruktur, omkostninger og efterspørgsel - kan være mere sammenlignelige, end hvis der sammenlignes med forskellige geografiske og produktmarkeder.
42. Men også ved sammenligninger over tid hænder det, at nogle af forskellene mellem de to datasæt ikke alene beror på overtrædelsen. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt at foretage justeringer i de data, der er observeret i sammenligningsperioden, for at kunne tage højde for forskelle i forhold til overtrædelsesperioden³⁷, eller at vælge en anden sammenligningsperiode eller et andet marked. Er der tale om en længerevarende overtrædelse, vil det nok være urealistisk at antage, at f.eks. priserne fra for 10 år siden ville have holdt sig uændret uden overtrædelsen, hvilket kan tale for f.eks. en sammenligning med perioden umiddelbart før og efter overtrædelsesperioden. I forbindelse med langvarige overtrædelser kan det også være nødvendigt at afklare praktiske spørgsmål omkring dataenes sammenlignelighed, der beror på den måde, dataene er registreret på af virksomhederne (f.eks. ændringer i regnskabspraksis eller i den software, der er benyttet).
43. Når de nødvendige data foreligger, vil valget mellem en sammenligning "før og under", "under og efter" eller "før, under og efter" bero på flere forskellige faktorer. Det er yderst usandsynligt, at man vil kunne fastlægge en referenceperiode, hvor markedsforholdene nøjagtigt svarer til, hvad der ville være sket i overtrædelsesperioden, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. Det er kun muligt at identificere en periode, der er tilstrækkeligt sammenlignelig til, at der kan opstilles et sandsynligt kontrafaktisk forløb. Man bør også tage hensyn til, at der kan være usikkerhed om, hvilke perioder der rent faktisk ikke var påvirket af overtrædelsen. Nogle overtrædelser begynder eller ophører gradvis, og der er ofte tvivl om, hvornår

³⁶ Denne metode med sammenligning over tid kunne man også kalde "før-og-efter"-metoden eller "benchmark-metoden".

³⁷ Med hensyn til sådanne justeringer og især muligheden for at benytte en regressionsanalyse henvises til punkt 59-95 i afsnit B nedenfor.

en overtrædelse helt nøjagtigt begyndte, og i særdeleshed om, hvornår den begyndte at få virkninger. I konkurrencemyndighedernes afgørelser henvises der da også ofte til indicier for, at overtrædelsen kan have startet på et tidligere tidspunkt, end hvad der i afgørelsen anføres som overtrædelsens begyndelse³⁸. Økonometriske analyser af de observerede data kan være en måde, hvorpå man kan afklare, hvornår overtrædelsens virkninger begyndte eller ophørte.

44. Det kan være lettere at fastslå, hvornår en overtrædelse og dens virkninger ophørte, end hvornår den begyndte, men også her kan der være usikkerhed om, hvorvidt perioden umiddelbart efter overtrædelsens ophør ikke var påvirket af den konkurrenceskadelige adfærd³⁹. Hvis der f.eks. går en vis tid, før markedsforholdene igen bliver normale, kan det bevirke, at man undervurderer overtrædelsens virkninger, hvis man baserer sig på data fra perioden umiddelbart efter overtrædelsens ophør. Det kan også ske, at priserne i en kort periode efter et kartels ophør er særligt lave, fordi virksomhederne måske midlertidigt fører en aggressiv prispolitik, indtil markedsforholdene igen er blevet normale.
45. Især på oligopolistiske markeder kan der opstå et andet fænomen, nemlig at karteldeltagerne udnytter den viden, de har opnået gennem kartellet, til at samordne deres adfærd uden dermed at handle i strid med artikel 101. I en sådan situation vil priserne umiddelbart efter overtrædelsens ophør sandsynligvis ligge højere, end hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted, og vil kun kunne danne basis for et minimumsskøn, dvs. et skøn over den skade, som overtrædelsen mindst har forvoldt. Det kan være bedre at lægge perioden umiddelbart før overtrædelsen til grund, hvis der hen imod overtrædelsesperiodens slutning skete radikale ændringer i markedsforholdene på grund af udefrakommende faktorer (f.eks. en brat stigning i råvarepriserne eller en stigning i efterspørgslen efter produktet)⁴⁰.
46. Men selv om der er tvivl om, hvorvidt en bestemt periode før eller efter overtrædelsen var påvirket af overtrædelsen eller ej, vil denne periode dog stadigvæk kunne bruges som referenceperiode til at opstille et pålideligt skøn og vurdere, hvilken skade der mindst er forvoldt (altså et estimat over den "nedre grænse" eller minimumsestimat)⁴¹.
47. Under visse omstændigheder vil der kunne opstilles et kontrafaktisk forløb på basis af to referenceperioder (før og efter overtrædelsen), f.eks. ved at bruge gennemsnittet for de to perioder eller ved brug af andre teknikker, for at få et billede af udviklingstendenserne på markedet i løbet af overtrædelsesperioden⁴². Man kan også lægge perioden før overtrædelsen til grund som referenceperiode frem til det punkt i

³⁸ Det kan være, at konkurrencemyndigheden lægger en bestemt overtrædelsesperiode til grund, selv om overtrædelsen reelt kan have bestået ud over denne periode

³⁹ Se *Oberlandesgericht Karlsruhes* dom af 11. juni 2010 i sag nr. 6 U 118/05 (som er appelleret), hvor retten statuerede, at de priser, der blev anvendt i fem måneder efter overtrædelsens ophør, stadigvæk var påvirket af kartellet.

⁴⁰ For den korte overtrædelsesperiode efter en sådan ændring kan det være bedre at sammenligne med data for perioden umiddelbart efter overtrædelsen, eftersom de muligvis bedre afspejler markedsforholdene efter ændringen. Men hvis ændringen af markedsforholdene skyldtes selve overtrædelsen (f.eks. hvis der var flere konkurrenter, der blev trængt ud af markedet), er perioden umiddelbart efter overtrædelsens ophør naturligvis ikke noget godt sammenligningsgrundlag, når det drejer sig om at vurdere, hvad situationen ville have været uden overtrædelsen.

⁴¹ Hvis udefrakommende faktorer i løbet af overtrædelsesperioden førte til prisfald (f.eks. et kraftigt fald i overtræderens inputomkostninger), vil vurderingen af en sådan nedre grænse kunne anfægtes.

⁴² F.eks. interpolering eller regressionsanalyse. Med hensyn til sådanne teknikker til brug ved sammenligningsbaserede metoder henvises til punkt 59-95 i afsnit B nedenfor.

overtrædelsesperioden, hvor der indtraf en væsentlig ændring i markedsforholdene, og derefter perioden efter overtrædelsen for tiden derefter.

48. Også valget af data har betydning for, hvor godt et sammenligningsgrundlag der kan opnås - der kan være situationer, hvor aggregerede data som f.eks. gennemsnitspriserne i branchen (eller gennemsnitspriserne for en gruppe af virksomheder) er tilstrækkeligt repræsentative⁴³, mens det i andre situationer vil være bedre kun at benytte data om transaktioner gennemført af den skadelidte virksomhed før eller efter overtrædelsen eller gennemsnitsdata for sammenlignelige virksomheder. Hvis f.eks. den skadelidte tilhører en bestemt gruppe af markedsaktører, f.eks. grossistkunder (i modsætning til slutkunder), vil de priser, grossistkunder skulle betale før eller efter overtrædelsen, kunne være en egnet referencestørrelse.

(2) Sammenligning med data fra andre geografiske markeder

49. En anden af de sammenligningsbaserede metoder går ud på at se på data fra et andet geografisk marked⁴⁴ og lægge dem til grund for opstillingen af et kontrafaktisk forløb⁴⁵. Der kan være tale om data observeret på hele det geografiske marked, der sammenlignes med, eller data, der kun vedrører visse markedsaktører. I det melkarteleksempel, der er nævnt i punkt 32 ovenfor, kunne de priser, det sagsøgende bageri betalte i overtrædelsesperioden, f.eks. sammenlignes med de priser, tilsvarende bagerier på et andet marked, der ikke var påvirket af overtrædelsen, gennemsnitligt betalte. Samme type sammenligning kan foretages for enhver anden økonomisk variabel som f.eks. en virksomheds markedsandel, avance, kapitalafkast, aktivværdi eller omkostningsniveau. Består overtrædelsen i ekskluderende adfærd, kan det være særlig relevant at sammenligne med, hvordan virksomheder, der er aktive på et andet geografisk marked, som ikke blev berørt af overtrædelsen⁴⁶, har klaret sig.
50. Jo mere et geografisk marked (når der ses bort fra overtrædelsen) ligner det marked, der er berørt af overtrædelsen, desto større sandsynlighed er der for, at det er egnet til sammenligningen. Det betyder, at de produkter, der handles på de to geografiske

⁴³ For nærmere oplysninger om brugen af gennemsnitstal ved sammenligningsbaserede vurderinger henvises til punkt 70 i del 2, afsnit II nedenfor.

⁴⁴ Med hensyn til begreberne relevant geografisk marked og relevant produktmarked henvises til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

⁴⁵ Denne metode betegnes også som "yardstickmetoden" eller tværsnitmetoden. Disse betegnelser bruges også om de sammenligningsbaserede metoder, hvor man ser på data fra andre, men sammenlignelige produktmarkeder, se punkt 54-55 i afsnit 3 nedenfor.

Som eksempler på brugen af sammenligningsbaserede metoder for forskellige markeder kan henvises til f.eks. *Cour d'Appel de Paris'* dom af 23. juni 2003 (*Lescarcelle-De Memoris mod OGF*); *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrids* dom af 11. november 2005 i sag 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. mod Telefónica de España S.A.*), stadfæstet ved *Audiencia Provincial de Madrids* dom af 25. maj 2006 i sag 73/2006; *Bundesgerichtshofs* dom af 19. juni 2007 i sag KBR 12/07 (*Papirgrossistkartel*) (i forbindelse med vurdering af kartelmedlemmernes ulovlige fortjeneste med henblik på udmåling af bøden).

⁴⁶ Den virksomhed, der sammenlignes med, kan i princippet også være en, der opererer på det marked, hvor overtrædelsen finder sted, forudsat at den ikke nævneværdigt blev påvirket af den ekskluderende adfærd. Men selv om denne virksomhed ikke blev direkte berørt af overtrædelsen, kan den stadigvæk have været indirekte berørt, f.eks. fordi den overtog markedsandele fra en fortrængt konkurrent. Risikoen for en direkte eller indirekte påvirkning er mindre, hvis det er en sammenlignelig virksomhed, der opererer på et andet geografisk marked, der sammenlignes med. Ved vurderingen af, om en virksomhed er tilstrækkeligt sammenlignelig, vil det være relevant at se på bl.a. dens størrelse, omkostningsstruktur og kunder samt det produkt, den sælger.

markeder, bør være de samme, eller i det mindste tilstrækkeligt sammenlignelige. Desuden bør konkurrenceforholdene på det geografiske marked, der bruges til sammenligning, svare til konkurrenceforholdene på det berørte marked, når der ses bort fra overtrædelsen. Der kan meget vel være tale om et marked, hvor der ikke hersker fuld konkurrence.

51. I praksis benyttes metoden med at lægge et geografisk marked til grund for opstilling af et kontrafaktisk forløb hovedsagelig, når overtrædelsen berører geografiske markeder, der må anses for at være lokale, regionale eller nationale markeder⁴⁷. Er de to markeder nabomarkeder, eventuelt i et og samme land, kan det øge sandsynligheden for, at de er tilstrækkeligt sammenlignelige⁴⁸.
52. Det marked, der sammenlignes med, behøver ikke altid at være tilstrækkeligt sammenligneligt i sin helhed. Hvis det f.eks. er de priser, som én kundegruppe skal betale (f.eks. grossister), eller den fortjeneste, én konkurrent har (f.eks. en nytilkommen virksomhed), der lægges til grund, er det vigtigt, at denne kundegrupes eller konkurrents position på markedet er tilstrækkeligt sammenlignelig med den skadelidte virksomheds position på det marked, hvor overtrædelsen fandt sted.
53. Valget af et geografisk marked til brug for sammenligningen kan også blive påvirket af usikkerhed omkring overtrædelsens geografiske rækkevidde. Geografiske markeder, hvor den samme eller en lignende overtrædelse fandt sted, egner sig i princippet ikke til at blive brugt til at sammenligne med. Og nabomarkeder, hvor der ikke er sket nogen tilsvarende overtrædelse, kan alligevel være blevet påvirket af de konkurrenceskadelige handlinger på overtrædelsesmarkedet (f.eks. fordi priserne på nabomarkedet steg på grund af de højere priser på overtrædelsesmarkedet og det svækkede konkurrencepres på dette marked). En sammenligning med sådanne markeder vil ikke vise det fulde omfang af den skade, der er forvoldt, men kan dog være et nyttigt grundlag for at vurdere, hvad der er den nedre grænse for den skade, der er forvoldt på overtrædelsesmarkedet. Det betyder, at en part i en erstatningssag i princippet godt vil kunne vælge at satse på en sammenligning med et geografisk marked, der var påvirket af den samme eller en tilsvarende overtrædelse, især hvis denne påvirkning må antages at have været ret ubetydelig.

(3) Sammenligning med data fra andre produktmarkeder

54. En metode, der har meget til fælles med sammenligningen med andre geografiske markeder, går ud på at se på et andet produktmarked⁴⁹ med nogenlunde samme karakteristika⁵⁰. Er der f.eks. tale om en ekskluderende adfærd, hvor en virksomhed, der sælger et bestemt produkt er blevet holdt ude fra markedet, kunne man sammenligne denne virksomheds avance på dette marked med avancen på et andet produkt, der sælges (af samme virksomhed eller en tilsvarende virksomhed) på et andet, men sammenligneligt produktmarked.

⁴⁷ Denne metode kan dog også bruges, når det relevante marked er større end et nationalt marked, forudsat at det er muligt at identificere et tilstrækkeligt sammenligneligt marked, det kan sammenlignes med.

⁴⁸ Jf. dog punkt 53 nedenfor.

⁴⁹ Med hensyn til begreberne relevant geografisk marked og relevant produktmarked henvises til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

⁵⁰ Denne metode betegnes også som "yardstickmetoden" eller tværsnitmetoden (ligesom ved den sammenligningsbaserede metoder, hvor man ser på forskellige geografiske markeder).

55. De overvejelser, der blev diskuteret i relation til geografiske sammenligningsmarkeder, vil ofte være tilsvarende relevante for valget af et egnet produktmarked til sammenligningen. De vil ofte dreje sig om graden af lighed mellem de to produktmarkeder. I særdeleshed bør man ved valget af produktmarked omhyggeligt se på arten af de produkter, der sammenlignes, måden, hvorpå de handles, og markedsforholdene, f.eks. i relation til antallet af konkurrenter, deres omkostningsstruktur og kundernes forhandlingsposition⁵¹. Desuden kan også usikkerhed om, hvorvidt et produktmarked blev påvirket af overtrædelsen eller af tilsvarende overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF, spille en rolle.

(4) Kombination af sammenligninger mellem forskellige perioder og markeder

56. Hvor der foreligger tilstrækkelige data, kan det være muligt at kombinere sammenligninger mellem forskellige perioder og forskellige markeder. Denne metode kunne betegnes som "forskellen mellem forskellene", fordi den går ud på at se på udviklingen i den relevante økonomiske variabel (f.eks. melprisen) på overtrædelsesmarkedet i en bestemt periode (forskellen over tid på overtrædelsesmarkedet) og sammenligne den med udviklingen i den samme variabel i samme tidsrum på et upåvirket sammenligningsmarked (forskellen over tid på et marked uden overtrædelsen)⁵². Sammenligningen viser forskellen mellem disse to forskelle over tid. Det giver et indtryk af, hvilke ændringer i variabelen overtrædelsen har forårsaget, samtidig med at der ses bort fra alle de faktorer, som påvirkede både overtrædelsesmarkedet og sammenligningsmarkedet på samme måde. Denne metode giver således mulighed for at få isoleret overtrædelsens virkninger fra andre påvirkninger af den relevante variabel, der er fælles for begge markeder.
57. Metoden kan illustreres ved at tage et simpelt eksempel fra det ovennævnte melkartel: Det antages, at en sammenligning før, under og efter viser, at prisen pr. 100 kg mel i den medlemsstat, hvor kartellet bestod i årene mellem 2005 og 2008, steg med 40 EUR. På det upåvirkede geografiske marked steg melpriserne i samme periode måske med 10 EUR pr. 100 kg på grund af højere priser på inputproduktet (korn). Hvis det antages, at de højere inputomkostninger også gjorde sig gældende på overtrædelsesmarkedet, vil en sammenligning mellem den forskellige prisudvikling på overtrædelsesmarkedet og sammenligningsmarkedet vise, hvilken prisforskel melkartellet resulterede i. I dette eksempel er der tale om en prisforskel på 30 EUR pr. 100 kg.
58. Fordelen ved denne metode er derfor, at den kan eliminere ændringer uden forbindelse med overtrædelsen, der fandt sted i samme periode som overtrædelsen⁵³. Den beror imidlertid i vid udstrækning på den antagelse, at disse andre ændringer påvirkede begge markeder på samme måde⁵⁴. De betragtninger, der blev anført i relation til sammenligningen mellem forskellige perioder og mellem forskellige markeder, især nødvendigheden af, at markederne er tilstrækkeligt sammenlignelige,

⁵¹ Der kan være større sandsynlighed for sammenlignelighed, hvis de to produkter handles på det samme geografiske marked. Ikke desto mindre kan forholdene også godt være tilstrækkeligt sammenlignelige, når man sammenligner samme eller tilsvarende produkter fra forskellige geografiske markeder.

⁵² Dette sammenligningsmarked kan være et geografisk marked eller et produktmarked.

⁵³ I forhold til en simpel sammenligning mellem forskellige markeder har "forskellen mellem forskellene"-metoden også den fordel, at forskellene mellem markederne (f.eks. på grund af konstant lavere inputomkostninger på det ene af dem) filtreres væk.

⁵⁴ Hvis f.eks. prisstigningerne uden forbindelse med overtrædelsen var større på det berørte marked end på sammenligningsmarkedet i overtrædelsesperioden, vil brugen af denne metode med simple gennemsnit resultere i en overvurdering af skaden. Brugen af økonomiske teknikker ved anvendelsen af denne metode kan hjælpe med til at justere for sådanne faktorer.

er derfor også relevante for denne metode. I praksis vil brugen af denne metode normalt kræve en stor mængde data fra forskellige markeder og forskellige perioder, som ikke altid er lette at fremskaffe, men selv om man ikke har så mange data, kan det dog stadig være muligt at foretage et minimumsskøn eller et tilnærmelsesvist skøn⁵⁵.

B. *Metodens anvendelse i praksis: teknikker til estimering af prisen eller andre økonomiske variabler i det kontrafaktiske forløb*

59. Når først man har valgt en egnet sammenligningsbaseret metode til at opstille et kontrafaktisk forløb, findes der forskellige teknikker, man kan bruge til at implementere denne metode i praksis. Forskellene mellem disse teknikker beror hovedsagelig på, i hvor høj grad de er baseret på individuelle data eller gennemsnitsdata (f.eks. observerede priser), og hvor meget de data, der er observeret på sammenligningsmarkedet⁵⁶ eller i sammenligningsperioden, siden justeres. Der er derfor også forskel på, hvor stor en mængde data de forskellige teknikker kræver.
60. Når man bruger en sammenligningsbaseret metode, består en af mulighederne i at benytte de data, der sammenlignes med, direkte i den form, hvori de er observeret, og på grundlag heraf opstille skøn over værdien af den økonomiske variabel, man ser på, i det kontrafaktiske forløb (i det ovennævnte eksempel f.eks. melprisen). Har man mere end én dataobservation (f.eks. melprisen i en række transaktioner på et geografisk sammenligningsmarked), kan man via en beregning af gennemsnitsværdier nå frem til en eller flere værdier for det kontrafaktiske forløb. Disse gennemsnitsværdier for det kontrafaktiske forløb kan derefter sammenholdes med de faktisk observerede gennemsnitsværdier under overtrædelsen, dvs. de reelt betalte melpriser (se mere herom i afsnit 1) nedenfor).
61. Hvis der er bestemte faktorer (f.eks. en stigning i råvarepriserne), der kun har påvirket sammenligningsmarkedet eller overtrædelsesmarkedet, bør man, alt efter de gældende beviskrav og krav til årsagssammenhæng, overveje, om det er nødvendigt at justere de observerede data for at tage højde for sådanne påvirkninger. Disse justeringer kan være ganske simple, hvis det er relativt let at fastslå og forklare påvirkningsfaktoren og dens virkninger (se afsnit 1) nedenfor). Mere komplicerede justeringer af de observerede sammenligningsdata kan foretages ved hjælp af økonometriske teknikker, især ved brug af regressionsanalyser, som beskrevet i afsnit 2) nedenfor. Om det er sagsøgte eller sagsøger, der skal foretage sådanne justeringer og underbygge og dokumentere dem, afhænger af den gældende lovgivning⁵⁷.
62. I en given sag vil valget mellem disse forskellige teknikker bero på sagens konkrete omstændigheder og de gældende retsregler i forhold til de forskellige teknikkers fordele og ulemper, f.eks. i relation til nøjagtighed og præcision, og hvor stor en mængde data de kræver (se afsnit 3) nedenfor).

⁵⁵ Som eksempel på en national domstol, der opstillede en nedre grænse for skadens omfang (selv om den ikke brugte "forskellen mellem forskellene"-metoden, men derimod en sammenligning over tid), henvises til *Kammergericht Berlins* dom af 1. oktober 2009 i sag 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Som nævnt i punkt 35 ovenfor, kan de data, der bruges i sådanne sammenligninger mellem markeder eller perioder, dreje sig om hele markedet eller kun bestemte markedsaktører.

⁵⁷ Se f. eks. *Kammergericht Berlins* dom af 1. oktober 2009 i sag 2 U 10/03 Kart som et eksempel på bevisbyrdens fordeling i forbindelse med tabsopgørelse.

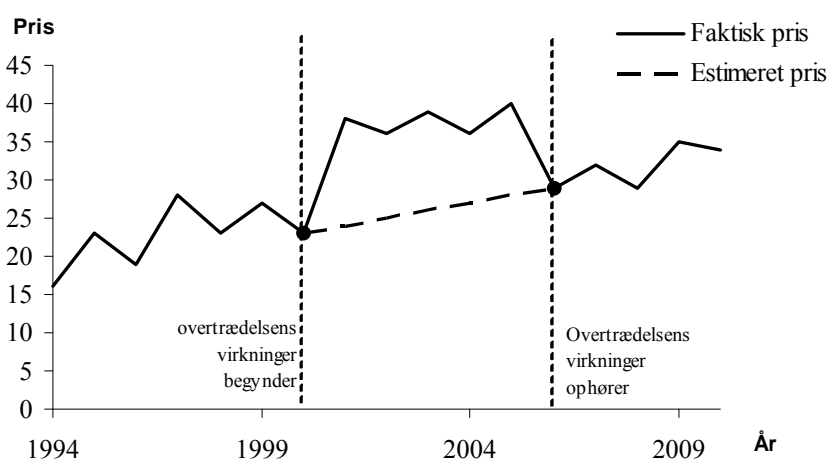
(1) Simple teknikker: individuelle dataobservationer, gennemsnit, interpoleringer og simple justeringer

63. Alt efter hvilke krav den gældende lovgivning stiller og sagens omstændigheder, især hvor stor lighed der er mellem overtrædelsesmarkedet og sammenligningsmarkedet eller mellem sammenligningsperioden og overtrædelsesperioden, vil de observerede data ofte kunne sammenlignes direkte, dvs. uden yderligere justeringer, med dataene fra overtrædelsesmarkedet⁵⁸.
64. Mængden af data om den valgte variabel (f.eks. melprisen i melkartellet) på sammenligningsmarkederne eller i sammenligningsperioden kan variere fra en enkelt eller ganske få observationer (dvs. prisen i ganske få transaktioner) og til et stort antal dataobservationer. På nogle budmarkeder er udbuddene ikke så hyppige, og på tabsopgørelsestidspunktet er det måske kun prisen i et enkelt bud efter overtrædelsen, der foreligger. En tilsvarende situation kan opstå i brancher, hvor det er almindeligt at indgå langfristede kontrakter. Det kan være rimeligt at opgøre tab på basis af enkeltobservationer, hvis de er tilstrækkeligt repræsentative for den relevante periode.
65. Hvis det er muligt at indsamle et større antal data på sammenligningsmarkedet eller for sammenligningsperioden, f.eks. om de priser, den skadelidte betalte i en række transaktioner efter overtrædelsen, eller de priser, som en række kunder betalte på et andet geografisk marked, kan de observerede data bruges enten individuelt eller i form af gennemsnitsdata⁵⁹.
66. Det kan være en god idé at bruge forskellige former for gennemsnit eller andre former for dataaggregering, forudsat at det, der sammenlignes, er sammenligneligt. Hvis en grossist f.eks. kræver skadeserstatning for i januar, maj, juli og oktober 2009 at have købt hos deltagere i et priskartel, og den valgte metode er at sammenligne med et andet geografisk marked, vil de gennemsnitlige priser på dette marked, som blev betalt af den *samme type kunde* (grossist) i de *samme måneder* være et godt referencegrundlag (hvor januardata sammenlignes med januardata, majdata med majdata osv.). Når man sammenligner data fra de samme måneder, tages der højde for sæsonforskelle i årets løb, hvilket gør sammenligningen mere pålidelig. Men hvis der ikke er større prisudsving, vil gennemsnitsprisen på sammenligningsmarkedet for hele året 2009 kunne anses som en egnet prisindikator. Det kan også være, at årsdata eller andre gennemsnitsdata (f.eks. aggregerede data for hele branchen) simpelthen er de eneste data, der findes. Nogle nationale retsordener kan generelt give sagens parter mulighed for at bruge gennemsnitsdata, samtidig med at sagsøgte har mulighed for at påvise betydelige forskelle, og i andre retsordener kræves det, at der bruges mere detaljerede data, når de findes.
67. En anden simpel teknik til at udlede en sammenligningsværdi fra et datasæt består i at foretage en lineær interpolering. Hvis der ved en sammenligning over tid

⁵⁸ En tidsbaseret sammenligning kan f.eks. foretages på grundlag af en simpel observation af priserne før og under overtrædelsen. Som eksempel på de juridiske implikationer af en sådan metode henvises til *Corte Suprema di Cassazione* dom af 2. februar 2007 i sag 2305 (*Fondiarria SAI SpA mod Nigriello*).

⁵⁹ I denne vejledning bruges udtrykket "gennemsnit" til at betegne den middelværdi, der fremkommer ved at dividere summen af de observerede data med antallet af observationer. Der kan dog være situationer, hvor det kan være mere hensigtsmæssigt at benytte andre deskriptive statistikker (f.eks. medianværdien eller typeværdien). På et marked, hvor f.eks. 21 ud af 25 virksomheder anvender en pris på 50 EUR og de fire andre en pris på 75 EUR, kan typeprisen på de 50 EUR (den hyppigste pris i udsnittet) være mere repræsentativ for markedsprisen end middelpriisen på 54 EUR (i dette eksempel svarer typeprisen til medianprisen, som er den pris, der anvendes af medianvirksomheden).

fremkommer prisserier fra før og efter overtrædelsen, kan man anslå den kontrafaktiske pris i tiden under overtrædelsen ved at trække en linje mellem prisen før og efter overtrædelsen, som det fremgår af nedenstående illustration. Fra denne linje kan udledes en sammenligningsværdi for hvert relevant tidspunkt i løbet af overtrædelsesperioden. I modsætning til beregning af en enkelt gennemsnitsværdi for prisen i løbet af hele overtrædelsesperioden giver interpolering mulighed for til en vis grad at tage højde for tendenser i prisudviklingen over tid, som ikke skyldes overtrædelsen. Når man udleder sammenligningsdata fra den interpolerede linje, opnår man derfor mere nøjagtige resultater end ved at bruge gennemsnitsværdien for perioden, f.eks. når der kræves erstatning for tab, der skyldes transaktioner (eller andre begivenheder), der kun fandt sted i begyndelsen eller slutningen af overtrædelsesperioden⁶⁰. Nedenstående illustration er et simpelt eksempel på lineær interpolering (den punkterede linje viser den interpolerede kontrafaktiske pris, den ubrudte linje de faktisk observerede priser):



Lineær ekstrapolering fungerer på samme måde som interpolering, bortset fra at linjen kun løber fra enten før eller efter overtrædelsen⁶¹.

68. Der kan være situationer, hvor det er ret enkelt at identificere en differentierende faktor mellem et overtrædelsesmarked (eller en overtrædelsesperiode) og et sammenligningsmarked (eller en sammenligningsperiode) og foretage den fornødne justering af de observerede sammenligningsdata. Der kan f.eks. være tale om, at sæsonudsving på et marked eller udsving på grund af ændringer i inputpriser eller valutakurser følger et mønster og en udvikling, som interne forretningspapirer fra en af parterne måske vil kunne forklare bedre end andre kilder som f.eks. ekspertudtalelser. I disse tilfælde vil den lige linje i den simple lineære interpolering f.eks. skulle justeres for at afspejle sådanne mønstre⁶².

⁶⁰ Interpolering har også fordele i forhold til brug af gennemsnit, når antallet af transaktioner (eller andre begivenheder) ikke er jævnt fordelt over overtrædelsesperioden.

⁶¹ Ved ekstrapolering er der således tale om at forlænge en tendens fundet i en tidsserie enten før eller efter overtrædelsen. Hvis priserne i de tre år før kartellet begyndelse f.eks. lå på hhv. 12 EUR, 13,20 EUR og 14,52 EUR (altså en stigning på 10 % om året), vil en simpel teknik gå ud på at skønne, at priserne i de to år, kartellet varede, skulle ligge på hhv. 15,97 EUR og 17,57 EUR, mens et mere nøjagtigt skøn over den underliggende tendens kan opnås ved brug af en regressionsanalyse.

⁶² Hvis de fornødne data foreligger, kan denne justering blive mere nøjagtig, hvis man bruger en regressionsanalyse, således som det beskrives i det efterfølgende afsnit

(2) Regressionsanalyse

a. Regressionsanalyse og dens formål

69. Regressionsanalyse er en statistisk analysemetode, der bruges til at undersøge sammenhænge mellem økonomiske variabler og måle, i hvilket omfang en bestemt relevant variabel⁶³ (f.eks. melprisen i melkarteleksemplet⁶⁴) påvirkes af overtrædelsen såvel som af andre variabler, der ikke er påvirket af overtrædelsen⁶⁵ (f.eks. råvarepriser, udsving i kundernes efterspørgsel, produkttegenskaber, graden af koncentration på markedet)⁶⁶. Ved hjælp af regressionsanalysen kan man således få et billede af, om og i hvilket omfang den forskel mellem værdien af den relevante variabel på overtrædelsesmarkedet i overtrædelsesperioden og den observerede værdi på et sammenligningsmarked eller i en sammenligningsperiode kan tilskrives andre faktorer end overtrædelsen. Regressionsanalyse giver således mulighed for at tage højde for andre årsager til den konstaterede forskel mellem de sammenlignede datasæt. Regressionsanalyse kan i princippet benyttes ved alle sammenligningsbaserede metoder, forudsat at man råder over en tilstrækkelig mængde dataobservationer⁶⁷.
70. I en regressionsanalyse undersøger man en række dataobservationer af den relevante variabel og de sandsynlige forklarende variabler ved hjælp af statistiske teknikker. Den påviste sammenhæng beskrives normalt med en ligning ("regressionsligning" eller "regressionsmodel"). Denne ligning åbner mulighed for at estimere forklarende variabelers indvirkning på den relevante variabel og isolere dem fra overtrædelsens virkninger. Ved regressionsanalyse estimeres det, hvor nær en indbyrdes sammenhæng⁶⁸ der er mellem de benyttede variabler, hvilket i nogle tilfælde kan tyde på en årsagssammenhæng mellem dem⁶⁹.
71. Der er to alternative fremgangsmåder, man kan bruge, når man vil foretage en regressionsanalyse med henblik på tabsopgørelse, afhængigt af om regressionsligningen opstilles alene på grundlag af data fra normalperioder uden overtrædelsen (normalmarkeder), eller om man ud over normaldata også benytter data fra overtrædelsesperioden (eller overtrædelsesmarkedet). Hvis man kun benytter data fra perioder uden overtrædelsen, vil regressionsanalysen blive brugt til at "forudsige" virkningen for den relevante variabel i løbet af overtrædelsesperioden ud fra det mønster, der er identificeret uden for denne periode

⁶³ Også kaldet en responsvariabel eller en afhængig variabel.

⁶⁴ Blandt de andre relevante variabler, for hvilke man kunne benytte en regressionsanalyse, kan nævnes afsætning, markedsandele eller avancer (f.eks. når en fortrængt konkurrent kræver erstatning for tabt fortjeneste i form af lavere salg eller lavere avance), produktionsomkostninger (som også kan være relevante i relation til tabt fortjeneste)

⁶⁵ Også kaldet en forklarende variabel eller baggrundsvariabel.

⁶⁶ Andre faktorer, der kan påvirke den relevante variabel, kan være kundens størrelse og ordrenes størrelse, produktionsteknologien, størrelsen af og omkostningsstrukturen i de virksomheder, der udbyder produktet, eller reklameudgifter.

⁶⁷ For at det skal give mening at anvende statistiske metoder, må der dog være et tilstrækkeligt stort antal data. Det kan (ved sammenligninger over tid) opnås via tidsserier af observationer eller (ved sammenligninger på et bestemt tidspunkt) via en række sammenlignelige markeder, virksomheder eller transaktioner eller en kombination af begge dele (observationer over tid af en række markeder, virksomheder eller transaktioner).

⁶⁸ I en multipel regressionsanalyse (se nærmere herom nedenfor) er den konstaterede sammenhæng en betinget korrelation, dvs. at der justeres for virkningen af andre variabler.

⁶⁹ Forudsat at det stemmer overens med en kohærent økonomisk ramme og med andre kvalitative og kvantitative indicier.

("forudsigelsesmetoden"⁷⁰). Hvis man derudover også benytter data fra overtrædelsesperioden/-markedet, vil der i regressionsligningen blive taget højde for overtrædelsen via en særskilt indikatorvariabel (den såkaldte "dummyvariabel")⁷¹.

72. Hvorvidt det vil være mest hensigtsmæssigt at benytte forudsigelsesmetoden eller metoden med en dummyvariabel, afhænger af sagens omstændigheder. Forudsigelsesmetoden har den fordel, at den åbner mulighed for at vælge en regressionsmodel, som udelukkende er baseret på dataobservationer fra normalperioden (altså data, der ikke er påvirket af overtrædelsen), mens brug af data fra begge perioder/markeder kan give et mere præcist og nøjagtigt billede af de relevante parametre, især hvis der kun foreligger begrænsede normaldata, eller når de ikke giver det fulde billede af den udvikling, der sker i branchen. I praksis kan man ofte kombinere de to metoder, f.eks. ved at udvælge modellen på grundlag af perioden før overtrædelsen og estimere en dummy-variabel model baseret på data fra begge perioder (og eventuelt lade virkningerne af de andre forklarende variabler variere i overtrædelsesperioden og normalperioden).

b. Eksempler og illustrationer

73. De basale etaper i en regressionsanalyse kan illustreres med et simpelt eksempel, hvor vi kun ser på én forklarende variabel. I det ovennævnte melkarteleksempel antager vi, at den pris, som bagerierne i løbet af kartelperioden betaler til møllerierne, sammenlignes med de priser, bagerierne betalte til møllerierne i perioden forud for overtrædelsen, og at denne sammenligning viser en prisstigning i overtrædelsesperioden på 20 %. Vi antager desuden, at der er indikationer på, at denne prisstigning ikke udelukkende skyldes kartellet, men at omkostningerne på et vigtigt input (f.eks. korn) også steg betydeligt i løbet af overtrædelsesperioden. Det er derfor ikke klart, hvor stor en del af stigningen i melprisen der skyldes kartellet, og hvor stor en del der beror på de øgede inputomkostninger (stigningen i kornpriserne).
74. En af de måder, hvorpå man kunne afklare denne usikkerhed, kunne bestå i at benytte data fra en anden periode eller et andet marked, hvor der var større overensstemmelse mellem inputomkostningerne (kornpriserne), og hvor der ikke bestod nogen overtrædelse, men der kan være situationer, hvor det ikke er muligt⁷². Regressionsanalysen kan give os et værktøj til at tage højde for udsvingene i inputomkostningerne ved at vise den statistiske sammenhæng mellem inputomkostninger og melpriser. Med henblik herpå kunne man se nærmere på en række observationer af inputomkostninger (kornpriser) og melpriser i den periode, der ikke var påvirket af overtrædelsen⁷³. Ved en statistisk behandling af disse dataobservationer kan man nå frem til et mønster, der viser, hvordan kornpriserne påvirkede melpriserne i en periode, hvor melpriserne ikke var påvirket af overtrædelsen. Derefter kan man udlede den statistiske sammenhæng mellem melprisen og kornprisen i denne periode. Og når man anvender denne viden om denne sammenhæng på melpriserne i overtrædelsesperioden, vil man kunne

⁷⁰ Denne forudsigelsesmetode betegnes undertiden også som residualmodelmetoden. Den er illustreret i grafen i punkt 79 nedenfor.

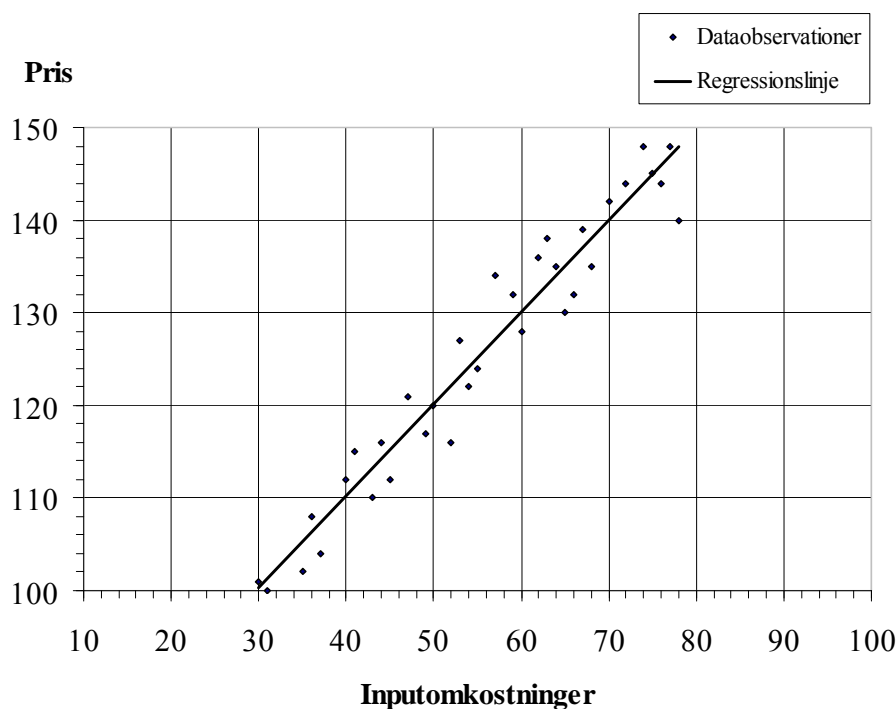
⁷¹ Med en sådan "dummy-variabel" kan man måle, om værdien af den relevante variabel er steget i løbet af overtrædelsesperioden.

⁷² F.eks. fordi der ikke foreligger pålidelige data om andre perioder (eller markeder), eller fordi markedsforholdene på andre punkter var væsentligt anderledes i andre perioder (eller på andre markeder).

⁷³ Med hensyn til muligheden for også at se på data fra overtrædelsesperioden (overtrædelsesmarkedet) henvises til punkt 82 nedenfor.

eliminere den del af stigningerne i melpriserne, som ikke kan tilskrives overtrædelsen, men derimod de ændrede inputomkostninger. Derigennem kan man "forudsige", hvad melprisen ville have været uden et priskartel, der anvendte overpriser, men med den prisstigning, der skyldtes de højere inputomkostninger.

75. Nedenstående graf giver en simpel illustration af, hvordan man udleder en sådan statistisk sammenhæng. Den viser adskillige observationer af inputomkostningerne (kornpriserne) og den tilsvarende melpris på samme tidspunkt i en normalperiode, hvor der ikke var nogen overtrædelse. Hvor kornprisen på et bestemt tidspunkt f.eks. lå på 60, lå melprisen på 128. Det er muligt at beregne koordinaterne på den linje, der stemmer bedst overens med alle observationer, og som viser den statistiske sammenhæng (korrelation) mellem kornprisen og melprisen. Denne korrelation er i grafen nedenfor illustreret med en linje, men den udtrykkes oftest med en ligning⁷⁴. Hvor stejl denne linje er, afspejler, hvilken stigning i melprisen der hænger sammen med en bestemt stigning i kornprisen. I det nedenstående eksempel fremgår det, at når kornprisen f.eks. stiger fra 50 til 60, stiger melprisen fra 120 til 130. Og eftersom en stigning i melprisen på 10 EUR hænger sammen med en stigning i kornprisen på 10 EUR, fremgår det af den statistiske sammenhæng, at stigningen i kornprisen i fuldt omfang er overvæltet på melprisen.



76. Når man kender mønsteret i, hvordan inputomkostningerne (kornpriserne) påvirkede melpriserne i normalperioden, kan man estimere ("forudsige"), hvor meget de observerede højere tal for disse inputomkostninger (kornpriserne) påvirkede melpriserne i overtrædelsesperioden. Når disse virkninger elimineres fra

⁷⁴

Denne linjes koordinater fremkommer ved en estimering af regressionen i prisen (som her er responsvariablen) i forhold til inputomkostningerne (den forklarende variabel). I dette eksempel har vi anvendt de mindste kvadraters metode (OLS-metoden) til at beregne koordinaterne på en lige linje, der ligger i minimal afstand ("mindste kvadrater") fra dataserien i grafen. OLS-metoden er en almindeligt anvendt statistisk metode til estimering af parametrene i en lineær regressionsmodel.

prissammenligningen, får man et mere pålideligt estimat af den overpris, kartellet resulterede i, end man ville have fået uden regressionsanalysen. I det ovennævnte eksempel fremgår det, at hvis melprisen i overtrædelsesperioden lå på 140 i stedet for 120 i perioden uden overtrædelsen, men inputomkostningerne (kornpriserne) steg fra 50 til 60, så måtte melprisen uden kartellet antages at ville have ligget ikke på 120, men på 130.

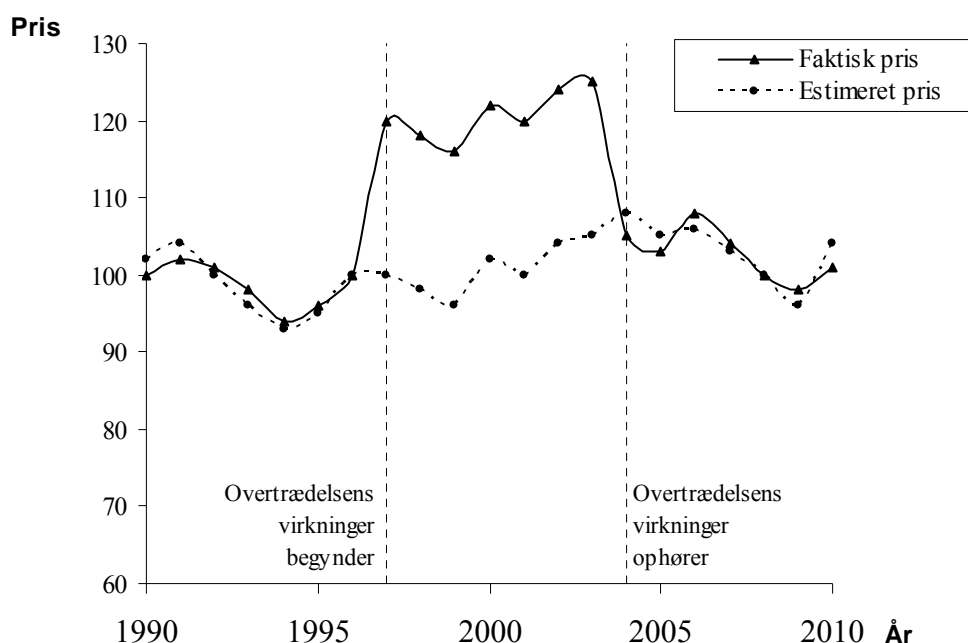
77. I det ovenfor beskrevne eksempel så vi kun på *én* anden variabel (kornprisen som inputomkostning), der påvirkede den relevante variabel (melprisen), men i praksis må regressionsanalyser i konkurrencesager normalt også kunne operere med *flere* andre faktorer, der påvirker den relevante variabel (*multipl* regressionsanalyse)⁷⁵. I denne situation må man have dataobservationer for alle andre påvirkende faktorer, og man må opstille en regressionsligning på basis af disse data, som afspejler sammenhængen mellem dem og den relevante variabel. I det ovennævnte eksempel kan det f.eks. være, at møllerierne i overtrædelsesperioden ikke alene måtte betale højere kornpriser, men også højere energipriser og lønninger, og at de indførte mere effektive produktions- og emballeringsteknologier, hvilket alt sammen kan have påvirket prisen på det mel, de solgte til bagerierne i den periode. For at få identificeret det statistiske mønster i disse faktors påvirkning af melprisen er man nødt til at analysere serier af observationer af hver af disse påvirkende variabler.
78. Når man foretager en regressionsanalyse, er det vigtigt, at man ser på alle de variabler, der er relevante i den konkrete sag. Man kan forestille sig, at enten sagsøgte eller sagsøger i sin sammenligning af et møllers melpriser før og under overtrædelsen foretager en multipl regressionsanalyse for at tage højde for de ovennævnte faktors (kornprisen, energipriserne, lønomkostningerne, produktions- og emballeringsteknologien) potentielle indvirkning på melprisen. Men hvis der f.eks. i løbet af kartelperioden skete en betydelig ændring i efterspørgslen (f.eks. en større efterspørgsel efter mel hos bagerierne på grund af en større efterspørgsel efter brød og kager hos forbrugerne), og der i regressionsligningen ikke tages højde for denne ændrings indvirkning på melprisen, vil en ellers nok så omfattende regressionsanalyse ikke give det korrekte billede af kartellets virkninger⁷⁶. Det er den nationale lovgivning, der i overensstemmelse med effektivitetsprincippet afgør, hvilken af parterne der skal påberåbe sig og bevise sådanne faktorer som den ovennævnte ændring i efterspørgslen eller fuldstændigheden af de variabler, der er lagt til grund i regressionsanalysen.
79. Grundlaget for enhver tabsopgørelse, der foretages ved brug af en regressionsanalyse, er derfor den statistiske sammenhæng mellem den relevante variabel (f.eks. prisen) og den eller de forklarende variabler i regressionsligningen. Når man bruger forudsigelsesmetoden⁷⁷, består det første skridt i at konstruere en

⁷⁵ På engelsk også benævnt *multivariate regression analysis* i modsætning til den *univariate* regressionsanalyse, der blev brugt i det ovennævnte eksempel.

⁷⁶ Det er dog ikke alene vigtigt at få alle relevante faktorer med i regressionsmodellen - det er også vigtigt, at man ikke inddrager variabler, der tydeligvis er irrelevante (ud fra branchekendskab). For hvis der for at forklare prisvariationen medtages irrelevante variabler i modellen, vil estimaterne kunne undervurdere det lidte tab (eller sågar vise, at der slet ikke er noget tab).

⁷⁷ Den alternative fremgangsmåde er dummyvariabel-metoden, se punkt 71 ovenfor. I modsætning til forudsigelsesmetoden går denne metode ud på at estimere virkningen af overtrædelsen på én gang, ved at foretage en regressionsanalyse ved hjælp af data fra såvel overtrædelsesperioden som normalperioden uden overtrædelsen. I det ovennævnte eksempel vil man med denne fremgangsmåde estimere virkningen af kartellet som en opadgående bevægelse i den pris, der er observeret i kartelperioden (dvs.

regressionsligning ved hjælp af data fra normalperioden uden overtrædelsen. Som det næste skridt kan man ved hjælp af denne regressionsligning og observationerne af disse variabler i løbet af overtrædelsesperioden estimere den pris, de skadelidte må antages at have skullet betale uden overtrædelsen. Det tredje skridt består i at se på forskellen mellem denne kontrafaktiske pris og den pris, de skadelidte rent faktisk betalte, for at opnå et estimat af den overpris, overtrædelsen resulterede i. De sidstnævnte to skridt illustreres i nedenstående graf. Når man bruger dummyvariabelmetoden, er regressionsanalysen en kombination af disse tre skridt⁷⁸.



80. I regressionsanalysen i denne graf har man brugt forudsigelsesmetoden, hvor man ved hjælp af data fra før og efter overtrædelsen opstiller en ligning over den statistiske sammenhæng mellem pris og forskellige forklarende variabler (inputomkostninger og andre relevante faktorer). På basis af denne ligning og de observerede værdier for de forklarende variabler kan der udledes et estimat af, hvilken pris der kan antages at ville have været gældende uden overtrædelsen (den stiplede linje). Den ubrudte linje er den faktisk observerede pris. Forskellen mellem den ubrudte og den stiplede linje i overtrædelsesperioden udgør den anslåede overpris. Den stiplede linje uden for overtrædelsesperioden er også udledt af regressionsligningen og kan efter en sammenligning med de faktisk observerede normalpriser (den ubrudte linje) bruges til at vurdere regressionsmodellens forudsigelsesværdi.

dummy-variablens koefficient i regressionsligningen), og ikke kan forklares af ændringer i andre forklarende variabler som f.eks. råvareomkostninger.

⁷⁸

I dette tilfælde opstilles regressionsligningen ved hjælp af data fra såvel overtrædelses- som normalperioden, og den viser direkte, hvor meget den relevante variabel ændrede sig i overtrædelsesperioden, efter at der er taget højde for andre forklarende variabler.

c. *Krav til brug af regressionsanalysen*

81. At foretage en regressionsanalyse kræver, at man kender til forskellige statistiske teknikker til måling af sammenhængen mellem variable, opstilling af en regressionsligning og beregning af nøjagtigheden af parametrene i denne ligning. Desuden må man have god indsigt i den pågældende branche for at kunne opstille de rette antagelser ved konstruktionen af regressionsligningen og træffe det rette valg af de faktorer, som må antages at have kunnet påvirke den relevante variabel i tilstrækkelig grad (og som derfor bør inddrages i analysen). Branchekendskab er desuden en nødvendighed for at kunne træffe det rette valg af de statistiske teknikker, der skal benyttes i en given situation, f.eks. for at forklare usædvanlige observationer (afvigelse) eller andre særlige træk ved dataserierne. For hvis de forklarende variable også var påvirket af overtrædelsen, kan det skævvride resultaterne, hvis der ikke tages højde herfor, f.eks. ved at bruge særlige statistiske teknikker⁷⁹ eller dataobservationer, der ikke stammer fra overtrædelsesperioden eller -markedet⁸⁰.
82. En statistisk analyse kan ikke identificere sammenhænge mellem økonomiske variable, uden at der er et tilstrækkeligt stort antal dataobservationer. For at man kan identificere forklarende variables virkninger for den relevante variabel, må man derfor råde over et tilstrækkeligt stort antal dataobservationer for alle de betragtede variable. Derfor kræves der typisk en stor datamængde ved regressionsanalyser. Men huller i dataserierne eller skævheder i deres fortolkning⁸¹ kan sommetider overvindes ved hjælp af særlige statistiske teknikker, og der kan være situationer, hvor også et mindre antal dataobservationer kan danne grundlag for en meningsfuld analyse.
83. Dataobservationer kan i princippet aggregeres på forskellige niveauer. Hvis det f.eks. drejer sig om at analysere sammenhængen mellem pris og inputomkostning, kunne man se på dataserier enten for priserne i individuelle transaktioner, for årlige gennemsnitspriser i branchen eller - midt imellem - månedsdata på virksomhedsplan sammen med dataserier enten for individuelle inputomkostninger pr. enhed eller for branchegennemsnit. Bruger man ikke-aggregerede data, kan man analysere et større antal observationer og derfor nå frem til mere præcise estimater. Hvis der ikke findes sådanne ikke-aggregerede data, eller den part, der foretager regressionsanalysen, ikke har adgang til sådanne data, kan en analyse af aggregerede data dog stadigvæk give brugbare resultater, især når disse aggregerede data har en høj frekvens.
84. Mængden af dataobservationer og dataenes aggregeringsgrad spiller en vigtig rolle for dataenes pålidelighed og relevans til brug i økonomiske analyser. De fleste datasæt er imidlertid ufuldstændige, og det er ikke altid muligt at observere eller måle alle relevante faktorer med den fornødne nøjagtighed. Det er vigtigt, at man erkender disse begrænsninger. De bør ikke dog resultere i, at der ikke lægges tilstrækkelig vægt på økonomiske analyser, man bør blot være forsigtig med at drage konklusioner af dem⁸².

⁷⁹ Som f.eks. *instrumental variables*-metoden, som er en økonometrisk teknik, der kan bruges til at korrigere for sådanne skævheder.

⁸⁰ Især ved at benytte den ovenfor beskrevne forudsigelsesmetode, hvor værdien af de forklarende variable, der i modellen er brugt til at forudsige den kontrafaktiske værdi, korrigeres for overtrædelsens virkninger for disse variable.

⁸¹ F.eks. hvor et sæt dataobservationer ikke er fuldt repræsentativt.

⁸² Med hensyn til vigtigheden af dataenes pålidelighed og relevans henvises til arbejdsdokumentet fra konkurrencegeneraldirektoratet "Best Practices for the submission of economic evidence and data

85. Når regressionsanalysen foretages korrekt og er baseret på et tilstrækkeligt antal dataobservationer, kan den føre til betydelige forbedringer i tabsopgørelser foretaget ved hjælp af sammenligningsbaserede metoder. Det må dog understreges, at selv meget avancerede regressionsligninger hviler på en række antagelser og (ligesom enhver anden teknik, der bruges til at forudsige en hypotetisk situation) kun vil kunne give et estimat. Det er derfor vigtigt, at man grundigt overvejer de antagelser, der lægges til grund i en regressionsligning, for nogle af dem kan være mere egnede end andre og kan føre til vidt forskellige resultater.
86. En af de måder, hvorpå man kan tilgodese denne estimeringsusikkerhed, er at angive resultaterne inden for et interval ("i det kontrafaktiske forløb ligger prisen på mellem 9 € og 11 €") og ikke som en punktestimering ("i det kontrafaktiske forløb ligger prisen på 10 €"). Der er tale om at benytte et "konfidensinterval" – som er et standardbegreb inden for statistik – til at udtrykke, at den sande værdi højst sandsynligt ligger inden for et bestemt interval. Inden for økonomien er det almindeligt anerkendt, at der er 95 % sikkerhed for, at den sande værdi ligger inden for det angivne interval, er der en høj grad af sikkerhed.
87. En anden måde at tackle denne estimeringsusikkerhed på er at basere sig på den "statistiske signifikans", hvor man afprøver, om de resultater, der fremkommer ved en regressionsanalyse, beror på tilfældigheder eller rent faktisk afspejler en ægte korrelation. Man afprøver en bestemt hypotese: i forbindelse med erstatningssøgsmål kan hypotesen f.eks. dreje sig om, hvorvidt kartelovertrædelsen rent faktisk havde indvirkning på priserne eller ej. Den hypotese, at overtrædelsen *ikke* havde denne indvirkning (og at prisen uden overtrædelsen altså ikke er forskellig fra prisen med overtrædelsen) kaldes "nulhypotesen". Derefter benytter man en regressionsanalyse til at afprøve denne nulhypotese. Et resultat af en regressionsanalyse betegnes som statistisk signifikant, når det er muligt at forkaste nulhypotesen, fordi der vil være meget ringe sandsynlighed for, at de observerede resultater beror på en tilfældighed. Inden for økonomien er der tradition for, at hvis der er mindst 95 % sandsynlighed for, at nulhypotesen må forkastes, kan de fremkomne resultater anses for at være "statistisk signifikante".
88. Som beskrevet ovenfor, er der inden for økonomien tradition for en sandsynlighedstærskel på 95 % både for konfidensintervallet og for den statistiske signifikans. Det understreges, at der er tale om en ren konvention, og at der også kan fremkomme nyttige oplysninger, hvis man opererer med højere eller lavere sandsynligheder (f.eks. 99 % eller 90 % sandsynlighed). Det hænger sammen med, at den statistiske signifikans til dels beror på antallet af observationer i datasættet – alt andet lige vil den statistiske signifikans stige i takt med antallet af observationer. Det er god praksis at angive, hvilken sandsynlighedsprocent man opererer med. I en erstatningssag vil det så være op til retten inden for rammerne af gældende lovgivning at afgøre, hvilken beviskraft en sådan regressionsanalyse skal tillægges, og hvilke konsekvenser den eventuelt skal have for sagens forløb (specielt med hensyn til bevisførelse og bevisbyrde).
89. Om der foretages en regressionsanalyse, af hvilken part og på hvilket stadium i sagen, vil bl.a. afhænge af, hvilke data der foreligger og hvor tilgængelige de er, og af reglerne i gældende lovgivning om bevisførelse, fremlæggelse af bevismateriale, beviskrav og bevisbyrdens fordeling mellem sagsøger og sagsøgte.

90. De ovennævnte forskellige former for regressionsanalyser (punkt 71 ff.) betegnes undertiden som "reducerede" analyser, da de direkte estimerer parametrene i en ligning, der i sig selv er udledt af andre økonomiske sammenhænge (f.eks. samspillet mellem udbud og efterspørgsel), uden en eksplicit modellering. Alternativt kan der opstilles økonometriske modeller til at estimere disse underliggende økonomiske sammenhænge. Selv om disse økonometriske modeller, der normalt betegnes som "strukturelle", ofte kun er baseret på stærke antagelser, kan de give et bedre indblik i det betragtede marked og indgå som en integrerende del af tabsopgørelsessimulationer (se mere herom i afsnit III.A).

(3) Valg af teknikker

91. I afsnit 1 og 2 ovenfor beskrev vi forskellige teknikker til brug af sammenligningsbaserede metoder i praksis. I en konkret sag vil valget af teknik normalt afhænge af en række forskellige aspekter, især lovgivningens krav og sagens faktiske omstændigheder. I praksis vil overvejelser angående beviskrav og bevisbyrde nok være meget relevante.
92. Økonometriske teknikker kan øge nøjagtigheden af en tabsopgørelse og kan derfor gøre det lettere at opfylde de høje beviskrav, der eventuelt måtte gælde efter national lovgivning. Om det er nødvendigt at foretage en regressionsanalyse (evt. som supplement til andet bevismateriale) for at opfylde disse krav, og hvilken part der har bevisbyrden, afhænger af den gældende lovgivning, herunder det EU-retlige effektivitetsprincip. Man må være klar over, at en økonometrisk analyse normalt kræver en stor mængde dataobservationer, som der ikke altid er adgang til. Det kan også være, at de gældende beviskrav i en given sag ikke kræver, at den part, der har bevisbyrden, skal gå længere end de i afsnit 1 omhandlede teknikker. Det kan bero på, at de sammenlignede markeder eller perioder efter national lov anses for at være tilstrækkeligt sammenlignelige og en tabsopgørelse baseret på en simpel sammenligning for at være tilstrækkelig nøjagtig til at opfylde beviskravene i den konkrete sag. Det kan også være, at den nationale retsorden i lyset af den af sagsøger fremlagte tabsopgørelse og de data, han med rimelighed kan antages at råde over, åbner mulighed for i stedet at lægge bevisbyrden over på sagsøgte. I en sådan situation kunne sagsøgte overveje at foretage en regressionsanalyse for at tilbagevise sagsøgers påstand.
93. Også proportionalitetshensyn kan spille en væsentlig rolle, eftersom indsamlingen af data og den økonometriske analyse af dem kan være forbundet med betydelige omkostninger (også for tredjeparter), som måske ikke står i forhold til eller overstiger erstatningskravet. Sådanne hensyn kan også være relevante i relation til effektivitetsprincippet⁸³.
94. Der er ved domstolene i EU hovedsagelig gjort direkte brug af sammenligningsbaserede metoder uden regressionsanalyse, ofte på basis af gennemsnitsdata⁸⁴. Det er også sket, at en domstol har accepteret simple justeringer af værdien af de observerede data, når der helt klart kunne identificeres en differentierende faktor mellem et overtrædelsesmarked (eller en overtrædelsesperiode) og et sammenligningsmarked (eller en sammenligningsperiode). Men man har hidtil ikke haft større erfaringer med økonometriske analyser i erstatningssager på konkurrenceområdet ved domstole i

⁸³ Se punkt 1 i del 1, afsnit 1.

⁸⁴ Brug af gennemsnit blev accepteret i bl.a. *Landgericht Dortmunds* dom af 1. april 2004 i sag 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*); WuW/DE-R 1352.

EU⁸⁵, selv om det som beskrevet ovenfor kan være nyttigt at bruge sådanne teknikker ved opgørelsen af den skade, som overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF har forvoldt.

95. Domstole i EU anvender undertiden også en "usikkerhedsmargen", idet de fra de observerede dataværdier fratrækker et beløb, der efter gældende retlige normer skal tage højde for usikkerhedselementerne i en tabsopgørelse⁸⁶. Disse eventuelle andre påvirkningsfaktorer vil også kunne tilgodeses ved hjælp af en regressionsanalyse, der kan give et minimumsestimat af det lidte tab⁸⁷.

III. SIMULATIONSMODELLER, OMKOSTNINGSBASEREDE OG ØKONOMIBASEREDE ANALYSER OG ANDRE METODER

96. Udover de sammenligningsbaserede metoder findes der også andre metoder til at estimere den hypotetiske situation, der ville have bestået uden overtrædelser. Disse metoder omfatter bl.a. simulering af markedsforholdene på grundlag af økonomiske modeller (A) og estimering af det kontrafaktiske forløb på basis af produktionsomkostninger og en rimelig avance (B).

A. Simulationsmodeller

97. Simulationsmetoderne bygger på økonomiske modeller over markedsadfærd. Økonomiske studier af, hvordan markederne fungerer, og hvordan virksomhederne konkurrerer indbyrdes, har vist, at det på markeder med bestemte karakteristika er muligt at forudsige, hvilke resultater interaktionerne på dette marked sandsynligvis ville have givet, f.eks. med hensyn til pris- eller produktionsniveau eller fortjeneste. Inden for den gren af den økonomiske videnskab, der betegnes organisation, er der udviklet modeller af forskellige markedstyper, der kan simulere sådanne resultater. De spænder lige fra monopolmodeller til den anden ende af spektret, hvor der er fuldkommen konkurrence.
98. Blandt de modeller midt imellem, der kan sige noget om virksomheders adfærd på et oligopolistisk marked, kan især nævnes de modeller, der oprindeligt blev udviklet i det 19. århundrede af økonomerne Augustin Cournot og Joseph Bertrand. Bertrands oligopolmodel beskriver et marked med et ret lille antal virksomheder (og betydelige adgangsbarrierer), hvor der konkurreres på pris og ikke produktionsmængde. Virksomhederne fastsætter deres pris samtidigt ud fra deres formening om, hvilke priser deres konkurrenter vil tage. I denne model stiger priserne i takt med øget produktdifferentiering. Cournots oligopolmodel beskriver et marked med et relativt lille antal virksomheder (og betydelige adgangsbarrierer), der konkurrerer om størrelsen af deres produktion. Før de vælger deres pris, fastsætter de deres mængde (eller kapacitet) ud fra, hvor meget de mener, at de andre virksomheder vil producere. Der findes talrige videreudviklinger og variationer af Cournot- og

⁸⁵ Et ret aktuelt eksempel på tabsopgørelse i en sag, der drejede sig om udelukkelse af konkurrenter fra markedet, findes i *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelonas* dom af 20. januar 2011 i sag nr. 45/2010 (Centrica Energica mod Endesa Distribución Eléctrica).

⁸⁶ F.eks. for at eliminere visse andre faktorer påvirkning af den relevante variabel, se f.eks. *Kammergericht Berlins* dom af 1. oktober 2009, sag nr. 2 U 10/03 Kart., *Kammergericht Karlsruhes* dom af 11. juni 2010 i sag nr. 6 U 118/05 og *Oberlandesgericht Karlsruhes* dom af 11. juni 2010 i sag nr. 6 U 118/05.

⁸⁷ Udover at give estimer, der allerede tager højde for andre faktorer indflydelse, måler regressionsanalysen også disse estimaters præcision (i form af "standardfejl"), som kan danne basis for beregning af den nedre (og øvre) grænse for det estimerede tab.

Bertrand-modellerne. Heriblandt også dynamiske oligopolmodeller baseret på spilteorien⁸⁸, som tager hensyn til den gentagne interaktion mellem virksomhederne på markedet⁸⁹.

99. Sandsynligheden er, at priserne vil være højest (og afsætningen lavest) i et monopol, og at priserne er lavest (og afsætningen højst) i en situation med fuldkommen konkurrence. Bertrand-oligopol på markeder med differentierede produkter⁹⁰ og Cournot-oligopol vil normalt resultere i, at priser og afsætning vil ligge et sted mellem niveauerne ved fuldkommen konkurrence og ved et monopol, men hvor de nærmere betegnet vil ligge, afhænger bl.a. af antallet af virksomheder på markedet, adgangsbarrierer, graden af differentiering mellem dem og deres produkter og andre markeds karakteristika som f.eks. efterspørgselskarakteristika (især hvor følsomme kunderne er over for prisændringer) samt producenternes kapacitet og omkostningsstruktur.
100. På grundlag af denne teoretiske viden om f.eks. sammenhængen mellem priserne og et givet sæt markeds karakteristika kan der opstilles simulationsmodeller, der kan give et estimat af, hvilke priser (eller andre variabler) der ville have været på markedet, hvis der ikke havde været en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF. Denne simulationsmodel bør konstrueres på en sådan måde, at den afspejler a) de faktorer, der har størst betydning for udbuddet (især "konkurrenceinteraktionerne"⁹¹, dvs. den måde, hvorpå konkurrencen udspiller sig mellem virksomhederne, og virksomhedernes omkostningsstruktur) og b) efterspørgslen (især hvordan kunderne reagerer på prisændringer). Disse faktorer udtrykkes i et sæt ligninger, hvor der er sat tal på de forskellige parametre. Der kan være tale om parametre med kendte, økonometrisk estimerede eller antagne værdier, men modellen skal give et resultat, der stemmer overens med nogle af de observerede variabler. Ved brug af simulationsmodeller til at opstille et kontrafaktisk forløb skal de relevante markedsstrukturer og andre karakteristika være de strukturer, der ville have bestået uden overtrædelsen - de kan svare til de strukturer og andre karakteristika, der er observeret i overtrædelsesforløbet, men der kan også være visse forskelle⁹².

⁸⁸ Spilteorien studerer, hvordan individer og virksomheder agerer i strategiske situationer, hvor de er nødt til at tage hensyn til, hvordan andre reagerer på deres handlinger.

⁸⁹ Det kan være nyttigt at tage hensyn til den gentagne interaktion mellem virksomhederne på markedet når det f.eks. drejer sig om at forklare en samordning mellem virksomheder eller en ny konkurrents indtrængning på markedet.

⁹⁰ På et marked med homogene produkter og ingen kapacitetsproblemer vil Bertrand-priskonkurrence derimod føre til meget konkurrenceprægede markeder. Homogene produkter er produkter, der ikke adskiller sig nævneværdigt fra hinanden i relation til kvalitet eller produkttegenskaber.

⁹¹ Udtrykket "konkurrenceinteraktioner" bruges til at betegne den måde, hvorpå konkurrencen mellem virksomhederne udspiller sig, f.eks. Bertrand- eller Cournot-konkurrence, eller hvorpå virksomhederne undlader at konkurrere med hinanden (f.eks. ved at indgå i en samordning i strid med konkurrencereglerne). Også markeder, hvor prisdannelsen sker gennem auktioner eller andre budprocesser, kan egne sig til simulationsmodeller, eftersom interaktionerne mellem konkurrenter ofte følger faste regler (hvilke priser eller produktionsmængder, der kan antages at fremkomme som resultat af auktioner eller udbud, som ikke er påvirket af overtrædelsen, kunne f.eks. estimeres ved hjælp af oligopolmodeller baseret på spilteorien med henblik på at simulere, hvilken budadfærd konkurrenterne kan antages at ville have fulgt i et normalforløb).

⁹² Eftersom overtrædelsen kan have ført til ændringer i markedets struktur eller forhindret ændringer, som ellers ville være sket på markedet (f.eks. en ineffektiv konkurrents forsvinden fra markedet), er de (hypotetiske) markeds karakteristika i det kontrafaktiske forløb ikke nødvendigvis de samme som dem, der kunne observeres i overtrædelsesforløbet. De markedsandele, der er iagttaget i løbet af overtrædelsesperioden, kan desuden adskille sig betydeligt fra, hvad der ville have været tilfældet uden overtrædelsen, f.eks. når medlemmerne af et kartel fordeler markeder mellem sig.

101. Brug af simulationsmodeller til estimering af den lidte skade kan illustreres med følgende eksempel. I et kartel på et differentieret produktmarked (f.eks. chokolade) kan de kontrafaktiske priser estimeres på følgende måde med brug af data fra perioden uden overtrædelsen: Først estimerer man, hvordan efterspørgslen efter hvert chokoladeprodukt ændrer sig alt efter prisen på dette produkt (egenpriselasticiteten) og prisen på konkurrerende produkter (krydspriselasticiteten)⁹³. Dernæst ser man på, hvilken konkurrencemodel der bedst afspejler konkurrenceinteraktionerne mellem virksomhederne i perioden uden overtrædelsen (i chokoladeeksemplet f.eks. Bertrand-konkurrence). På grundlag heraf kan man udlede, ved hvilken pris virksomheden opnår den maksimale profit under hensyntagen til omkostningsparametrene (f.eks. marginalomkostningerne) og efterspørgselsparametrene (f.eks. efterspørgslens størrelse)⁹⁴. Man kan så tilpasse værdien af nogle af disse parametre for at afspejle relevante forhold i overtrædelsesperioden (f.eks. en stigning i prisen på kakaobønner med 10 %). Når alle disse oplysninger udtrykkes i en ligning, kan man (ud fra den antagelse, at alle virksomheder stræber efter at maksimere deres profit) simulere, hvilke priser disse virksomheder sandsynligvis anvendte i overtrædelsesperioden. Karteloverprisen kan derefter estimeres ved at beregne forskellen mellem de observerede priser og de simulerede kontrafaktiske priser.
102. I dette eksempel stilles der store krav til de data og antagelser, der lægges til grund. Der findes simplere simulationsmodeller, der kan bruges til at opgøre lidt skade, men de afhænger endnu mere af en række centrale antagelser, som kan være vanskelige at verificere. Den skade, et kartel har forvoldt, kunne f.eks. opgøres ved at sammenligne monopolpriser (som skal afspejle priserne under kartellets beståen) med de priser, der kan forventes under en Cournot-model (til afspejling af priserne i et normalforløb uden overtrædelsen), ved hjælp af data om f.eks. markedsandele, omkostninger og elasticiteten i markedspriserne. Men en sådan metode beror helt og holdent på antagelserne om konkurrenceinteraktionerne i overtrædelsesforløbet og det kontrafaktiske forløb, og der er risiko for, at de ikke stemmer tilstrækkeligt godt overens med, hvordan kartellet opererer i overtrædelsesperioden, og hvordan konkurrencen på markedet ville være forløbet uden kartellet.
103. Simulationsmodeller kan bruges til at estimere forholdene på markedet ikke alene i kartelsager (eller andre former for overtrædelser i form af kunstige overpriser), men også i sager, hvor der er tale om ekskluderende adfærd. F.eks. kan man ved hjælp af en oligopolmodel simulere, hvilken afsætning og markedsandel en fortrængt konkurrent ville have haft uden overtrædelsen.
104. Enhver model til simulering af konkrete markedsforhold er en approksimering af virkeligheden og bygger på teoretiske og ofte også konkrete antagelser om markeds karakteristika og producenters og kunders sandsynlige adfærd. Selv om disse modeller per definition derfor ofte giver en forenkling af virkeligheden, kan selv simple modeller i mange tilfælde give en nyttig indsigt i, hvilken skade en overtrædelse har forvoldt. Derfor bør man ikke afvise en model, blot fordi den ser ud til at bygge på tilsyneladende forenklede antagelser, man bør snarere overveje, hvordan nogle af de forenklede antagelser vil kunne påvirke de resultater, den giver. En omfattende model, der afspejler en række forskellige konkrete træk ved det

⁹³ Rent teknisk indebærer det, at der opstilles et estimat af et efterspørgselssystem, som er en af de strukturelle økonomiske analysemetoder, der er nævnt i punkt 90.

⁹⁴ Værdien af disse parametre (f.eks. størrelsen af marginalomkostningerne i beregningen) i perioden uden overtrædelsen kan sættes på det niveau, hvor de afledte priser og mængder matcher de observerede data.

pågældende marked, kan, hvis den opstilles og evalueres korrekt, øge sandsynligheden for, at simulationen vil give et rimeligt estimat af det kontrafaktiske forløb. Men selv meget omfattende modeller afhænger af, at det er de rette antagelser, de bygger på, især i det centrale spørgsmål om, hvordan konkurrencen og kundernes efterspørgsel ville have set ud i det kontrafaktiske forløb. Det kan desuden være meget teknisk krævende at opstille komplekse simulationsmodeller, og det kan kræve en stor mængde data, som den pågældende part måske ikke har adgang til, eller som det ikke altid er muligt at estimere med tilstrækkelig sikkerhed.

105. Både simple og mere komplekse simulationsmodeller kan ikke desto mindre give en nyttig viden om, hvordan et marked ville have set ud, hvis der ikke havde været nogen overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF. Hvorvidt og i hvilke situationer det vil være en god idé at foretage en økonomisk simulation, og hvorvidt resultaterne af den vil være tilstrækkeligt pålidelige, afhænger af den konkrete sags omstændigheder og de krav, der stilles i den pågældende nationale lovgivning.

B. Omkostningsbaserede og økonomibaserede metoder

106. Der findes også andre metoder til at estimere, hvilken pris der sandsynligvis ville have været gældende uden overtrædelsen, heriblandt den omkostningsbaserede metode⁹⁵ og metoder baseret på sagsøgers eller sagsøgte økonomiske resultater (økonomibaserede metoder).
107. Den omkostningsbaserede metode går ud på at beregne en produktionsomkostning pr. enhed og så lægge den avance til, som ville have været "rimelig" i det kontrafaktiske scenarie. Den estimerede normalpris pr. enhed, der derved fremkommer, kan derefter sammenlignes med den pris pr. enhed, som overtræderen rent faktisk anvendte, for at nå frem til et estimat af overprisen⁹⁶.
108. Den omkostningsbaserede metode kan anvendes med forskellige typer produktionsomkostninger, alt efter hvilken branche der er tale om. Men det er vigtigt at sikre en konsekvent behandling af omkostninger og avancer. Hvis det f.eks. er de variable omkostninger (dvs. omkostninger, der varierer, alt efter hvor meget der produceres), man ser på, er det bruttoavancen (dvs. den fortjeneste, virksomheden har, efter at de variable omkostninger er fratrukket), der bør lægges til for at nå frem til prisen. Det bemærkes desuden, at de omkostninger, der er relevante for beregning af prisen, ikke nødvendigvis kun er skadevolderens omkostninger, men også kan være en af konkurrenternes omkostninger (f.eks. hvis markedsprisen dikteres af den mindst effektive producent).
109. Det første skridt består i at beregne omkostningerne pr. enhed. Omkostningerne pr. enhed kan beregnes ved at dividere skadevolderens faktiske produktionsomkostninger inden for det relevante produktionsområde med det samlede antal producerede produkter. Det kan gøres ret simpelt, hvis der er tale om virksomheder eller virksomhedsdele, der kun producerer ét hovedprodukt. De

⁹⁵ Denne metode kaldes også "kostpris plus avance"-metoden eller *cost plus*-metoden. Der refereres til den som en subsidiær metode i tilfælde, der ikke egner sig til sammenligningsbaserede metoder, i *Bundesgerichtshofs* dom af 19. juni 2007 i sag KBR 12/07 (*Papirgrossistkartel*).

⁹⁶ Den omkostningsbaserede metode anvendes normalt især til beregning af overpriser. Denne metode, eller elementer af den, kan dog også anvendes til opgørelse af andre former for tab, f.eks. det tab af fortjeneste, som en fortrængt konkurrent har lidt. Se f.eks. *Oberlandesgericht Düsseldorf*s dom af 16. april 2008 i sag VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*), hvor en sådan konkurrents tab af fortjeneste blev opgjort ved at se på hans omkostninger samt den sandsynlige avance i procent af disse omkostninger.

offentliggør ofte deres vigtigste omkostningsdata eller lader dem indgå i de reviderede regnskaber, som de indgiver til offentlige registre. I andre situationer kan det være mere vanskeligt at få adgang til data om det produkt, overtrædelsen berører, og dets produktionsomkostninger. Når der foreligger regnskabsdata, kan det være nødvendigt at foretage visse justeringer, eftersom det regnskabsmæssige omkostningsbegreb ikke altid er det samme som det økonomiske.

110. Det kan ske, at de produktionsomkostninger, der er observeret i løbet af overtrædelsesperioden, ikke er repræsentative for, hvad produktionsomkostningerne ville have været uden overtrædelsen. Det kan især skyldes to forhold; for det første at virksomheder, der på grund af deres ulovlige samordning ikke er udsat for det konkurrencepres, der ville have bestået i et normalforløb, måske opererer mindre effektivt og derfor har højere produktionsomkostninger, end de ville have haft under et konkurrencepres. For det andet at disse virksomheder måske har indskrænket produktionen og derfor i løbet af overtrædelsesperioden går glip af de skalafordele, som kunne have resulteret i lavere produktionsomkostninger. Hvis der foreligger indikationer om, at det kunne være tilfældet, kan det være nødvendigt at justere de observerede omkostningsdata. Men selv uden sådanne justeringer vil de observerede omkostninger stadigvæk kunne give et minimumsestimat af overprisen ved brug af den omkostningsbaserede metode.
111. Det næste skridt ved brugen af den omkostningsbaserede metode består i at estimere en "rimelig" avance, som skal lægges til produktionsomkostningerne. Det kan gøres på forskellige måder. Disse fremgangsmåder er enten baseret på en sammenligning mellem forskellige perioder eller markeder eller på økonomiske modeller og har således meget til fælles med de metoder, der blev beskrevet i de foregående afsnit. F.eks. vil man kunne opstille et estimat af, hvad avancen med rimelighed kunne antages at ville være uden overtrædelsen, på grundlag af tilsvarende virksomheders avancer på et sammenligneligt geografisk marked, der ikke var berørt af overtrædelsen, eller på sammenlignelige produktmarkeder⁹⁷. På samme måde kan den skadevoldende (eller en sammenlignelig) virksomheds avance i perioderne før og efter overtrædelsen lægges til grund for dette estimat. Begge disse sammenligningsbaserede metoder bygger på antagelsen om, at referenceperioden, referencemarkedet eller referencevirksomheden er tilstrækkeligt sammenlignelig⁹⁸, især i relation til de markeds karakteristika, der har relevans for avancen, såsom graden af konkurrence på markedet⁹⁹, producenterne omkostningsstrukturer (herunder innovationsomkostninger), kapacitetsudnyttelse og kapacitetsproblemer. Disse antagelser lader sig ikke altid så let verificere, eftersom en virksomhed må antages at fastsætte sin pris og sin avance ud fra mange forskellige faktorer og strategiske hensyn.
112. En anden måde at estimere en "rimelig" avance på er at se på konkurrencens karakter og markedets karakteristika uden overtrædelsen og udlede et estimat af avancen på grundlag af den viden, man har fra organisationsmodeller¹⁰⁰. F.eks. vil priserne uden

⁹⁷ Bundesgerichtshofs dom af 19. juni 2007 i sag KBR 12/07 (*Papirgrossistkartel*), hvor der henvises til den avance, der genereres i "sammenlignelige brancher".

⁹⁸ Med hensyn til spørgsmålet om tilstrækkelig sammenlignelighed henvises til punkt 38-58 i del 2, afsnit II, ovenfor

⁹⁹ F.eks. om konkurrencen var så hård, at priserne blev presset helt ned i nærheden af marginalomkostningerne (som det antages i modellen med fuldkommen konkurrence), eller om avancerne på grund af en oligopolistisk struktur på markedet ville have været højere også uden overtrædelsen.

¹⁰⁰ Se punkt 97 ff. i del 2, Afsnit III.

overtrædelsen måske have tendens til at ligge nede i nærheden af omkostningerne på grund af relativt homogene produkter og overkapacitet på markedet, og i sådanne tilfælde vil producenterne formentlig have en relativt lav avance¹⁰¹.

113. Af det ovenstående fremgår det klart, at estimering af både de kontrafaktiske omkostninger og den "rimelige avance" i praksis kan være forbundet med adskillige problemer. Desuden forudsætter den omkostningsbaserede metode, at man har adgang til data, som måske er i modpartens eller en tredjemands besiddelse. Alt efter omstændighederne i den konkrete sag og kravene i den gældende lovgivning kan den ikke desto mindre være nyttig som støtte for en opgørelse af det tab, som en overtrædelse af konkurrencereglerne har forvoldt.
114. Ved de økonomibaserede metoder tages der udgangspunkt i sagsøgers eller sagsøgtes økonomiske resultater til vurdering af, om sagsøger har lidt skade, og i så fald skadens størrelse.
115. Hvis sagsøgeren i en erstatningssag er en virksomhed, som har fået påført et tab på grund af en overtrædelse, vil en analyse af virksomhedens økonomiske situation (og især dens rentabilitet) kunne give en nyttig indikation af dette tab. Det kan især være nyttigt, når sagsøger har nedlagt påstand om tabt fortjeneste, fordi han er blevet fortrængt fra et marked.
116. Til bedømmelse af en virksomheds rentabilitet kan der benyttes almindeligt kendte metoder (som f.eks. "nettonutidsværdimetoden", hvor man beregner nutidsværdien af en virksomheds fremtidige pengestrømme). Også de metoder, der benyttes ved virksomhedsvurderinger, bl.a. regnskabsbaserede metoder, kan give nyttige holdepunkter.
117. Ved alle disse metoder er man nødt til først at opstille det kontrafaktiske forløb, for når man først har beregnet sagsøgers nuværende rentabilitet, må det vurderes, hvordan rentabiliteten ville have været, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. Denne kontrafaktiske situation kan konstrueres ved hjælp af rentabilitetsdata fra et sammenligningsmarked – efter nogenlunde samme tilgang som ved de ovenfor beskrevne sammenligningsbaserede metoder¹⁰². Det kontrafaktiske scenarie kan f.eks. opstilles med udgangspunkt i sagsøgers rentabilitet før og efter overtrædelsen, men det kan også opstilles på basis af andre parametre. En af mulighederne består i at bruge kapitalomkostningerne som benchmark – de er udtryk for den profit, der mindst må være i en bestemt branche for at tiltrække kapital, og det kan derfor med rimelighed antages, at den pågældende virksomhed mindst havde realiseret denne minimumsprofit uden overtrædelsen.
118. En af fordelene ved de økonomibaserede metoder er, at virksomhederne på grund af regnskabskravene ofte ligger inde med de oplysninger, der er brug for, eller de er måske endog offentligt tilgængelige, f.eks. hvor der er tale om børsnoterede selskaber.

¹⁰¹ I sådanne tilfælde anses kapitalomkostningerne (dvs. en virksomheds omkostninger ved at skaffe kapital på markedet) undertiden for at kunne give en approksimering af den "rimelige" avance. Men avancerne i et normalforløb kan adskille sig betydeligt fra kapitalomkostningerne, f.eks. hvor der ikke hersker fuldkommen konkurrence, hvor visse virksomheder har særlige, virksomhedsspecifikke omkostningsfordele, eller i tilfælde af bratte ændringer i efterspørgsel og udbud.

¹⁰² Se nærmere herom i punkt 32 ff.

C. Andre metoder

119. De metoder, vi har beskrevet i denne vejledning, er dem, som jurister og økonomer har beskæftiget sig mest med. Denne opregning af metoder må dog ikke ses som værende udtømmende, for det første fordi de beskrevne metoder vil kunne blive videreudviklet, og andre kunne komme til i praksis.
120. For det andet findes der metoder, der ikke er med i denne vejledning, men som ikke desto mindre kunne vise sig at være nyttige, f.eks. til at beregne den øvre eller nedre grænse¹⁰³ eller give et approksimativt estimat¹⁰⁴ af den forvoldte skade. Især hvor gældende lovgivning åbner mulighed for en approksimativ estimering, har nationale domstole ofte valgt pragmatiske teknikker frem for en mere avanceret implementering af de i afsnit A og B ovenfor beskrevne metoder ved beregningen af den skadeserstatning, de har tilkendt skadelidte parter. I sager, hvor en nyttilkommen virksomhed er blevet holdt ude fra markedet i strid med artikel 101 eller 102 i TEUF, har man f.eks. undertiden brugt forretningsplaner¹⁰⁵ som kilde til oplysninger om en virksomheds sandsynlige indtjening, dog i nogle tilfælde med visse justeringer afhængigt af markedsforholdene eller med brug af data fra et sammenligneligt marked eller en sammenlignelig virksomhed.
121. Det er op til de nationale domstole at afgøre, om en bestemt metode inden for rammerne af den gældende lovgivning kan accepteres som middel til at opgøre tabet i en given sag, forudsat at EU-rettens principper om effektivitet og ækvivalens er overholdt.

IV. VALG AF METODE

122. Hver af de metoder, der er beskrevet i afsnit II og III, kan i princippet give nyttig viden om overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF og om de forskellige former for skade, sådanne overtrædelser kan forvolde. I særdeleshed giver de mulighed for at estimere størrelsen ikke alene af den ulovlige overpris i et priskartel, men også f.eks. af det tab af omsætning eller fortjeneste, som en dominerende virksomheds ekskluderende adfærd har påført en skadelidt virksomhed.
123. Det må understreges, at de kun giver mulighed for en estimering og ikke for en nøjagtig og præcis måling af, hvordan det kontrafaktiske forløb ville have set ud. Der findes ikke én enkelt metode, der vil være bedre end alle andre i alle tilfælde. Hver af de ovenfor beskrevne metoder har deres egne træk, fordele og ulemper, som gør dem mere eller mindre egnede til at estimere den skade, der er forvoldt under et givet sæt omstændigheder. Metoderne er bl.a. forskellige med hensyn til, i hvilket omfang de er baseret på data, som er resultatet af faktiske interaktioner på markedet, eller på antagelser baseret på økonomisk teori, og i hvilket omfang de tager højde for andre faktorer end overtrædelserne, der kan have påvirket parternes situation.
124. Spørgsmålet om, hvilken tabsopgørelsesmetode der egner sig bedst under de specifikke omstændigheder i en konkret sag, må afgøres ud fra gældende lovgivning.

¹⁰³ Man kunne f.eks. nå frem til et maksimumsestimater ved hjælp af en CLA-analyse (*critical loss analysis*). Med denne teknik vurderer man, hvor stort et mængdetab der vil gøre en prisforhøjelse urentabel.

¹⁰⁴ F.eks. kunne man fastslå den kontrafaktiske avance ved at tage kapitalomkostningen som benchmark, ud fra den antagelse, at virksomheden uden overtrædelser ville have indtjent sin kapitalomkostning, svarende til det minimale afkast, virksomhedens långivere vil kræve. Med hensyn til denne metodes begrænsninger henvises til fodnote 100.

¹⁰⁵ Se f.eks. *Højesterets dom af 20. april 2005 i sag UFR 2005.217H (GT Linien A/S mod De Danske Statsbaner DSB og Scandlines A/S)*.

Ud over lovgivningens regler om beviskrav og bevisbyrde kan det være relevant at se på, om der er adgang til de nødvendige data, hvilke omkostninger metoden er forbundet med, og hvor tidskrævende den er, og om det står i forhold til erstatningskravets størrelse. De omkostninger, der er relevante i denne sammenhæng, er måske ikke blot de omkostninger, som den part, der har bevisbyrden, har til at anvende disse metoder, men også den anden parts omkostninger ved at søge at imødegå disse påstande samt omkostningerne for retsvæsenet, når domstolen skal tage stilling til de resultater, metoden har givet, eventuelt med bistand fra en særligt udpeget sagkyndig. En skadelidtes omkostninger kan også blive særligt relevante i relation til effektivitetsprincippet¹⁰⁶. Ved afgørelsen af, hvorvidt en af de metoder, der gennemgås i denne vejledning, skal bruges i en konkret sag og i så fald hvilken, må der inden for lovgivningens rammer også tages hensyn til, om der findes andre former for bevismateriale, f.eks. forretningspapirer fremlagt af parterne, som viser, at der rent faktisk blev anvendt en bestemt ulovlig overpris.

125. I en konkret sag kan det komme på tale at anvende flere metoder (f.eks. sammenligning med andre perioder og med andre geografiske markeder), enten hver for sig eller sammen. Hvis to forskellige metoder giver nogenlunde samme resultater, kan det bevirke, at domstolen tillægger det estimat, de giver af den lidte skade, en større beviskraft og lægger det til grund som den nedre grænse for den forvoldte skade. Men hvis brugen af to forskellige metoder giver tilsyneladende modstridende resultater (især hvor sagens to parter fremlægger resultater af to forskellige metoder), bør man normalt ikke nøjes med at tage et gennemsnit af de to resultater eller gå ud fra, at de modstridende resultater udligner hinanden og derfor undlade at bruge begge disse metoder. I sådanne tilfælde bør man derimod undersøge årsagerne til de modstridende resultater og se nærmere på fordelene og ulemperne ved hver metode og den måde, hvorpå den er anvendt i den konkrete sag.

¹⁰⁶

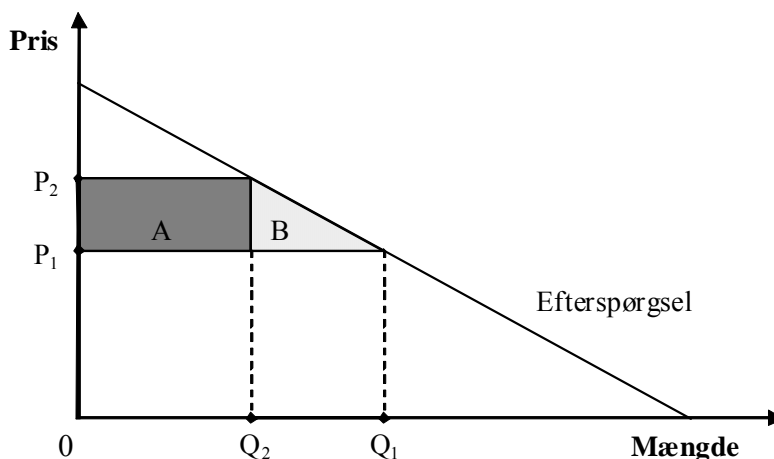
Se punkt 2 i del 1, Afsnit 1.

Del 3 — Opgørelse af tab som følge af en prisforhøjelse

I. VIRKNINGER AF OVERTRÆDELSER, DER RESULTERER I EN PRISFORHØJELSE

126. En konkurrenceskadelig praksis kan føre til en stigning i de priser, som den ulovligt handlende virksomheds direkte og ofte også indirekte kunder¹⁰⁷ kommer til at betale for produktet. De direkte kunder er de kunder, der køber et produkt direkte af overtræderen, og de indirekte kunder er de kunder, der af de direkte kunder køber et produkt påvirket af overtrædelser.
127. Typiske eksempler på overtrædelser af konkurrencereglerne, der fører til sådanne prisstigninger, er priskarteller eller dominerende virksomheders anvendelse af overpriser. Kunderne kan også blive berørt af konkurrencebegrænsninger i form af produktionsindskrænkninger eller kunde- og markedsdeling, der også normalt resulterer i højere priser. En helt anden form for skade kan opstå, når en overtrædelse af konkurrencereglerne påvirker konkurrenternes position på markedet - denne type skade og dens virkninger for kunderne diskuteres i del 4 nedenfor.
128. I det omfang, hvor overtrædelser resulterer i højere priser på det relevante produkt, kan der sondres mellem to hovedkategorier¹⁰⁸ af skader:
- a) den skade, der skyldes, at overtræderens direkte og indirekte kunder kommer til at betale mere for hvert produkt, de køber, end hvis overtrædelser ikke havde fundet sted (den såkaldte "overpris"). Denne type skade behandles mere indgående i afsnit II og
 - b) den skade, der skyldes "volumen-effekten", dvs. at der på grund af den højere pris købes færre produkter. Denne type skade behandles mere indgående i afsnit III.

Disse to hovedkategorier illustreres i forenklet form i nedenstående graf:



¹⁰⁷ I nogle tilfælde vil virksomheder, der ikke selv overtræder konkurrencereglerne, hæve deres priser, fordi markedspriserne er steget på grund af overtrædelser. Kunder, der køber fra disse virksomheder, betegnes undertiden som "paraplykunder". I hvilket omfang disse kunder kan kræve erstatning af overtræderen for den skade, de har lidt, afhænger af gældende lovgivning.

¹⁰⁸ Med hensyn til andre former for skader henvises til punkt 22 i del I, afsnit III.

129. P_1 er prisen på markedet, hvor der ikke er nogen overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF. På et marked med fuldkommen konkurrence vil denne pris svare til udbyderens marginalomkostninger, dvs. hans omkostninger ved at producere et produkt mere. På mange markeder er konkurrencen imidlertid ikke fuldkommen, og en normalpris på disse markeder vil ofte ligge over marginalomkostningerne. Q_1 er den mængde af produktet, som kunderne køber til prisen P_1 .
130. P_2 er den højere pris, som beror på en overtrædelse med indvirkning på prisen. Den resulterer i en lavere efterspørgsel (Q_2), fordi nogle af kunderne vil mene, at den højere pris, de må betale for produktet, overstiger produktets værdi for dem. Den højere pris har altså en "volumeneffekt" eller "mængdeeffekt". I hvilket omfang en prisforhøjelse vil påvirke efterspørgslen, afhænger af efterspørgselselasticiteten. Efterspørgselselasticiteten er udtryk for, med hvor stor en procentdel antallet af produkter solgt på et givet marked varierer som reaktion på en prisændring på 1 % med en given efterspørgsel, og giver en nyttig indikation af, hvor stor volumeneffekten er ved mindre prisændringer.
131. Rektangel A repræsenterer den værdi, kunderne har overført til overtræderen på grund af overtrædelsen: de kunder, der køber til den højere pris P_2 , må overføre en større værdi til overtræderen for at få produktet. De kan søge erstatning for at have været nødt til at betale mere, og hvordan denne skade kan opgøres, forklares i afsnit II nedenfor.
132. Trekant B repræsenterer volumeneffekten og dermed den værdi, der går tabt, når de kunder, der ville have købt produktet til pris P_1 , afstår fra at gøre det, når prisen stiger til P_2 ¹⁰⁹.
133. Nogle kunder bruger produktet til deres egne aktiviteter - f.eks. til videresalg eller til produktionen af andre produkter. Når de ikke køber til prisen P_2 (eller køber mindre), går de glip af den profit, de ville have haft, hvis de havde kunnet købe produktet til pris P_1 . De kan søge erstatning for dette tab af fortjeneste, og hvordan dette tab kan opgøres, illustreres i afsnit III nedenfor. Andre kunder er slutkunder. Hvis de ikke køber til prisen P_2 , går de glip af muligheden for at bruge dette produkt, som de ville have været rede til at købe til pris P_1 ¹¹⁰. Det kan være, at den gældende lovgivning åbner mulighed for at anse denne fortabte mulighed for at gøre brug af produktet som en skade, der kan søges hel eller delvis erstatning for. Men i det mindste må de endelige forbrugere, som er blevet påført større omkostninger (f.eks. fordi de har været nødt til at købe et erstatningsprodukt) og derfor har lidt et reelt tab¹¹¹, være i stand til at kræve erstatning.
134. Ovenstående opsummering drejer sig om virkningerne på markedet af overtrædelser, der fører til en *højere* salgspris. Overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF kan også påvirke efterspørgselssiden og resultere i, at overtræderne kommer til at betale lavere priser for deres egne forsyninger, f.eks. hvor der er tale om et indkøbskartel eller om en dominerende aftagers misbrug af markedsstyrke over for sine leverandører. I sådanne tilfælde vil priseffekterne bestå i, at overtræderens

¹⁰⁹ For økonomien som helhed repræsenterer denne trekant derfor det værditab, kunderne lider ved en indskrænkning af produktionen; mens overprisen påvirker aktivernes fordeling i økonomien, repræsenterer trekant B den velfærd, der ikke blev skabt på grund af overtrædelsen. Det er, hvad økonomerne betegner som "dødvægttabet".

¹¹⁰ Det kan også tænkes, at kunderne ville have været rede til at betale en pris, der er højere end P_1 , men lavere end P_2 .

¹¹¹ Med hensyn til dette begreb henvises til dom i forenede sager C-295/04-C-298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 95.

leverandør får påtvunget en "underpris", og der vil ofte også være en overpris på det efterfølgende marked, f.eks. for overtræderens direkte og indirekte kunder¹¹². De metoder, der bruges til at beregne en overpris, kan i princippet også bruges til at opgøre en underpris, dvs. den lavere pris, som medlemmerne af et indkøbskartel betaler deres leverandører.

135. De samme metoder kan i princippet også benyttes¹¹³, hvor der ved første øjekast ikke kan observeres nogen overpris, fordi overtrædelsen resulterede i en kunstig stabilisering af priserne over en vis periode, hvor priserne under normale omstændigheder (dvs. uden overtrædelsen) ellers ville være faldet. I det følgende bruges udtrykket "overpris" også om disse situationer.

II. BEREKNING AF OVERPRISEN

136. Der er forskellige typer overtrædelser, der direkte eller indirekte fører til overpriser. I erstatningssager efter overtrædelser af konkurrencereglerne er der ofte tale om overpriser i en kartelsammenhæng, hvilket behandles i afsnit A nedenfor, mens der redegøres for overpriser i forbindelse med andre typer overtrædelser i afsnit B nedenfor.

A. Beregning af overpriser som følge af karteller

137. I en erstatningssag vil det - inden for rammerne af gældende lovgivning - være nødvendigt at beregne den overpris, sagsøgerne har betalt. Virkningerne af karteller er blevet analyseret i adskillige økonomiske og juridiske studier, og resultaterne af nogle af dem er sammenfattet nedenfor i afsnit 1.
138. I erstatningssager vil det være nyttigt at sondre mellem den første overpris, som overtræderens direkte kunder har betalt (se afsnit 2), og den skade, som denne overpris eventuelt måtte have påført indirekte kunder i de forskellige led i forsyningskæden (afsnit 3).

(1) Virkningerne af karteller

139. Karteller er aftaler og samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der har til formål at påvirke konkurrenceparametrene, f.eks. gennem fastsættelse af købs- eller salgspriser eller andre forretningsvilkår, allokering af produktion eller salgskvotering eller markedsdeling (herunder også koordineret tilbudsgivning). Ved afgørelsen af, om det er i strid med artikel 101 i TEUF, er det ikke nødvendigt at kvantificere virkningerne heraf, da formålet med kartelaftalen er at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen¹¹⁴.
140. Karteldeltagere, der overtræder konkurrencereglerne, er vidende om, at de risikerer at blive afsløret og få pålagt bøder og andre sanktioner. Alene den omstændighed, at de

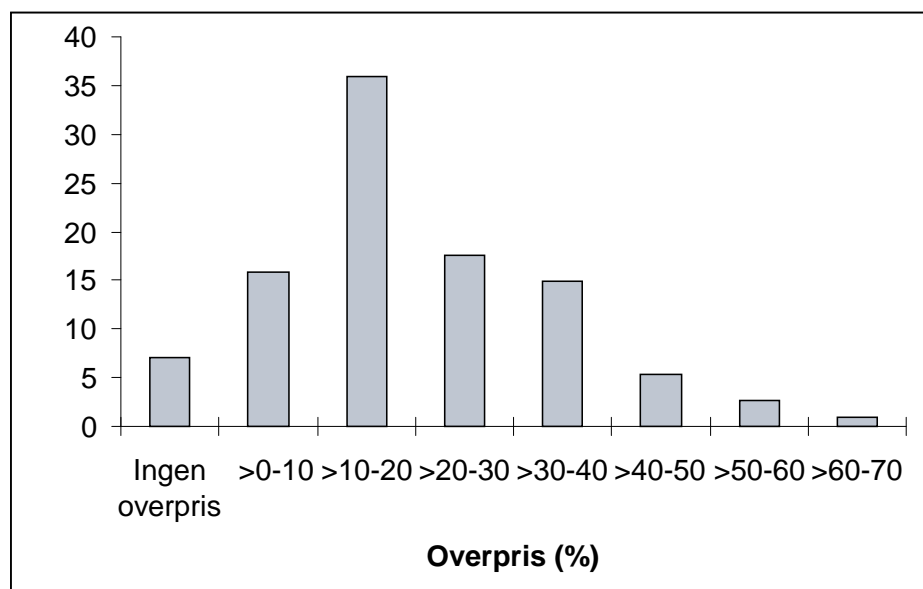
¹¹² For at få nedbragt deres inputomkostninger må kartelmedlemmer/ dominerende indkøbere med markedsstyrke i de efterfølgende led antages at ville indskrænke deres køb af input og dermed også indskrænke produktionen og hæve priserne i de efterfølgende led.

¹¹³ Den eneste af metoderne, der helt klart ikke kan bruges, er den, der er baseret på en sammenligning mellem forskellige perioder i varianten "før" og "efter" (dvs. sammenligning mellem priserne under overtrædelsen og priserne før overtrædelsen), medmindre der ved hjælp af en regressionsanalyse eller simple tilpasninger tages højde for de faktorer, der ville resultere i et prisfald under normale markedsomstændigheder (f.eks. lavere råvarepriser).

¹¹⁴ Rettens domme i forenede sager T-25/95 osv., Cimenteries CBR SA mod Kommissionen, Sml. 2000 II, s. 491, præmis 837, 1531, 2589; sag T-202/98, Tate & Lyle mod Kommissionen, Sml. 2001 II, s. 2035, præmis 72-74; Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97, punkt 20-23.

ikke desto mindre indgår i den ulovlige samordning, er i sig selv et tegn på, at de forventer at få et stort udbytte af det, at de altså forventer, at kartellet får virkninger på markedet og dermed også for deres kunder¹¹⁵.

141. I en undersøgelse, som Kommissionen har ladet foretage, så man på empiriske data om virkninger af overpriser og størrelsen af disse virkninger¹¹⁶. Undersøgelsen byggede på en række empiriske analyser af kartellers virkninger. Det udsnit af karteller, som indgik i de mest omfattende studier, blev indsnævret, således at der kun blev set på karteller, a) der tog deres begyndelse efter 1960 (altså kun karteller af nyere dato), b) for hvilke der fandtes et estimat af den gennemsnitlige overpris (og altså ikke kun et estimat af den højeste eller laveste overpris), c) for hvilke den relevante baggrundsanalyse udtrykkeligt forklarede, hvordan estimatet af den gennemsnitlige overpris var beregnet, og d) som havde været genstand for peer-review i videnskabelige artikler eller bøger¹¹⁷. Selv om resultaterne af denne undersøgelse bør fortolkes med en vis forsigtighed¹¹⁸, har den givet os mange nyttige oplysninger om virkningerne af karteller.
142. På grundlag af de observerede data blev det i denne undersøgelse fundet, at karteller i 93 % af alle de betragtede tilfælde rent faktisk resulterer i overpriser. Hvad angår størrelsen af denne karteloverpris, kom man i undersøgelsen frem til følgende¹¹⁹:



¹¹⁵ Se også *Kammergericht Berlins* dom af 1. oktober 2009 i sag 2 U 10/03, hvor retten henviste til et tilsvarende argument.

¹¹⁶ Ekstern undersøgelse foretaget for Kommissionen, "Quantifying antitrust damages" (2009), s. 88 ff., på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

¹¹⁷ Man så på i alt 114 karteller med forskellige former for ulovlig samordning, herunder også koordineret tilbudsgivning. Dette udsnit omfattede internationale og nationale karteller, der påvirkede en lang række forskellige brancher. Der var tale om såvel karteller i USA og Canada som karteller i Europa og andre regioner.

¹¹⁸ Det ser især ud til, at karteller, der har haft en indvirkning på markedet, har fået større opmærksomhed i de empiriske studier end karteller uden indvirkning på markedet, hvilket kan føre til en vis skævvridning af resultaterne, se den i fodnote 116 nævnte undersøgelse "Quantifying antitrust damages", s. 89, om fortolkningen af de data, der blev langt til grund i denne undersøgelse.

¹¹⁹ Undersøgelsen "Quantifying antitrust damages", s. 91 (se fodnote 116). Denne overpris er udtrykt i procent af den faktiske pris. Det betyder, at hvis den faktiske pris (altså den pris, der blev betalt på grund af overtrædelsen) ligger på 100 EUR, og overprisen er sat til 10 %, anses den pris, der ville have været gældende uden overtrædelsen, altså for at ligge på 90 EUR.

143. Ifølge denne undersøgelse er der altså en betydelig spredning i de observerede overpriser (med en overpris på over 50 % i nogle karteller). I ca. 70 % af alle de betragtede karteller lå overprisen på mellem 10 % og 40 %. Den gennemsnitlige overpris ligger på omkring 20 %.
144. Resultaterne af denne undersøgelse stemmer overens med andre empiriske studier, nemlig at a) langt størsteparten af karteller resulterer rent faktisk i en overpris, og b) der er stor spredning i de observerede overpriser. Alle de andre empiriske studier kom desuden frem til nogenlunde samme estimat af størrelsen af de gennemsnitlige overpriser, som beskrevet ovenfor¹²⁰.
145. Denne viden om kartellers virkninger kan dog ikke erstatte en opgørelse af det konkrete tab, som en sagsøger i en konkret sag har lidt. Nogle nationale domstole har på grundlag af denne empiriske viden fundet, at det er sandsynligt, at karteller normalt resulterer i overpriser, og at jo længerevarende og mere bæredygtigt et kartel var, desto vanskeligere vil det være for en sagsøgt at gøre gældende, at der i en konkret sag ikke er nogen skadelig prisvirkning¹²¹. Men om det er muligt at drage sådanne konklusioner, afhænger af de gældende retsregler.

(2) Den første overpris over for den direkte kunde

146. Alle de metoder og teknikker, der er beskrevet ovenfor i del 2, kan i princippet bruges til at beregne den overpris, som karteldeltagernes første direkte kunder måtte betale. Andre former for bevismateriale (som f.eks. interne papirer, der omhandler en konkret aftale om prisforhøjelsen) kan også give værdifulde oplysninger om overprisen. Da der med denne overpris er tale om en overførsel af penge fra den direkte kunde til karteldeltageren, vil enhver oplysning om karteldeltagerens ulovlige profit også være relevant for beregningen af denne overpris, selv om den nok ikke vil afspejle den fulde overpris¹²².
147. For at illustrere, hvordan disse metoder og teknikker kan bruges til at estimere priserne i et normalforløb uden overtrædelsen og på grundlag af dette estimat beregne, hvor stor en overpris karteldeltagernes kunder har betalt, vil vi se på det forenklede eksempel med melkartellet, som vi også benyttede i del 2¹²³.

Melkartellet

I dette eksempel produceres al mel i en bestemt medlemsstat af fire møllerier (A, B, C og D). Disse møllerier køber korn af en række forskellige landmænd, maler kornet osv., pakker melet og sender det ud til bagerierne. Bagerierne bruger melet til at bage brød, som de sælger til forbrugere og supermarkeder.

På grund af mistanker om prisaftaler iværksætter den nationale konkurrencemyndighed en undersøgelse af dette marked og foretager i januar 2008 uvarslede kontrolundersøgelser i møllerierne. I juli 2010 træffer konkurrencemyndigheden en afgørelse, hvori det fastslås, at alle de fire møllerier har overtrådt artikel 101 i TEUF ved i perioden fra 1. januar 2005 og til

¹²⁰ For nærmere oplysninger henvises til undersøgelsen "Quantifying antitrust damages", s. 89 ff. (se fodnote 116).

¹²¹ Se f.eks. *Bundesgerichtshofs* dom af 28. juni 2005 i sag KRB 2/05 (*Transportabel beton*) (vurdering af karteldeltagernes ulovlige fortjeneste i forbindelse med udmåling af en bøde).

¹²² Se også § 33(3)(3) i den tyske konkurrencelov (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), ifølge hvilken der ved tabsopgørelsen kan tages hensyn til den del af overtræderens fortjeneste, der skyldtes overtrædelsen.

¹²³ Enhver lighed mellem dette fiktive eksempel og virkelige begivenheder er tilfældig, og dette eksempel kan ikke ses som udtryk for Kommissionens holdning til nogen konkret virksomhed eller branche eller markedsafgrænsningen i en sådan branche.

31. december 2007 at have deltaget i en samlet, vedvarende overtrædelse i form af fastsættelse af priserne på mel i hele medlemsstaten.

Et bageri, der har købt mel hos et af disse møllerier (mølleri A), anlægger erstatningssag mod mølleriet for at opnå erstatning for den skade, bageriet har lidt på grund af overtrædelsen af artikel 101 i TEUF¹²⁴. Bageriet gør gældende, at overtrædelsen har ført til højere melpriser, og kræver erstatning for den overpris, det har måttet betale i årene 2005, 2006 og 2007.

148. Bageriet er en direkte kunde til et af kartelmedlemmerne. Hvis overtrædelsen førte til højere priser, kom bageriet til at betale en overpris for al den mel, det købte i den periode, hvor overtrædelsen påvirkede prisen. Ved brug af de ovenfor beskrevne metoder og teknikker kan man estimere den pris, som bageriet ville have betalt for melet uden overtrædelsen. Og ved at trække denne kontrafaktiske pris fra den pris, bageriet rent faktisk betalte, når man frem til karteloverprisen pr. enhed. Denne pris skal så ganges med det antal enheder, bageriet købte, for at nå frem til det direkte tab, bageriet led på grund af overprisen (forudsat at denne overpris ikke ændrede sig nævneværdigt i overtrædelsesperioden). I det her omhandlede eksempel vil vi illustrere brugen af sammenligningsbaserede metoder til beregning af den overpris, bageriet betalte, for det er de metoder, der oftest bruges i praksis, og de vil ofte være nyttige til beregning af den første direkte overpris.

a. Sammenligning over tid

149. I vores eksempel købte sagsøger (bageriet) mel hos mølleri A før, under og efter den periode, hvor mølleriet ifølge konkurrencemyndighedens afgørelse overtrådte konkurrencereglerne. Som beskrevet ovenfor, vil det for at kunne bruge de priser, der rent faktisk blev betalt før eller efter overtrædelsen, til at rekonstruere de priser, der ville have været gældende uden overtrædelsen, være nødvendigt først at bestemme, hvilke priser der var påvirket af overtrædelsen, og hvilke priser der ikke var påvirket. Det betyder, at man må se på, hvornår kartellet begyndte at påvirke melmarkedet, og hvornår denne påvirkning ophørte.

150. I dette eksempel har den nationale konkurrencemyndighed bestemt overtrædelsens varighed. I afgørelsen redegøres der indgående for det bevismateriale, konkurrencemyndigheden lagde til grund, og hvoraf det fremgår, at møllerierne mødtes i januar 2005 for at drøfte priser og derefter fortsatte med at mødes hver måned for at justere deres prisaftale. Det sidste møde fandt sted i december 2007. Konkurrencemyndigheden fandt ikke noget belæg for, at der skulle have været møder efter kontrolundersøgelserne i møllerierne i januar 2008. Umiddelbart ser priserne fra før januar 2005 og efter december 2007 derfor ud til at være et egnet grundlag for en sammenligning over tid. Men som beskrevet i del 2, bør man overveje, i hvilket omfang disse priser giver et egnet sammenligningsgrundlag.

151. Som nævnt ovenfor, kan det ske, at en konkurrencemyndighed kun fastslår overtrædelsens varighed til at udgøre en bestemt periode, for hvilken der foreligger klare beviser, men samtidig tilkendegiver, at overtrædelsen kan have haft en længere varighed¹²⁵. I så fald bør man muligvis ikke bruge de relevante prisdata for den periode, der kan have været påvirket af overtrædelsen (og hvor der altså har været en

¹²⁴ Det kan være, at alle kartelmedlemmerne efter gældende national lovgivning hæfter solidarisk for enhver skade forvoldt af kartellet. Dette er blot et eksempel, som ikke har nogen implikationer med hensyn til disse regler.

¹²⁵ Se punkt 44 i del 2, afsnit II.

overpris), selv om disse data dog stadigvæk kan bruges til at beregne en nedre grænse for den forvoldte skade, altså et minimumsestimat over skaden.

152. Den periode, hvor kartellet bestod, falder desuden heller ikke nødvendigvis helt sammen med den periode, hvor overtrædelsens virkninger gjorde sig gældende - mølleriernes overtrædelse af artikel 101 i TEUF bestod i, at de indgik en konkurrencebegrænsende aftale. Ved afgørelsen af, hvilke af de observerede priser der kan anses for ikke at have været påvirket af overtrædelsen, må man se på, i hvilken periode denne aftale havde virkninger, og ikke hvornår aftalen blev indgået. Hvis det kan dokumenteres, at virksomhederne mødtes i januar 2005 for første gang, men at deres aftale først blev ført ud i livet i marts 2005, vil priserne fra før marts 2005 ikke være påvirket af overtrædelsen.
153. Hvad angår brugen af prisobservationer fra perioden efter overtrædelsen, er det muligt, at kartellet havde virkninger på markedet, selv efter at karteldeltagerne var ophørt med deres ulovlige samordning i strid med artikel 101 i TEUF¹²⁶. Det kan især være tilfældet på oligopolistiske markeder, hvor den information, karteldeltagerne i kraft af kartellet råder over, kan sætte dem i stand til - også efter kartellets ophør - at sælge deres produkter til en højere pris end den, der sandsynligvis ville have været gældende uden kartellet, uden dermed at handle i strid med artikel 101 i TEUF¹²⁷. Det er også muligt, at tidligere karteldeltagere efter kartellets ophør tyr til en anden form for overtrædelse af konkurrencereglerne, der også fører til højere priser for deres kunder. Hvis man i sådanne tilfælde foretager en sammenligning over tid, vil de priser, der observeres efter overtrædelsen, derfor kunne føre til undervurdering af den overpris, som karteldeltagernes kunder har betalt, da priserne efter overtrædelsen stadigvæk kan være påvirket af overtrædelsen. I vores eksempel har sagsøger grund til at mene, at det kan være tilfældet med de priser, han betalte i 2008 og derefter, og han vil i sit anbringende til retten derfor kun kunne lægge disse priser til grund som estimering af en nedre grænse for den skade, han havde lidt.
154. I eksemplet med melkartellet finder sagsøger, at det er prisen fra før overtrædelsen, der er bedst egnet til at estimere den kontrafaktiske pris. Hvis bageriet sammenligner priser fra overtrædelsesperioden med priser fra perioden før overtrædelsen, således som de er observeret, må bageriet implicit antage, at hele forskellen mellem priserne i årene 2003 og 2004 og priserne i overtrædelsesårene 2005, 2006 og 2007 skyldes overtrædelsen. Men det kan være, at andre faktorer end overtrædelsen havde betydelig indvirkning på prisudviklingen i overtrædelsesperioden. F.eks. vil ændringer i kornpriserne kunne være en faktor, der også påvirkede prisudviklingen, og dem kan der tages højde for ved at bruge de teknikker, der blev beskrevet ovenfor i del 2, afsnit II B. I det omfang, hvor der kan identificeres andre påvirkningsfaktorer, og prisdataene justeres for disse påvirkninger, vil det underbygge påstanden om, at den resterende forskel mellem priserne i overtrædelsesperioden og perioden før overtrædelsen beror på overtrædelsen¹²⁸. Om

¹²⁶ Se også punkt 43 i del 2, afsnit II.

¹²⁷ Med hensyn til sådanne "koordinerede virkninger" henvises til Kommissionens retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EUT C 31 af 5.2.2004, s. 5, punkt 39.

¹²⁸ Dette berører ikke anvendelsen af nationale regler, der giver sagsøger mulighed for at benytte basale, ikke-justerede sammenligninger mellem priserne i overtrædelsesperioden og uden for overtrædelsesperioden til at fremføre sit første anbringende eller opfylde den nationale lovgivnings krav til bevisførelse (især hvor domstolen ifølge national ret kan beregne erstatningen på grundlag af en

det er sagsøger eller sagsøgte, der skal foretage sådanne justeringer, afhænger af reglerne i den gældende lovgivning.

b. Andre sammenligningsbaserede metoder

155. Der er andre sammenligningsbaserede metoder end sammenligninger over tid, der som beskrevet ovenfor i del 2 kan bruges til beregning af den første overpris, der blev betalt af den direkte kunde. I eksemplet med melkartellet kunne det sagsøgende bageri alternativt have sammenlignet med priserne fra et andet geografisk marked eller et andet produktmarked for at beregne de priser, der sandsynligvis ville have været gældende på dets eget marked uden overtrædelsen.
156. En af mulighederne vil være at sammenligne med de melpriser, der kunne observeres på et andet geografisk marked. Hvis det antages, at melkartellet omfattede et nationalt marked, kunne man bruge prisdata fra andre medlemsstater til at konstruere den kontrafaktiske pris. For regionale markeder kunne man bruge melpriserne på andre regionale markeder som referencepunkt.
157. For at kunne bruges som indikator for, hvor melpriserne ville have ligget uden overtrædelsen, bør de priser, der sammenlignes med, ikke selv være påvirket af den samme eller en tilsvarende overtrædelse af konkurrencereglerne. Hvis man i eksemplet med melkartellet bruger prisdata fra et geografisk nabomarked, og der er tegn på, at den konkurrencebegrænsende aftale også omfattede dette nabomarked, vil det føre til en undervurdering af overprisen. Desuden kan overtrædelsen på det ene marked have påvirket nabomarkedet (f.eks. en stigning i efterspørgslen på det marked, hvor der ikke er nogen overtrædelse), så priserne på nabomarkedet heller ikke her afspejler priserne uden overtrædelsen.
158. På samme måde gælder, at hvis markedskaraktistikaene på det marked, der sammenlignes med, er helt anderledes, vil prisdata fra dette marked heller ikke give en tilstrækkelig god indikation af, hvordan priserne ville have været uden overtrædelsen. I vores eksempel er der fire møllerier, der leverer til det marked, hvor overtrædelsen fandt sted. Hvis det f.eks. kan påvises, at der var en hård konkurrence, før de konkurrencebegrænsende aftaler blev indgået, vil prisdata fra et nabomarked, hvor der er et dominerende mølteri, måske ikke give en tilstrækkelig god indikation af, hvor priserne ville have ligget uden overtrædelsen, men kun kunne danne grundlag for et minimumsestimat.
159. Hvis det sagsøgende bageri bruger prisdata fra et andet geografisk marked i den form, hvori de er observeret, anlægger det implicit den antagelse, at den resterende forskel mellem den pris, bageriet rent faktisk betalte til mølleriet, og priserne på dette sammenligningsmarked, beror på overtrædelsen. Alt efter sagens omstændigheder og de krav, der stilles i den gældende lovgivning, vil bageriet kunne bruge de teknikker, der blev beskrevet i del 2, afsnit II B ovenfor til at identificere og tage højde for eventuelle andre faktorer, der har påvirket priserne.
160. En yderligere mulighed for at estimere den kontrafaktiske pris består i at sammenligne med prisdata observeret på andre produktmarkeder. I melkarteleksemplet kan det dog være vanskeligt at finde frem til et tilstrækkeligt sammenligneligt produktmarked, som ikke var påvirket af den samme eller en tilsvarende overtrædelse.

tilnærmelsesvis opgørelse på et *ex-aequo-et-bono*-grundlag). Det berører heller ikke regler om beviskrav og bevisbyrde.

(3) Overvæltning af overprisen

161. Karteldeltagernes direkte kunder, som har betalt en overpris på grund af kartellet, videresælger måske de købte produkter (eller bruger dem som input til deres egen produktion af andre produkter). I melkarteleksemplet er bagerierne karteldeltagernes direkte kunder, og de bruger det købte mel til at bage brød, som de derefter videresælger direkte til forbrugere eller til supermarkeder. Disse direkte kunder (bagerierne) vil måske på grund af den prisforhøjelse, de bliver stillet over for, forhøje priserne på deres egne produkter (det brød, de sælger), og dermed vælte denne merpris eller en del af den over på deres egne kunder (forbrugerne eller supermarkederne). Samme effekt kan opstå, hvor der er tale om *indirekte* kunder (f.eks. supermarkeder), der også kan forhøje deres egne priser over for deres kunder og dermed overvælte den merpris, de selv fik pålagt.
162. En sådan overvæltning af overpriser vil normalt have en volumeneffekt; som beskrevet ovenfor i punkt 128 ff., resulterer højere priser normalt i lavere efterspørgsel. Hvis bageriet i melkarteleksemplet kanalisere overprisen videre ved at hæve sine priser på brød til supermarkeder og forbrugere, kan det mindske den økonomiske virkning, overprisen i sig selv har for bageriet, men det kommer måske til at opleve en nedgang i efterspørgslen¹²⁹. For bageriet betyder den lavere efterspørgsel en lavere omsætning og en lavere indtjening - hvilket er en skade, der også er forvoldt af kartellet, og som der bør kunne kræves erstatning for (se afsnit III nedenfor).
163. Der er altså en helt logisk sammenhæng mellem den overvæltede prisforhøjelse og nedgangen i salget. Og det er også de samme faktorer, der er afgørende for både overvæltning og volumeneffekten, især efterspørgselselasticiteten i de efterfølgende led, der spiller en vigtig rolle. Det skyldes, at markedsforholdene i relation til efterspørgslen i de efterfølgende led har indvirkning på, med hvilken salgspris og hvilket salgsvolumen bageriet vil maksimere sin profit.
164. Inden for rammerne af et krav om erstatning for overpriser i en konkurrencesag kan overvæltning af overpriser have relevans i to forskellige situationer:
- a) I en erstatningssag anlagt af den direkte kunde, som kræver erstatning for den overpris, han har betalt i første omgang (i vores eksempel den sag, bageriet anlægger mod mølleri A), vil den sagsøgte karteldeltager måske gøre gældende, at den direkte kunde ikke bør have erstatning for denne overpris i det omfang, hvor han selv hævdede sine egne priser og dermed kanaliserede overprisen videre. Der tale om det hyppigt benyttede "overvæltningsargument". Men som nævnt ovenfor, kan denne overvæltning resultere i en nedgang i den direkte kundes salg og dermed et tab af fortjeneste.
 - b) Også i sager anlagt af en indirekte kunde mod en karteldeltager (f.eks. et supermarked eller en forbruger, der købte brød hos bageriet og nu anlægger sag mod mølleriene) spiller overvæltningsargumentet en stor rolle. Den indirekte køber kan kun kræve erstatning for en overpris, hvis han helt eller delvist har fået overvæltet den overpris, som i første omgang blev betalt af den direkte

¹²⁹

Denne sammenhæng mellem en virksomhed, der overvælder en overpris, og dens eget salg, er også i anden forbindelse blevet fremhævet af Domstolen i sag C-147/01, Weber's Wine World, Sml. 2003 I, s. 11365, præmis 98-99: "Selv i det tilfælde, hvor [overprisen] helt eller delvis er væltet over på tredjemand, kan [sagsøger] lide et økonomisk tab, der er forbundet med en forringelse af salgsmængden".

kunde. Det kan være relevant for sagsøgere, der befinder sig i forskellige led af forsyningskæden, herunder forbrugere.

165. Regler for, om dette overvælningsargument kan påberåbes, og om bevisbyrden i forbindelse hermed, er forskellige fra land til land¹³⁰. Men uanset hvilke regler der gælder, kan de i punkt 167 ff. anførte betragtninger angående overvælning være nyttige.
166. I begge de ovennævnte situationer kan sagsøger og sagsøgte underbygge deres påstand om, at overprisen blev væltet over på den indirekte kunde, på to måder: enten
- a) ved at beregne den først betalte overpris og den del af den, der blev væltet over på den indirekte kunde, eventuelt i flere led af forsyningskæden, ved brug af de ovenfor beskrevne økonometriske teknikker, eller
 - b) ved at bruge de ovenfor beskrevne teknikker og metoder til at bestemme, om den pågældende indirekte kunde betalte en overpris. Metode b) vil oftest være lettest at benytte.
167. Hvis f.eks. en indirekte kunde kræver erstatning for en overpris forårsaget af et kartel, kan han enten bevise, at der var en første overpris, og at denne overpris blev væltet over på ham¹³¹, eller han kan beregne den overpris, han fik væltet over, på samme måde, som en direkte kunde ville beregne den først betalte overpris, nemlig ved at sammenligne den faktisk betalte pris med den sandsynlige pris i det kontrafaktiske scenarie uden overtrædelsen, og her kan sammenligningsbaserede metoder give en nyttig indikation af, hvor stor en overpris de indirekte kunder betalte, uden at det er nødvendigt at bestemme, hvor stor en del af overprisen der blev overvælnet. Ved en sammenligning over tid, f.eks. mellem de priser, den indirekte kunde betalte før og under overtrædelsen, kan det fastslås, hvor meget disse priser steg på grund af overtrædelsen, uden at man er nødt til at bestemme overvælningsprocenten.
168. Det er ikke muligt at sige noget præcist om, hvor stor overvælningsgraden typisk vil være i de fleste situationer. Overvælningsprocenten må derimod vurderes ud fra en omhyggelig undersøgelse af alle karakteristika ved det pågældende marked. I en konkret sag afhænger eksistensen af en overvælning og overvælningsgraden af en lang række forskellige forhold og kan derfor kun bedømmes på grundlag af forholdene på det pågældende marked.
169. Når karteldeltagerens direkte kunde bruger de købte produkter til at konkurrere på et marked i efterfølgende led, må han normalt antages ikke (eller kun i meget begrænset omfang) at være i stand til at kanalisere denne meromkostning videre, hvis hans egne konkurrenter på dette efterfølgende marked ikke må betale en sådan eller tilsvarende overpris (f.eks. hvis de køber alle deres inputprodukter på et marked, som ikke er berørt af kartellet). I vores eksempel med melkartellet konkurrerer det sagsøgende bageri med andre bagerier om fremstilling og salg af brød. I det omfang, hvor disse andre bagerier ikke får deres mel fra karteldeltagerne, men kan købe det billigere

¹³⁰ Se Kommissionens hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelser af EU's konkurrenceregler (KOM(2008) 165 endelig af 2.4.2008), der indeholder forslag til regler for behandling af overvælning i erstatningssøgsmål i konkurrencesager.

¹³¹ Hvis den direkte kunde dokumenterer sit krav med en overvælningsgrad, og overtrædelsen berører en omkostningsfaktor uden større betydning for produktets samlede omkostninger, vil overvælningsgraden for andre, vigtigere omkostningsfaktorer, som lettere kan estimeres, kunne bruges som indikator.

andetsteds, får det bageri, der er nødt til at købe hos kartellet, et konkurrencehandicap i forhold til sine egne konkurrenter, som forhindrer det i at vælte overprisen videre.

170. Hvis virksomhederne på dette efterfølgende marked også er underlagt kartellets indflydelse og altså også skal betale den direkte overpris, må den direkte kunde antages at være i stand til at overvælte i det mindste en del af denne overpris. Hvor stor en del af overprisen der kan overvæltet, afhænger bl.a. af, hvor hård konkurrencen er på det efterfølgende marked - er der fuld konkurrence på det efterfølgende marked, vil overvæltningen i dette tilfælde være tæt på 100 %. Det hænger sammen med, at på markeder med fuldkommen konkurrence vil prisen være lig med marginalomkostningerne, og en stigning i prisen på inputtet vil derfor direkte resultere i en tilsvarende stigning i omkostningen/outputprisen. På markeder med mindre end fuldkommen konkurrence vil de berørte virksomheder sandsynligvis overvælte i hvert fald en del af overprisen, men ikke nødvendigvis 100 %. Hvis f.eks. den direkte kunde har et monopol på det efterfølgende marked, vil han vælge den overvæltningsgrad, der - for ham - resulterer i den pris, hvor hans profit maksimeres i forhold til den efterspørgselsnedgang, som overvæltningen af overprisen må antages at føre til¹³².
171. Blandt andre karakteristika, der også kan have indflydelse på overvæltningsgraden i sådanne situationer (alt andet lige), kan næves:
- Efterspørgslens priselasticitet og spørgsmålet om, hvorvidt kunderne bliver mere eller mindre prisfølsomme, efterhånden som priserne stiger. Der er generelt større sandsynlighed for overvæltning, hvis kunderne ikke uden videre vil gå over til andre produkter efter en prisforhøjelse (uelastisk efterspørgsel), og hvis de bliver mindre prisfølsomme i takt med højere priser.
 - Ændringer i marginalomkostningerne i forhold til ændringer i produktionens størrelse. F.eks. er der mindre sandsynlighed for en betydelig overvæltning, hvis marginalomkostningerne falder betydeligt efter en produktionsindskrænkning, eftersom det bliver billigere at producere den mindre mængde (f.eks. fordi der er kapacitetsproblemer). Og omvendt er der større sandsynlighed for en betydelig overvæltning, hvis marginalomkostningerne ikke falder nævneværdigt efter en produktionsindskrænkning (f.eks. fordi der ikke er nogen kapacitetsproblemer).
 - Overtrædelsens indvirkninger på forskellige typer omkostninger. Hvis overtrædelsen påvirker de variable omkostninger, vil der være større sandsynlighed for overvæltning, end hvis den påvirker de faste omkostninger.
 - Overtrædelsens varighed og hyppigheden af transaktioner. Ved længerevarende overtrædelser er der større sandsynlighed for en vis overvæltning, og det samme gælder ved hyppige transaktioner og prisjusteringer.

B. Beregning af overpriser forårsaget af andre typer overtrædelser

172. Karteller er kun en af de former for overtrædelser, der fører til højere priser for overtræderens kunder i form af overpriser (eller - hvor der er tale om leverancer til

¹³² Hvor stor en del der konkret overvæltet, vil afhænge af efterspørgslen efter den direkte kundes produkter og hans omkostningsstruktur. I et simpelt eksempel med en monopolvirksomhed, der har en lineær efterspørgsel (dvs. at forholdet mellem mængde og pris kan illustreres med en lige linje) og konstante marginalomkostninger, vil overvæltningsgraden være på 50 % af den direkte overpris.

karteldeltagerne - en underpris) og dermed påfører dem skade. Andre eksempler på skadevoldende adfærd i form af overpriser kan være visse konkurrenceskadelige joint ventures i strid med artikel 101 i TEUF og dominerende virksomheders misbrug af deres stilling ved anvendelse af overpriser i strid med artikel 102 i TEUF.

173. Et fælles træk ved disse overtrædelser er, at de direkte eller indirekte kan sætte den eller de overtrædende virksomheder i stand til at hæve deres priser over for deres kunder¹³³. Sådanne overpriser resulterer igen i en nedgang i efterspørgslen og fører dermed til den ovenfor beskrevne volumeneffekt.
174. Den skade, sådanne andre overtrædelser forvolder i form af overpriser, kan beregnes ved hjælp af de metoder og teknikker, der er beskrevet ovenfor¹³⁴ i relation til karteloverpriser. Udgangspunktet er, hvordan sagsøger ville have været stillet, hvis den pågældende overtrædelse ikke havde fundet sted.

III. OPGØRELSE AF TAB SOM FØLGE AF VOLUMENEFFEKTEN

175. En stigning i prisen på et bestemt produkt får efterspørgslen til at falde. Hvor meget priserne stiger og efterspørgslen falder efter en overtrædelse, afhænger af de samme omkostnings- og efterspørgselsparametre. Der er altså en meget tæt sammenhæng mellem overpris og volumeneffekt.
176. For en overpris over for en indirekte køber (se ovenfor under punkt 161 ff.) er volumeneffekten også nært knyttet sammen med overvæltningen af overprisen igennem forsyningskæden til den endelige forbruger. Hvis overtræderens direkte kunde ikke vælter overprisen videre, men selv absorberer hele overprisen, vil hans eget salg ikke gå tilbage på grund af overtrædelsen, eftersom hans kunder ikke vil opleve en prisforhøjelse på grund af overtrædelsen. Men hvis overprisen helt eller delvis overvælttes på den senere kunde, vil denne som beskrevet i punkt 128 blive udsat for en prisstigning og vil reducere sin efterspørgsel. Det vil igen føre til en nedgang i efterspørgslen i de tidligere led i kæden.
177. Som beskrevet ovenfor, betyder denne nedgang i efterspørgslen (volumeneffekten) for de af overtræderens direkte eller indirekte kunder, som køber produktet til brug for deres egne aktiviteter, at de kommer til at sælge mindre på grund af overtrædelsen og dermed går glip af den profit, de ville have opnået på de produktenheder, som de ikke får solgt på grund af denne effekt. Dette tab af fortjeneste er en skade, der kan kræves erstatning for¹³⁵, og den kan i princippet opgøres ved hjælp af de metoder og teknikker, der blev beskrevet ovenfor i del 2¹³⁶.
178. Især de sammenligningsbaserede metoder og teknikker, der blev diskuteret ovenfor i relation til beregning af den første overpris, som den direkte kunde har betalt, kan være nyttige, når en sagsøger skal beregne sit tab af omsætning og fortjeneste. En sammenligning mellem forskellige perioder eller markeder kan f.eks. bruges til at konstruere den kontrafaktiske afsætning, dvs. hvor mange produktenheder sagsøger ville kunne have solgt, hvis der ikke havde været nogen overtrædelse. På samme måde kan disse metoder og teknikker bruges til at estimere den fortjeneste, han ville have haft i et normalforløb uden overtrædelsen. En domstol vil også i visse tilfælde

¹³³ Eller - hvis overtrædelsen berører leverancer til de overtrædende virksomheder - til at presse priserne på disse leverancer ned.

¹³⁴ Se punkt 149 ff. og 155 ff.

¹³⁵ Forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 95.

¹³⁶ Undtagen den omkostningsbaserede metode.

kunne gå med til en mere forenklet brug af disse metoder, hvor der f.eks. beregnes en gennemsnitsavance pr. transaktion, som derefter ganges med det antal produktenheder, som ikke blev solgt på grund af overtrædelsen¹³⁷.

179. Tabt fortjeneste er en form for skade, der ofte ses ved de typer overtrædelser, hvor konkurrenter er blevet holdt ude af markedet ("ekskluderende adfærd"). I del 4 i denne vejledning kommer vi nærmere ind på, hvordan denne form for skade kan opgøres. Men hvad der anføres herom i del 4, kan også være relevant i relation til opgørelse af tab af fortjeneste som følge af en prisstigning.

¹³⁷ Se også punkt 191 nedenfor.

Del 4 — Opgørelse af tab som følge af ekskluderende praksis

I. VIRKNINGER AF EKSKLUDERENDE PRAKSIS

180. Overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF kan have den virkning, at konkurrenter helt elimineres fra markedet, eller at deres markedsandele reduceres. Det er disse virkninger for konkurrenterne, der betegnes som "ekskluderende virkninger". Eksempler på en sådan praksis er misbrug af dominerende stilling i strid med artikel 102 i TEUF i form af dumpingpriser (*predatory pricing*), eksklusivaftaler, leveringsnægtelse, kobling, bundtning eller *margin squeeze*¹³⁸. Sådanne former for misbrug betegnes som "ekskluderende misbrug". Udelukkelse af en konkurrent kan også være formålet med eller virkningen af en overtrædelse af artikel 101 i TEUF. Begrebet "ekskluderende praksis" kan således dække over overtrædelser af såvel artikel 101 som artikel 102 i TEUF.
181. Når en virksomhed udøver ekskluderende praksis i strid med traktatens konkurrenceregler, fordrejer den konkurrencen med det formål at forbedre eller kunstigt opretholde sin position på markedet. Det påvirker omgående dens konkurrenter ved at forringe deres position på markedet, trænge dem ud af markedet eller forhindre dem i at komme ind på et marked. En ekskluderende praksis kan påvirke en konkurrents omkostninger, de priser, han kan få for sit produkt, eller de mængder, han er i stand til at producere og sælge. Den fører typisk til et tab af fortjeneste for de konkurrenter, den berører.
182. Denne ulovlige påvirkning af konkurrenternes position på markedet og dermed også konkurrencen på markedet kan desuden skade forbrugerne ved at resultere i højere priser, færre valgmuligheder, lavere kvalitet eller mindre innovation. De skadelige virkninger for kunderne manifesterer sig imidlertid ikke altid omgående, eftersom disse former for praksis i første række er rettet mod konkurrenterne og dermed mindsker det konkurrencepres, der udgår fra disse konkurrenter. Mens overtrædelser af den type, der er beskrevet i del 3, normalt giver overtræderne en umiddelbar ulovlig profit og påfører kunderne et umiddelbart tab, kan en ekskluderende praksis i første omgang resultere i et tab for overtræderen og bedre priser for kunderne på kort sigt, hvilket typisk er tilfælde med dumpingpriser. I det følgende sondres der mellem opgørelse af det tab, konkurrenterne har lidt (afsnit II), og det tab, kunderne har lidt (afsnit III).
183. Traktaten garanterer forbrugere og virksomheder, der har lidt skade på grund af en ekskluderende praksis, retten til at kræve erstatning, uanset om de er kunder eller konkurrenter til overtræderen. Som allerede nævnt, har EU-Domstolen statueret, at de skal kunne kræve erstatning for det faktisk lidt tab (*damnum emergens*), erstatning for den fortjeneste, de er gået glip af på grund af overtrædelserne (*lucrum cessans*), samt renter¹³⁹. I relation til opgørelse af tab som følge af ekskluderende praksis benyttes udtrykket "tab af fortjeneste" i de følgende afsnit primært på linje med EU-Domstolens retspraksis. Udtrykket "tab af fortjeneste" benyttes altså i bred forstand og betegner enhver forskel mellem den faktiske fortjeneste, en virksomhed har haft, og den fortjeneste, den ville have genereret uden overtrædelserne. De tilgange

¹³⁸ For en beskrivelse af disse former for praksis henvises til Kommissionens meddelelse om sin prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7.

¹³⁹ Forenede sager C-295/04-C-298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619, præmis 95.

til opgørelsen af dette tab af fortjeneste, der beskrives nedenfor, berører ikke skadelidtes eventuelle ret til at kræve andre former for erstatning i henhold til national lov. For nogle af de elementer, der indgår i begrebet tab af fortjeneste i bred forstand, klassificeres måske under andre juridiske kategorier i den nationale lovgivning (f.eks. tab af muligheder¹⁴⁰ eller tab af omdømme), og der kan også være skadetyper, der rækker videre end begrebet tab af fortjeneste.

II. OPGØRELSE AF TAB FOR KONKURRENTERNE

184. For konkurrenterne kan tab af fortjeneste bero på lavere indtjening (f.eks. fordi deres salg reduceres) eller øgede omkostninger (f.eks. hvis overtrædelsen berører prisen på et input). Den overordnede situation kan komme til udtryk i et fald i den pågældende konkurrents markedsandel. I de følgende afsnit gives der efter en kort beskrivelse af, hvordan ekskluderende praksis påvirker konkurrenterne over tid (A), og af den generelle tilgang til opgørelse af tab af fortjeneste (B) en række typiske eksempler på tabsopgørelse i relation til ekskluderende praksis, nemlig de situationer, hvor denne praksis går ud over eksisterende konkurrenter (C) og konkurrenter, der søger ind på markedet (D), og de situationer, hvor den skade, der forvoldes, også rækker ind i fremtiden (E).

A. Tidimensionen ved ekskluderende praksis

185. Alt efter hvilken periode man ser på, kan ekskluderende praksis påvirke konkurrenterne på forskellige måder. Ved begyndelsen af en ekskluderende praksis vil konkurrenterne typisk have svært ved at sælge deres produkter eller (hvis den pågældende praksis berører det forudgående led i forsyningskæden) ved at få leverancer. Det giver sig udtryk i en forringelse af deres profit på grund af højere omkostninger eller lavere indtjening. Konkurrenterne vil typisk opleve et fald i deres markedsandele eller en lavere markedsandel, end de kunne have forventet uden overtrædelsen (f.eks. hvis de forhindres i at ekspandere). Denne fase kan falde sammen med en stigning i overtræderens profit. Det gør den dog ikke nødvendigvis altid, da overtræderen måske har omkostninger ved at iværksætte den ekskluderende praksis (f.eks. omkostninger ved at sænke sine priser, undlade at levere til en konkurrent, hvilket reducerer hans eget salg, tilbyde rabatter eller andre fordele til kunderne, som på kort sigt kan mindske hans indtjening). Men i sidste ende vil det kunne trænge konkurrenterne ud af markedet.
186. Når først overtræderen har haft held med at forhindre konkurrenter i at trænge ind på markedet, eliminere disse konkurrenter eller mindske deres tilstedeværelse på markedet, vil han normalt kunne vinde det tabte tilbage og øge sin profit på bekostning af kunderne og de fortrængte konkurrenter. Når det er sket (enten ret hurtigt, efter at overtrædelsen startede, eller efter en vis tid), vil kunderne kunne blive stillet over for højere priser eller ringere kvalitet eller færre valgmuligheder. Disse virkninger for kunderne forudsætter ikke, at en konkurrent elimineres helt fra markedet. De kan også opstå lige fra selve begyndelsen af den ekskluderende praksis, og også selv om der fortsat findes konkurrenter på markedet, forudsat at det konkurrencepres, der udgår fra dem, er svækket.
187. Det kan være, at den ekskluderende praksis bliver afsløret af konkurrencemyndighederne eller bragt til ophør ved privat retshåndhævelse,

¹⁴⁰

Med tab af muligheder menes de forretningsmuligheder, en virksomhed går glip af på grund af den ulovlige ekskluderende praksis.

hvorefter konkurrencen på markedet gradvis vil kunne blive genoprettet. Men det er vigtigt at understrege, at det i mange tilfælde praktisk taget er umuligt at genoprette markedsforholdene helt, som om overtrædelsen ikke havde fundet sted. Det hænger hovedsagelig sammen med, at det kan være vanskeligt og tage lang tid at få ophævet de strukturelle virkninger af overtrædelsen (eksisterende kontraktforpligtelser, netværkseffekter eller andre barrierer, der lægger hindringer i vejen for, at en fortrængt konkurrent kommer tilbage på markedet). I nogle tilfælde er det derfor ikke muligt at få markedet til at udvikle sig, som om overtrædelsen aldrig havde fundet sted.

B. *Generel tilgang til opgørelse af tabt fortjeneste*

188. For at afgøre, om og i hvilket omfang konkurrenterne har lidt et tab af fortjeneste, er man nødt til at sammenholde den fortjeneste, konkurrenterne havde på det marked, der blev berørt af overtrædelsen, med den fortjeneste, de ville have haft uden overtrædelsen (altså deres fortjeneste i det kontrafaktiske forløb)¹⁴¹. Når det kan påvises, at den ekskluderede konkurrent ville have haft en større fortjeneste i det kontrafaktiske forløb, og at forskellen skyldes overtrædelsen, har denne konkurrent lidt et tab, også selv om hans markedsandel har holdt sig uændret eller hans fortjeneste blev øget på grund af andre faktorer¹⁴².
189. Den pågældende konkurrents faktiske fortjeneste beregnes normalt ved at trække hans faktiske omkostninger fra hans faktiske indtjening. På samme måde kan man nå frem til den fortjeneste, der kunne være opnået i et scenarie uden overtrædelsen (den kontrafaktiske fortjeneste) ved at trække de estimerede omkostninger i dette normalscenarie (de kontrafaktiske omkostninger)¹⁴³ fra den indtjening, der kunne forventes uden overtrædelsen (den kontrafaktiske indtjening)¹⁴⁴. Den tabte fortjeneste er da forskellen mellem den kontrafaktiske fortjeneste og den faktiske fortjeneste. Er der tale om en konkurrent, som er blevet forhindret i at komme ind på markedet, vil den faktiske fortjeneste normalt være lig 0 eller kan endog være negativ, hvis han har haft omkostninger (f.eks. investeringer), som ikke gav nogen indtjening.
190. Denne grundtilgang til beregning af tabt fortjeneste kan i praksis implementeres på forskellige måder. F.eks. kan man sammenligne den ekskluderede konkurrents kontrafaktiske indtjening i det kontrafaktiske forløb med den faktiske indtjening på det marked, der er berørt af overtrædelsen. Når først man har beregnet den tabte indtjening, kan man fratrække de omkostninger, virksomheden undgik på grund af det lavere produktionsvolumen, for derigennem at nå frem til den tabte fortjeneste. Ved denne fremgangsmåde behøver man ikke at opgøre de samlede omkostninger, virksomheden ville have haft, det er kun nødvendigt at estimere de omkostninger, den ikke har haft på grund af overtrædelsen.

¹⁴¹ Dette har ingen relevans for krav, hvor der kun søges erstatning for en del af dette tab, f.eks. kun for de meromkostninger, man fik påført. Sådanne krav kan også opstå i praksis, fordi det kan være lettere at opgøre kun en del af skaden, se nedenfor i punkt 192.

¹⁴² Det kan f.eks. være, at en nytilkommen virksomhed med stort vækstpotentiale måske har opretholdt sin fortjeneste, men kunne have øget den uden overtrædelsen.

¹⁴³ Ved estimering af det tab, som den pågældende konkurrent har lidt, må man tage hensyn til de meromkostninger, han normalt ville have haft ved at øge sin produktion. I den situation svarer virksomhedens enhedsomkostninger ikke nødvendigvis til enhedsomkostningerne i det kontrafaktiske forløb. Ved stigende skalaafkast vil enhedsomkostningerne i det kontrafaktiske forløb f.eks. være lavere end de observerede omkostninger, da virksomhedens produktion ville være større i det kontrafaktiske forløb (dvs. hvis den ikke var blevet berørt af overtrædelsen).

¹⁴⁴ Se f.eks. *Stockholms tingsrätts* dom af 20. november 2008 i forenede sager T 32799-05 og T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB m.fl. mod VPC Aktiebolag*), som er blevet appelleret.

191. Der findes også andre pragmatiske metoder til vurdering af tab af fortjeneste, der kan være egnede i visse tilfælde. Man kunne f.eks. beregne den gennemsnitlige avance pr. solgt produktenhed i et normalforløb og derefter gange den med det antal enheder, som ikke er blevet solgt på grund af overtrædelsen¹⁴⁵. En sådan estimering af gennemsnitsavancen pr. enhed kan baseres på en eller flere transaktioner, der kan anses for at være tilstrækkeligt repræsentative for sagsøgers omsætning inden for det relevante produkt. Det er værd at bemærke, at denne beregning implicit også indebærer en beregning af de omkostninger, sagsøger undgik.¹⁴⁶
192. I praksis har man i erstatningssager set, at ekskluderede konkurrenter undertiden vælger kun at kræve erstatning for en del af den skade, de har lidt, f.eks. for de omkostninger, de har haft ved at imødegå en ekskluderende praksis¹⁴⁷, de irreversible omkostninger, de har haft ved at søge ind på et marked, som de derefter blev udelukket fra (sunk costs)¹⁴⁸, eller det tab, de har lidt ved en margin squeeze eller en prisdiskrimination¹⁴⁹ i strid med EU's konkurrenceregler. Valget af denne mulighed beror undertiden på den betragtning, at det vil være lettere eller kræve færre data at opgøre disse skader og desuden lettere at bevise dem. Så når sagsøgere kræver erstatning for tabt fortjeneste vil de omkostninger (sunk costs og non-sunk costs), han er blevet påført, normalt være den nedre grænse for det fulde tab.
193. Uanset hvilken metode eller teknik der vælges, kan en opgørelse af tabt fortjeneste indebære en vurdering af komplekse data om en hypotetisk situation uden overtrædelsen, som den ekskluderede konkurrents situation sammenholdes med, ofte med henblik på den sandsynlige fremtidige udvikling. Vurderingen af, hvilken fortjeneste en virksomhed ville have haft, herunder også dens fremtidige fortjeneste, kan bero på så mange forskellige faktorer, at det kan være rimeligt at stille mere lempelige krav til tabsopgørelsen. I nogle retsordener har domstolene derfor en vis skønsbeføjelse med hensyn til valg af tal og statistiske metoder og brugen af dem til vurdering af den lidte skade¹⁵⁰.

C. Eksisterende konkurrenter

194. Konkurrenter kan vælge at bruge en af de metoder eller teknikker, der er beskrevet i del 2, til at opgøre den skade, de har lidt på grund af den ekskluderende praksis. Det kontrafaktiske forløb kunne konstrueres ved at sammenligne med virksomhedens præstationer i en periode, der ikke var berørt af nogen overtrædelse, med en sammenlignelig virksomhed på samme marked, med den aggregerede profit i

¹⁴⁵ Som eksempel på en pragmatisk tilgang baseret på regressionsanalyser af realdata om omkostninger og indtjening henvises til *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelonas* dom af 20. januar 2011 i sag nr. 45/2010 (Centrica Energica mod Endesa Distribución Eléctrica).

¹⁴⁶ Ved estimering af gennemsnitsavancen kan det stadigvæk være nyttigt at se på, hvordan omkostninger og indtjening ville have udviklet sig i det kontrafaktiske forløb uden overtrædelsen. Den avance, der er observeret i perioden før overtrædelsen, kunne f.eks. være blevet reduceret i løbet af overtrædelsesperioden af andre årsager end overtrædelsen, f.eks. på grund af en nedgang i efterspørgslen eller stigning i inputomkostningerne, som skyldes andre faktorer. Desuden kunne nedgangen i den ekskluderede konkurrents produktion også påvirke hans enhedsomkostninger og dermed også avancen på de enheder, han fortsætter med at sælge.

¹⁴⁷ F.eks. meromkostninger til marketing for at fastholde sin position på markedet.

¹⁴⁸ F.eks. omkostningerne ved at opføre en ny fabrik på dette marked.

¹⁴⁹ Se f.eks. *Lietuvos apeliacinis teismas'* (den litauiske appelret) dom af 26. maj 2006 i sag 2A-41/2006 (*Stumbras*); *Højesterets* dom af 20. april 2005 i sag 387/2002 (*GT Linien A/S mod DSB*).

¹⁵⁰ Se f.eks. forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 203, præmis 79.

branchen¹⁵¹ eller den samme eller en tilsvarende virksomheds resultater på et andet marked end det, hvor den ekskluderende praksis fandt sted. Dette kontrafaktiske forløb kan også konstrueres ved hjælp af alternative metoder baseret på simulation, f.eks. ved på grundlag af en række antagelser (i relation til f.eks. arten af konkurrenceinteraktioner mellem virksomhederne) at simulere, hvad situationen ville have været, hvis den ekskluderede konkurrent ikke var blevet trængt ud af markedet og ikke var blevet berørt af den ekskluderende praksis. Brugen af andre metoder baseret på f.eks. regnskabsdata fra de berørte virksomheder kan også give nyttige indikationer af, hvilken indtjening virksomhederne ville have haft, hvis de ikke var blevet berørt af overtrædelsen.

Nægtelse af at levere et vigtigt input til produktionen af opløsningsmidler

Worldco er en førende international producent af råmaterialer, der er et vigtigt input til produktion af opløsningsmidler. Eusolv er en virksomhed, der siden 1995 har været aktiv på markedet for opløsningsmidler, og størstedelen af virksomhedens omsætning kommer fra salget af Betanol. Til sin produktion af Betanol køber Eusolv Rawbeta hos Worldco. Worldco har en dominerende stilling inden for produktion af Rawbeta, som er det eneste råmateriale, der egner sig til produktion af Betanol i industriel målestok til en pris, som åbner mulighed for at markedsføre Betanol. Worldco leverer også Rawbeta til sit datterselskab, Subco, som siden 2004 har produceret Betanol og er konkurrent til Eusolv.

I 2006 beslutter Worldco at standse leverancerne af Rawbeta til alle virksomheder, der sælger Betanol i EU, undtagen til sit eget datterselskab, Subco. Eusolv forsøger i første omgang at skaffe sig tilstrækkelige mængder Rawbeta fra andre leverandører eller erstatte Rawbeta med andre råmaterialer, der fremstilles gennem eksperimentelle processer, og som er betydeligt dyrere og resulterer i en langt højere salgspris for Betanol, en lavere produktkvalitet og en forringelse af afsætningsmulighederne. Som følge heraf oplever Eusolv et gradvis fald i sit salg og ender i 2010 med helt at ophøre med at producere Betanol. Samme år anlægger Eusolv sag mod Worldco og datterselskabet Subco for at få erstatning for det tab, Eusolv led på grund af leveringsnægtelsen. Retten statuerer, at Worldco misbrugte sin dominerende stilling i strid med artikel 102 i TEUF.

(1) Sammenligning over tid

195. Hvor der er tale om en ekskluderende praksis, der berører eksisterende konkurrenter, vil der sandsynligvis foreligge data om samme virksomhed fra en periode, der ikke var påvirket af overtrædelsen. I sådanne tilfælde vil konkurrentens tab af fortjeneste kunne estimeres ved at foretage en sammenligning mellem de to perioder. Det kontrafaktiske forløb kunne f.eks. konstrueres på basis af data om den skadelidte virksomheds indtjening og omkostninger, før den blev berørt af den ekskluderende praksis¹⁵². I mange af disse sager foreligger der ingen oplysninger om perioden efter overtrædelsen, og hvis de findes, er de måske ikke lige så egnede, især hvis overtrædelsen førte til ændringer i strukturen på dette marked, som ikke vil forsvinde lige med det samme, f.eks. når konkurrenten er blevet trængt ud af markedet og ikke

¹⁵¹ Se punkt 35, 48 og 66 ovenfor.

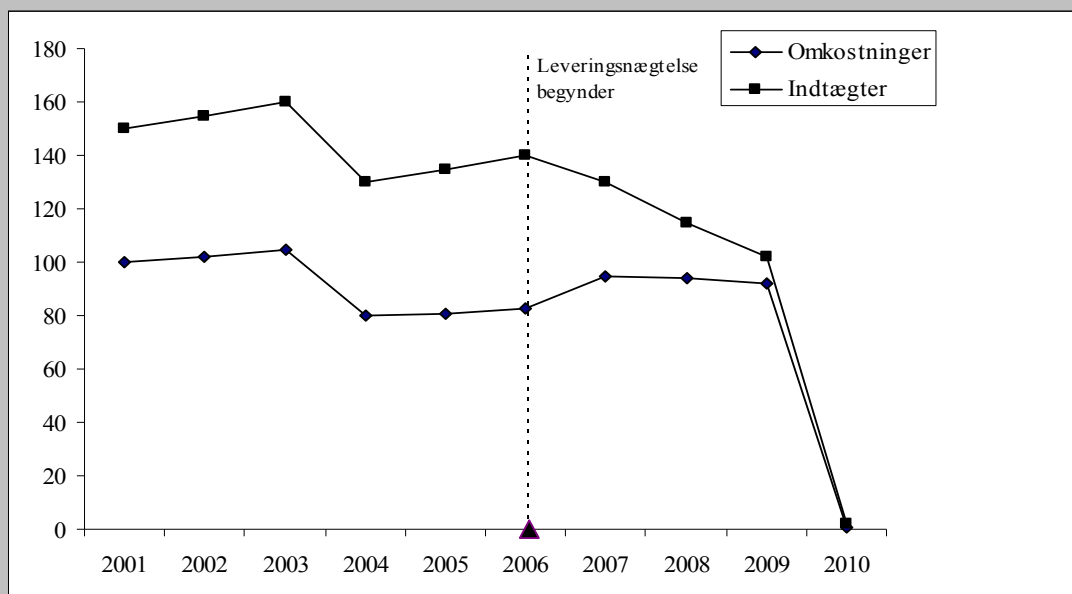
¹⁵² Som eksempel på en sammenligning mellem perioden før og under en overtrædelse med henblik på opgørelse af tab som følge af en ekskluderende praksis i strid med artikel 101 i TEUF henvises til *Corte d'Appello di Milanos* dom af 3. februar 2000 i sag I, 308 (*Inaz Paghe mod Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

straks kan komme ind på det igen, eller hvis konkurrenten har mistet markedsandele, som vil være vanskelige at generobre på grund af netværkseffekter¹⁵³.

I Betanol-eksemplet findes der ingen pålidelige data fra perioden efter overtrædelsen, eftersom den skadelidte virksomhed, Eusolv, ikke længere er aktiv på markedet og måske ikke var i stand til at komme tilbage umiddelbart efter overtrædelsen. Eusolv vælger derfor at opstille det kontrafaktiske forløb på basis af data fra før 2006, hvor den ekskluderende praksis startede.

196. Det vil undertiden være hensigtsmæssigt at justere de indtjenings- og omkostningsdata, der lægges til grund ved sammenligningen. Alt efter de gældende nationale regler om bevis og bevisbyrde, vil sagsøgte f.eks. kunne anfægte sagsøgers estimat ved at fremdrage andre elementer, der vil have kunnet påvirke en virksomheds indtjening og omkostninger og ikke har nogen forbindelse til overtrædelsen, f.eks. at der er investeret mindre i markedsføring, at produktet er blevet mindre konkurrencedygtigt, at omkostningerne ved inputs, der er specifikke for den erstatningssøgende konkurrent, er steget. Omvendt kan det måske også påvises, at den skadelidte konkurrents situation i det kontrafaktiske forløb ville have været endnu bedre, end før han blev påvirket af overtrædelsen, f.eks. fordi han havde et vækstpotentiale. Generelt vil en sammenligning med en tidligere, upåvirket periode normalt give en mere pålidelig indikation, jo længere konkurrenten har været aktiv på markedet, og jo mere stabil hans markedsposition har været. Med andre ord vil det især være mere oplagt at foretage justeringer ved brugen af et førovertrædelsesscenarie¹⁵⁴, hvis den skadelidte konkurrent var ny på markedet, fordi der da vil være større sandsynlighed for udsving i hans markedsandel.

I vores eksempel fremlægger Eusolv data om sine faktiske samlede indtægter og omkostninger ved produktionen og salget af Betanol:



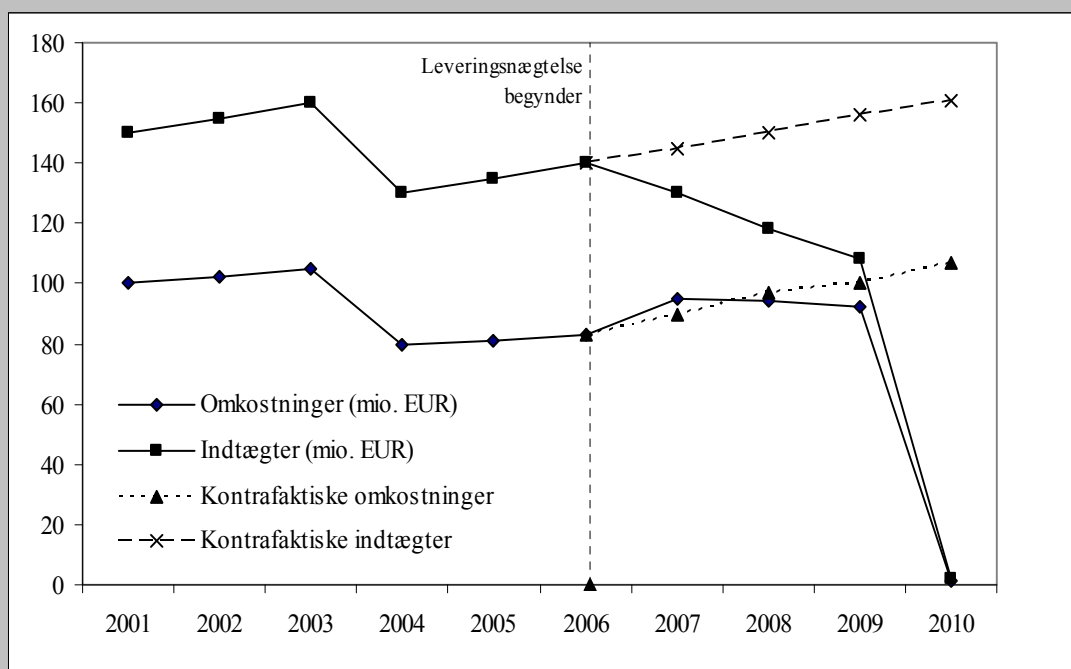
For at kunne opstille et pålideligt kontrafaktisk forløb tages der ikke hensyn til data fra før 2004, da Eusolvs største konkurrent, Subco, dengang endnu ikke var aktiv på markedet, mens Eusolvs markedsandel lå stabilt efter 2004 og frem til 2006.

¹⁵³ Et produkt vil være påvirket af netværkseffeter, hvis dets værdi for den enkelte bruger øges i takt med antallet af brugere.

¹⁵⁴ Sådanne justeringer kan foretages ved hjælp af de teknikker, der er beskrevet ovenfor i punkt 59 ff.

I overensstemmelse med reglerne om bevisbyrde og beviskrav i den nationale lovgivning fremlægger Eusolv et estimat af, hvilke indtægter og omkostninger virksomheden ville have haft uden overtrædelsen.

Det konstateres, at på grund af en øget brug af Betanol i industrien er den samlede efterspørgsel efter dette produkt (altså markedets størrelse) vokset støt. At Eusolvs markedsandel har holdt sig stabilt efter Subcos indtrængning på markedet, bruges af Eusolv til at underbygge antagelsen om, at Eusolv uden overtrædelsen ville have fastholdt nogenlunde samme markedsandel. På grundlag af denne antagelse fremlægger Eusolv tal for sine kontrafaktiske indtægter i årene 2006-2010 beregnet på basis af den samlede omsætning på markedet og Eusolvs markedsandel. På basis af sine interne regnskaber fremlægger Eusolv tal for sine enhedsomkostninger i årene 2004-2006¹⁵⁵. Det påvises, at omkostningsudviklingen nøje følger udviklingen i priserne på inputs til produktionen af Betanol, idet en stigning i inputpriserne direkte fører til en tilsvarende stigning i virksomhedernes omkostninger. Ud fra de disponible branchedata om inputpriserne opstiller Eusolv et estimat af de kontrafaktiske enhedsomkostninger, der f.eks. ved hjælp af regressionsanalyse tager højde for udviklingen i inputpriserne og effektivitetsgevinster forbundet med produktion af større mængder. Tallet for de samlede kontrafaktiske omkostninger i årene 2006-2010 fremkommer derefter ved at gange de estimerede kontrafaktiske omkostninger pr. enhed med det antal enheder, Eusolv ville have solgt uden overtrædelsen.



Disse tal sammenlignes med Eusolvs faktiske indtægter og omkostninger på følgende vis: den faktiske fortjeneste (faktiske indtægter minus faktiske omkostninger) trækkes fra den kontrafaktiske fortjeneste (kontrafaktiske indtægter minus kontrafaktiske omkostninger). Resultatet af denne udregning er det estimat, Eusolv lægger til grund for sit erstatningskrav.

Worldco og Subco gør imidlertid gældende, at for at kunne opnå det forventede øgede salg i 2006-2010 ville Eusolv have været nødt til at øge sin produktionskapacitet, hvilket ville være forbundet med yderligere irreversible omkostninger (sunk costs), som ikke er medregnet i beregningen. Dette argument godtages af retten, som nedsætter erstatningen for tabt

¹⁵⁵ Herunder også irreversible omkostninger (*sunk costs*), fordelt over tid.

fortjeneste tilsvarende (ved at trække de forventede irreversible omkostninger i de pågældende år pro rata fra det af Eusolv estimerede beløb).

197. I sager, der drejer sig om ekskluderende praksis, kan markedsandele spille en betydelig rolle som indikator, når tab af fortjeneste opgøres ved sammenligningsbaserede metoder, f.eks. ved sammenligning mellem forskellige perioder. Man kunne f.eks. bruge en sammenligningsbaseret metode til at estimere, hvilken markedsandel en ekskluderet konkurrent ville have haft uden overtrædelsen. Tabet af fortjeneste kunne derefter beregnes ved at multiplicere de observerede data om de faktiske omkostninger og indtægter pr. enhed (eller den faktiske gennemsnitlige avance) med de ekstra mængder, der ville være afsat med den højere kontrafaktiske markedsandel, denne konkurrent estimeres at ville have haft uden overtrædelsen. Man går her ud fra, at omkostninger og indtægter pr. enhed ikke ville have ændret sig nævneværdigt i det kontrafaktiske forløb, og dette estimat kunne af retten blive godtaget som et estimat af den lidte skade, eventuelt som prima facie-bevis eller som værende tilstrækkeligt til at vende bevisbyrden om¹⁵⁶. Man kunne forbedre dette estimat, hvis man også vurderede, hvordan omkostninger og indtægter ville udvikle sig i det kontrafaktiske forløb, forudsat at der er adgang til tilstrækkelige data herom.
198. Når markedsandelen bruges som indikator ved estimering af tabt fortjeneste, bør der tages hensyn til, at denne markedsandel måske kan variere på grund af andre faktorer end overtrædelsen - i vores Betanol-eksempel faldt Eusolvs markedsandel således i 2004, fordi Subco kom til som ny konkurrent på markedet¹⁵⁷. Det kan også være, at hvis overtrædelsen får det samlede marked til at skrumpe ind, vil det føre til en undervurdering at estimere den ekskluderede konkurrents indtægter på grundlag af hans faktiske markedsandel.

(2) Andre sammenligningsbaserede metoder

199. Andre geografiske markeder eller andre produktmarkeder kan også bruges som sammenligningsgrundlag ved opstillingen af det kontrafaktiske scenarie¹⁵⁸. Man kan således lægge den samme eller en sammenlignelig virksomheds omkostninger og indtægter på et andet marked til grund for at estimere, hvilke omkostninger og indtægter den skadelidte konkurrent ville have haft uden overtrædelsen. Disse metoder kan også bruges til at vurdere pålideligheden af et estimat opstillet gennem en sammenligning mellem forskellige perioder eller ved andre metoder. Hvis f.eks. en virksomhed med et historisk monopol kun har én konkurrent, og denne konkurrents markedsandel før overtrædelsen indikerer, at han også ville have haft en vis markedsandel uden overtrædelsen, kan det underbygge dette estimat, hvis det kan fastslås, at denne konkurrent eller en sammenlignelig konkurrent, der konkurrerer med den tidligere monopolvirksomhed, rent faktisk har en tilsvarende markedsandel på et sammenligneligt geografisk marked, under hensyntagen til eventuelle forskelle mellem virksomhederne eller markederne.

¹⁵⁶ Som et eksempel på, at retten har baseret sig på en multiplicering af det samlede antal kontrakter indgået af overtræderen med sagsøgers markedsandel, før den ekskluderende praksis startede, kan henvises *Corte d'Appello di Romas* dom af 20. januar 2003 i sag I, 2474 (*Albacom S.p.A. mod Telecom Italia S.p.A.*).

¹⁵⁷ I eksemplet er den markedsandel, der lægges til grund for tabsopgørelsen, derfor den stabile markedsandel, Eusolv havde efter 2004.

¹⁵⁸ *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrids* dom af 11. november 2005 i sag 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. mod Telefónica de España S.A.*), stadfæstet ved *Audiencia Provincial de Madrids* dom af 25. maj 2006 i sag 73/2006.

D. Afskæring af nye konkurrenters adgang til markedet

200. Ekskluderende praksis kan ikke alene føre til en forværring af en eksisterende konkurrents position på markedet, men kan også forhindre en potentiel konkurrent, som ikke allerede er aktiv på markedet, i at komme ind på det. Fortrængning af nye konkurrenter kan påføre dem en meget betydelig skade, som de har ret til at kræve erstatning for. De nationale retsordener bør tage hensyn til de vanskeligheder, der per definition er ved at opgøre en sådan skade, og sikre, at det ikke er praktisk taget umuligt eller urimeligt vanskeligt for virksomheder, der er blevet afskåret fra at komme ind på markedet, at anlægge erstatningssøgsmål¹⁵⁹.
201. Ved overtrædelser bestående i afskæring af nye konkurrenters adgang til markedet er der visse særlige aspekter, der må tages hensyn til ved opgørelsen af skaden. Især gælder, at hvis den skadelidte virksomhed var på vej ind på et marked, som den ikke før har opereret på, vil der logisk nok mangle dataobservationer om, hvordan den klarede sig på dette marked.
202. Den generelle tilgang til opgørelse af tabt fortjeneste i sådanne situationer adskiller sig ikke nævneværdigt fra de tilfælde, hvor der er tale om ekskludering af eksisterende konkurrenter, der oplever et tab af markedsandele, eftersom den også indebærer en vurdering af den fortjeneste, som den fortrængte konkurrent ville have opnået uden overtrædelser. Denne kontrafaktiske fortjeneste kan derefter sammenholdes med den faktiske situation. Er der tale om en ny konkurrent, der er blevet forhindret i at komme ind på markedet, er der sandsynligvis ingen fortjeneste eller måske endog et tab (f.eks. hvis den nye konkurrent måtte afholde omkostninger, som han ikke kunne få tjent ind igen, fordi han ikke kom ind på markedet).
203. Som nævnt ovenfor, kan ekskluderede konkurrenter vælge kun at kræve erstatning for de omkostninger, de har haft ved at forsøge at komme ind på markedet, i stedet for at kræve erstatning for hele den tabte fortjeneste. Det kan være lettere at opnå frem for at kræve erstatning for tabt fortjeneste, eftersom der så kun bliver tale om at opgøre sagsøgers irreversible omkostninger.

Sagen om medicinsk udstyr

Virksomheden Newco ønskede at komme ind på markedet for en bestemt type medicinsk udstyr i en medlemsstat, hvor Medco har en dominerende stilling. For at det skulle kunne betale sig, var Newco nødt til at opnå en vis, kritisk markedsandel for at kunne udnytte skalafordelene.

Af frygt for at miste en betydelig del af sit salg til Newco indgik Medco eksklusive købsaftaler med et antal kunder for at forhindre Newco i at nå op på den kritiske markedsandel. Newco blev derigennem afskåret fra at konkurrere med Medco om at sælge til disse kunder, og det var derfor ikke rentabelt for Newco at gå ind på markedet, hvilket resulterede i højere gennemsnitspriser for kunderne, end hvis Newco var kommet ind på markedet. Eftersom Medcos adfærd blev fundet at være i strid med artikel 101 i TEUF, ville Newco have ret til at kræve erstatning for det tab af fortjeneste, virksomheden led på grund af

¹⁵⁹

I nogle tilfælde åbner den nationale lovgivning mulighed for at opgøre denne skade ved hjælp af pragmatiske fremgangsmåder, f.eks. ved at beregne den samlede værdi af den fortjeneste, den pågældende nye konkurrent er gået glip af, og gange den med et procenttal, der afspejler den markedsandel, vedkommende antages at ville have opnået. Hvis virksomheder, der er aktive på det relevante marked, f.eks. efter overtrædelser har en samlet fortjeneste på 200 mio. EUR, og det estimeres, at den fortrængte konkurrent uden overtrædelser ville have haft en markedsandel på 30 %, vil hans tabte fortjeneste efter denne fremgangsmåde kunne estimeres til 60 mio. EUR.

denne overtrædelse. Men for at undgå at skulle foretage en komplet analyse af den tabte fortjeneste valgte Newco kun at kræve erstatning for de irreversible omkostninger, Newco allerede havde haft ved at opføre en ny fabrik og søge ind på markedet (f.eks. finansielle omkostninger og omkostninger til køb af inputs, der ikke kunne hentes ind igen).

204. I sager, hvor der er tale om afskæring af nye konkurrenter fra at komme ind på markedet, findes der ingen data om indtægter og omkostninger på dette marked før overtrædelsen, og heller ikke data fra perioden efter overtrædelsen vil være egnede til en sammenligning over tid på grund af overtrædelsens virkninger. I sådanne tilfælde kan det være bedre at basere sig på et sammenligneligt geografisk marked eller produktmarked, hvor den samme eller en sammenlignelig virksomhed er aktiv, for at opstille et kontrafaktisk forløb. De pågældende produktmarkeder eller geografiske markeder bør være tilstrækkeligt sammenlignelige, selv om det kan være muligt at justere for visse forskelle mellem markederne¹⁶⁰.
205. I nogle tilfælde kan de data, der er nødvendige for at estimere fortjenesten i det kontrafaktiske forløb, findes ved at se på konkurrentens regnskabsresultater¹⁶¹.

I det ovennævnte eksempel kunne det f.eks. være, at Newco gerne vil levere en helt ny type film til røntgenapparater til de tre største privathospitaler i en medlemsstat. Og at markedet for denne type medicinsk udstyr til privathospitaler normalt er et budmarked. Takket være en teknologisk innovation er Newco i stand til at tilbyde sine produkter til en lavere pris end Medco. Men Medco, som har en dominerende stilling inden for røntgenapparater, kobler produkterne sammen ved at anvende en højere pris på røntgenapparater over for hospitaler, der ikke også køber røntgenfilm hos Medco. Som følge heraf opnår Newco ingen kontrakter. Newco førte i denne situation bevis for, at Newco rent faktisk var i stand til at levere de mængder, som privathospitalerne havde brug for, til den tilbudte pris, og fremlagde data om sine egne omkostninger. På grundlag af disse data og ud fra den antagelse, at Newco ville være blevet valgt som leverandør i de tilfælde, hvor Newco tilbød den laveste pris, kunne man estimere den forventede avance, uden at det var nødvendigt at foretage en sammenligning med andre perioder eller med andre geografiske markeder eller produktmarkeder.

E. Erstatning for fremtidigt tab

206. Når fortrængte konkurrenter kræver erstatning, kan de søge erstatning ikke alene for det tab af fortjeneste, de har lidt i løbet af overtrædelsesperioden, men også for den fortjeneste, de er gået glip af, efter at overtrædelsen ophørte¹⁶². Det spiller især en rolle, hvis de fortrængte konkurrenter ikke kan komme ind på markedet igen eller ikke kan generobre hele deres markedsandel på grund af vedvarende virkninger af den overtrædelse, der ellers er bragt til ophør. Der kan i så fald blive tale om at kræve erstatning for fremtidig fortjeneste, altså fortjeneste, der kan antages at blive tabt, efter at erstatningssagen er anlagt og afgjort.

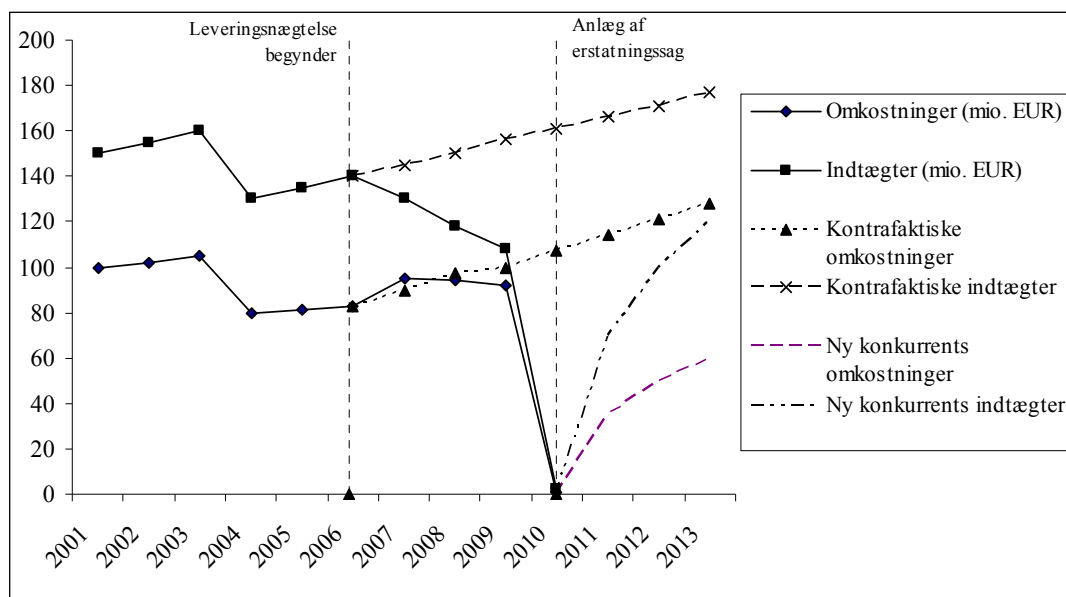
¹⁶⁰ Det kan f.eks. gøres ved hjælp af en regressionsanalyse, forudsat at de nødvendige data forligger. Se ovenfor i punkt 69 ff. Som eksempel på en ekskluderende praksis, hvor brugen af et andet geografisk marked i princippet blev accepteret som sammenligningsgrundlag, kan nævnes *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrids* dom af 11. november 2005 i sag 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. mod Telefónica de España S.A.*), stadfæstet af *Audiencia Provincial de Madrids* dom af 25. maj 2006 i sag 73/2006.

¹⁶¹ Som eksempel på tabsopgørelse i forbindelse med en ekskluderende praksis over for en ny konkurrent på et budmarked kan henvises til *Oberlandesgericht Düsseldorf*s dom af 16. april 2008 i sag VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

¹⁶² Som eksempel på en sag, hvor der blev tilkendt erstatning også for perioden efter overtrædelsens ophør, kan henvises til *Østre landsrets* dom af 20. maj 2009 i sag B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s mod Post Danmark A/S*).

207. Problemerne med at opgøre sådanne tab ligger ikke blot i, hvilke teknikker der skal anvendes, men har også noget at gøre med den tidshorisont, inden for hvilken det stadigvæk er muligt at identificere og yde erstatning for tabt fortjeneste. Den nationale lovgivning har stor betydning i den forbindelse, idet den f.eks. kan indeholde regler om, under hvilke omstændigheder der kan ydes erstatning for et fremtidigt tab, eller pragmatiske regler til brug i konkrete sager¹⁶³.
208. Blandt de faktorer, der vil kunne påvirke spørgsmålet om, inden for hvilken frist der bør kunne kræves erstatning for fremtidigt tab af fortjeneste, kan f.eks. være, hvor lang tid det vil tage at komme tilbage på det pågældende marked. I andre tilfælde kan særlige omstændigheder ved den konkrete sag gøre afgørelsen heraf lettere. I det ovennævnte eksempel med røntgenapparatet kunne varigheden af de kontrakter, Newco bød på, f.eks. udgøre en rimelig frist for, hvor længe der efter de gældende nationale regler vil kunne kræves erstatning for tab af fremtidig fortjeneste. I andre sager kunne man også se på, hvor længe virksomheden med rimelighed kunne antages at være fortsat med at producere produkterne uden nye investeringer.

I Betanol-eksemplet vil Eusolv måske kræve erstatning også for den fortjeneste, virksomheden kunne have opnået efter 2010, hvor den blev trængt ud af markedet og anlagde erstatningssag. I et sådant tilfælde vil man kunne bruge de samme teknikker som dem, der blev anvendt til at rekonstruere det kontrafaktiske forløb i årene 2006-2010, og projicere det ud i fremtiden. Men man kan naturligvis ikke kræve erstatning for tab af fortjeneste i ubegrænset tid. Eusolv valgte at lægge den tid, der kunne antages at ville gå, før Eusolv kunne komme tilbage på markedet, når først overtrædelsen var bragt til ophør, til grund.



III. OPGØRELSE AF TAB FOR FORBRUGERNE

209. Når en virksomhed går ind i en ulovlig samordning eller et misbrug af sin dominerende stilling for at holde en konkurrent ude, kan det give den omkostninger eller en midlertidigt lavere avance at implementere denne overtrædelse. Det er et offer, den tager på sig for at opnå den fordrejning af konkurrencen, som i sidste ende vil bringe den i en situation, hvor den får en højere fortjeneste i kraft af de fordrejede

¹⁶³ Ved estimering af fremtidig fortjeneste må der normalt foretages en nedjustering for at tage højde for forringelsen af penges værdi over tid

markedsvilkår, som sætter den i stand til på bekostning af sine kunder at tjene det forbigående tab eller lavere avance ind igen. I de følgende afsnit vil vi se på to typiske situationer, hvor en ekskluderende praksis påfører forbrugerne skade. I relation til opgørelsen af denne skade kan den skade, som ekskluderende praksis forvolder kunderne, svare til den, som forvoldes af overtrædelser, der resulterer i højere priser, og som blev diskuteret mere indgående i del 3.

A. Genindvinding af den mistede fortjeneste ("*recoupment*")

210. Det mest enkle eksempel på den skade, kunderne kan få påført i den fase, hvor det, der er tabt ved iværksættelsen af den ekskluderende praksis, vindes tilbage, er dumpingpriser (*predatory pricing*), hvor en virksomhed misbruger sin dominerende stilling ved at sætte sine priser så langt ned, at de ikke kan matches af dens konkurrenter, som vil ende med at forsvinde fra markedet eller få deres markedsandel beskåret. Når først disse konkurrenter er blevet trængt ud af markedet, eller virksomheden har fået en højere markedsandel, kan den så opnå en større fortjeneste på grund af den svækkede konkurrence.
211. Denne fase kan ses som en supplerende fase i selve overtrædelserne, der kan føre til overpriser for kunderne. Disse overpriser er en skade, som forvoldes af den ekskluderende praksis, og kunderne kan kræve erstatning for denne skade.

Recoupment i en sag med prisdumping

Dette eksempel drejer sig om markedet for flyvninger på en bestemt rute mellem to byer. En af aktørerne på dette marked er det dominerende flyselskab Titan Airlines, som er et etableret selskab, der tilbyder service om bord af høj kvalitet for en standardpris på 1 000 EUR. En anden aktør på dette særlige marked er det mindre flyselskab Bluesky Airlines, som for nylig startede med at flyve på den samme rute med priser på 800 EUR.

Titan Airlines begynder at dumpe priserne ved at foretage en strategisk nedsættelse af sine priser til en standardpris på 500 EUR. Bluesky Airlines har vanskeligt ved at matche disse dumpingpriser, kan derfor ikke fortsætte med at flyve rentabelt og tvinges til sidst ud af markedet. Det dominerende selskab Titan Airlines vil i den situation kunne udnytte svækkelsen af konkurrencen og øge sin fortjeneste ved at hæve priserne til et højere niveau end det, der gjaldt, før det begyndte at dumpe priserne, altså til over den oprindelige standardpris på 1 000 EUR. Hvis Titan Airlines i tiden, indtil en ny konkurrent dukker op, anvender en pris på 1 100 EUR, vil kunderne på grund af overtrædelserne komme til at betale en overpris på 100 EUR.

212. Ved beregning af overpriser, der skyldes recoupment, er metoden i princippet ikke forskellig fra den, der blev beskrevet i del 3 i relation til overtrædelser, der mere direkte resulterer i højere priser. Da den skade, en ekskluderende praksis forvolder, ikke kun er begrænset til overtræderens konkurrenter, men også påføres alle kunderne på et specifikt marked, er de betragtninger, der blev anført i relation til skader på grund af overpriser, også relevante i dette forløb.
213. Den position, en virksomhed har opnået på markedet gennem en ekskluderende praksis, fører ikke i alle tilfælde til højere priser for virksomhedens kunder. Men selv i sådanne tilfælde vil overtrædelserne stadigvæk kunne påføre kunderne skade, f.eks. hvis overtrædelserne resulterer i lavere mængder. I vores eksempel kunne det være, at det dominerende flyselskab, Titan Airlines, genindfører den samme standardpris på 1000 EUR, hvilket ikke er mere, end hvad selskabet forlangte, før Bluesky Airlines blev trængt ud. Men det kan gå ud over passagererne på denne rute, hvis Titan

Airlines f.eks. udnytter den svækkede konkurrence til at sænke serviceniveauet om bord.

214. For den fortrængte konkurrents kunder kan situationen være end anden end for overtræderens kunder, for de kan blive nødt til at gå over til overtræderen, eftersom konkurrenten er blevet trængt ud af markedet. Bortset fra en eventuel kvalitetssænkning kan de også blive nødt til at betale priser til den overtrædende virksomhed, der er højere end dem, de betalte til den fortrængte konkurrent. Afhængigt af gældende lovgivning kunne de have ret til at fremlægge bevis for, at de uden overtrædelsen ville have købt til en billigere pris hos den fortrængte konkurrent. I så fald svarer den virkning, der skal analyseres, i princippet til virkningen af en overpris. Og denne overpris kan beregnes ved at sammenligne prisen på overtræderens produkt i det faktiske forløb med den pris, den fortrængte konkurrent ville sælge til i det kontrafaktiske forløb.

De passagerer, der fløj med Bluesky Airlines, før dette selskab blev trængt ud af markedet, kan f.eks. blive udsat for en overpris, når de efter Blueskys forsvinden tvinges til at betale mere for deres flybilletter hos Titan. Denne overpris kan estimeres som forskellen mellem den faktiske pris på 1000 EUR til Titan Airlines og den pris på 800 EUR, som de ville have betalt til Bluesky Airlines, hvis denne ikke var blevet trængt ud af markedet. I et sådant tilfælde kan den overpris, som blev påtvunget de passagerer, der var nødt til at skifte fra Bluesky til Titan, estimeres til 200 EUR.

B. Skade påført konkurrenter i deres egenskab af kunder til overtrædere

215. Hvis en konkurrent også er kunde hos overtræderen, kan den ekskluderende praksis skade konkurrenten, i det omfang hvor han køber hos overtræderen. I disse situationer kan den fortrængte konkurrent ikke alene kræve erstatning for den omkostningsforøgelse, overtrædelsen har resulteret i, men også vælge at kræve erstatning for tabt fortjeneste, fordi hans produktion eller salg er lavere, end hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted¹⁶⁴.
216. Det bemærkes, at med hensyn til opgørelsen af en sådan skade befinder konkurrenter, der får påtvunget en overpris, sig i nogenlunde samme situation som kunderne til deltagerne i karteller eller andre overtrædelser, der resulterer i en overpris. Det kan belyses ved at tage Betanol-eksemplet, hvor det antages, at i stedet for at nægte at levere Rawbeta til Eusolv beslutter den dominerende virksomhed Worldco at forhøje prisen på den Rawbeta, der sælges til Eusolv, for dermed at lægge pres på Eusolvs avance. I sådanne situationer må man anlægge nogenlunde samme betragtninger som i tilfældet med en prisforhøjelse forårsaget af andre typer overtrædelser. I vores eksempel kunne Eusolv kræve erstatning for den overpris, der udgøres af forskellen mellem den pris, virksomheden måtte betale på grund af den ekskluderende praksis, og den pris, den ville have betalt uden overtrædelsen. Hvis denne overpris er blevet overvæltet, vil Eusolvs egne kunder også kunne rejse erstatningskrav, og Eusolv kunne selv kræve erstatning for det salg, Eusolv gik glip af på grund af prisforhøjelsen.

¹⁶⁴ Som eksempel på beregning af skaden i forbindelse med prisdiskrimination, der gik ud over en konkurrent, som også var kunde hos overtræderen, kan henvises til *Højesterets* dom af 20. april 2005 i sag 387/2002 (*GT Linien A/S mod DSB*).

Liste over sager, hvortil der henvises

EU-Domstolen

Sag 238/78, Ireks-Arkady GmbH mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1979, s. 2955.
Sag C-271/91, Marshall, Sml. 1993 I, s. 4367.
Sag C-308/87, Grifoni II, Sml. 1994 I, s. 341.
Forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 203
Sag C-453/99, Courage, Sml. 2001 I, s. 6297.
Sag C-147/01, Weber's Wine World, Sml. 2003 I, s. 11365.
Forenede sager C-295/04 til 298/04, Manfredi, Sml. 2006 I, s. 6619.
Sag C-360/09, Pfeiderer, Sml. 2011 I, s. 5161.
Sag C-199/11, Europa-Kommissionen mod Otis NV og andre, [2012], endnu ikke indberettet.

Retten

Sag T-202/98, Tate & Lyle mod Kommissionen, Sml. 2001 II, s. 2035
Forenede sager T-25/95 osv., Cimenteries CBR SA mod Kommissionen, Sml. 2000 II, s. 491

Domstole i medlemsstaterne

Corte d'Appello di Milanos dom af 3. februar 2000 i sag nr. I, 308 (*Inaz Paghe mod Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Corte d'Appello di Romas dom af 20. januar 2003 i sag nr. I, 2474 (*Albacom S.p.A. mod Telecom Italia S.p.A.*).

Corte d'Appello di Milanos dom af 11. juli 2003 (*Bluvacanze*)

Cour d'Appel de Paris' dom af 23. juni 2003 (*Lescarcelle-De Memoris mod OGF*)

Landgericht Dortmunds dom af 1. april 2004 i sag nr. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpriser*).

Højesterets dom af 20. april 2005 i sag 387/2002 (*GT Linien A/S mod DSB*).

Bundesgerichtshofs dom af 28. juni 2005 i sag nr. KRB 2/05 (*Transportabelt beton*)

Juzgado Mercantil numero 5 de Madrids dom af 11. november 2005 i sag nr. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. mod Telefónica de España S.A.*),

Audiencia Provincial de Madrids dom af 25. maj 2006 i sag nr. 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas' (litauisk appelret) dom af 26. maj 2006 i sag nr. 2A-41/2006 (*Stumbras*)

Corte Suprema di Cassazione dom af 2. februar 2007 i sag nr. 2305 (*Fondiarria SAI SpA mod Nigriello*).

Bundesgerichtshofs dom af 19. juni 2007 i sag nr. KBR 12/07 (*Papirgrossistkartel*)

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz' dom af 17. august 2007 i sag nr. 17 R 91/07 p (*Køreskole*).

Oberlandesgericht Düsseldorf dom af 16. april 2008 i sag nr. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Stockholms tingsrätts dom af 20. november 2008 i forenede sager T 32799-05 og T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB m.fl. mod VPC Aktiebolag*), er appelleret.

Tribunal Administratif de Paris' afgørelse af 27. marts 2009, (*SNCF mod Bouygues*).

Østre landsrets dom af 20. maj 2009 i sag nr. B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s mod Post Danmark A/S*).

Kammergericht Berlins dom af 1. oktober 2009 i sag nr. 2 U 10/03 Kart., og *Oberlandesgericht Karlsruhes* dom af 11. juni 2010, sag nr. 6 U 118/05 (appelleret til *Bundesgerichtshof*, se nedenfor).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelonas dom af 20. januar 2011 i sag nr. 45/2010 (*Centrica Energica S.L.U. mod Endesa Distribución Eléctrica S.A.*)

Bundesgerichtshofs dom af 28. juni i sag KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunals dom af 28. marts 2013, sag nr. 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig*).